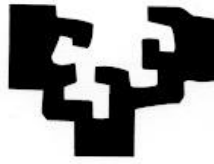


eman ta zabal zazu



Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea
The University of the Basque Country

**DELITOS DE ODIOS Y CIBERODIO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995
ESPECIAL ATENCIÓN A LA RELACIÓN ENTRE EL SUBTIPO AGRAVADO
DEL ART. 510.3 CP Y LA AGRAVANTE GENÉRICA DEL ART. 22.4 CP**

Doctorando

Iñigo Gordon Benito

Directores

Prof. Dr. Jon-Mirena Landa Gorostiza

Prof. Dra. Enara Garro Carrera

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

SEPTIEMBRE DE 2021

ÍNDICE

ABREVIATURAS Y SIGLAS	VII
INTRODUCCIÓN	1
I. OBJETO DE ESTUDIO	2
II. ESTRUCTURA DEL TRABAJO. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN TRANSVERSAL	3
III. ESTRUCTURA Y ORGANIZACIÓN INTERNA	9
BLOQUE I. DELITOS DE ODIOS. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO STRICTO SENSU Y BASES CRIMINOLÓGICAS	19
1.1. Enfoques y Modelos de Aproximación Previos	19
1.2. Construcción Conceptual General	31
1.2.1. Infracción penal	33
1.2.2. Bases teóricas o concepciones marco	35
1.2.2.1. Concepción motivacional	37
1.2.2.2. Concepción intencional	39
1.2.2.3. Concepción discriminatoria	43
1.2.2.4. Concepción simbólica	45
1.2.2.5. Concepción de efecto	47
1.3. Diversidad Cultural e Intolerancia	49
1.3.1. Planteamiento general	49
1.3.2. Modelos clásicos de gestión social y delitos de odio	53
1.3.3. Componente cultural de los delitos de odio	61
1.3.4. Reconocimiento y protección: diversidad e identidad cultural	66
1.3.5. Tutela penal de grupos/colectivos protegidos	71
1.4. Estándares Supranacionales de Proscripción	76
1.4.1. Tendencias político-criminales. Especial atención al modelo agravatorio de pena en el sistema de justicia estadounidense y los medios de control constitucional a su alcance	78
1.4.2. Principales instrumentos jurídicos	95
1.4.2.1. Consideraciones previas	96
a) <i>Agravación penológica de delitos comunes y discurso de odio</i>	96
b) <i>Legislación sobre delitos de odio y antidiscriminatoria</i>	99

1.4.2.2. Ámbito universal	101
1.4.2.3. Ámbito regional europeo	113
a) OSCE	114
b) Consejo de Europa	118
1.4.2.4. Ámbito de la Unión Europea	126
a) Legislación sobre delitos de odio	128
b) Legislación antidiscriminatoria	135
1.5. Normativa Penal Española. Especial Consideración a la Agravante por Motivos Discriminatorios (art. 22.4 CP)	142
1.5.1. Delitos de odio en el Código penal de 1995	144
1.5.1.1. Trazado histórico de gestación	144
a) <i>El despertar legislativo y su puesta en contexto (1970-1990)</i>	<i>145</i>
b) <i>Rasgos generales de la evolución jurisprudencial del principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE)</i>	<i>150</i>
c) <i>El CP/1995 y sus antecedentes socio-legislativos inmediatos</i>	<i>157</i>
c.1) <i>Medidas punitivas inmediateamente anteriores al CP/1995.....</i>	<i>160</i>
c.2) <i>La expansión del marco antidiscriminatorio en el CP/1995.....</i>	<i>167</i>
1.5.2. Agravante genérica del art. 22.4 CP: los claroscuros de su fundamento dogmático	179
1.5.2.1. Estado de la discusión	179
1.5.2.2. Reflexión y toma de postura	200
1.5.3. Intersección con los delitos de expresión	203
PART II. CYBERHATE. A CRIMINAL LAW COMPARATIVE APPROACH TO STUDY HOW THE PHENOMENON IS ADDRESSED ACROSS THE UK	229
2.1. Introduction	233
2.1.1. <i>Hate crimes and hate speech. A minimal conceptual basis</i>	<i>234</i>
2.1.2. Historical background on incitement to hatred	236
2.1.3. Freedom of expression amidst so many criminal restrictions	242
2.1.4. Devolved and reserved matters in the UK	246
2.1.4.1. Wales	247
2.1.4.2. Scotland	248

2.1.4.3. Northern Ireland	249
2.1.4.4. General comment on aims	251
2.2. The existing legal patchwork on hate crimes in the UK and the cyberhate concern	253
2.2.1. The relevance of motives within the criminal justice system (subjective test for hate crimes)	253
2.2.2. The alternative threshold to the state of mind (objective test for hate crimes) and the converging point of «hostility» in between	259
2.2.3. Expression-oriented hate crimes: aggravated offences and penalty enhancement sentencing provisions	267
2.2.3.1. England and Wales	273
a) <i>Crime and Disorder Act 1998</i> (ss. 28-32)	275
b) <i>Sentencing Act 2020</i> (s. 66)	282
2.2.3.2. Scotland	287
a) <i>Criminal Law (Consolidation) (Scotland) Act 1995</i> (s. 50A) and <i>Crime and Disorder Act 1998</i> (s. 33)	287
b) <i>Crime and Disorder Act 1998</i> (s. 96), <i>Criminal Justice (Scotland) Act 2003</i> (s. 74) and <i>Offences (Aggravation by Prejudice) (Scotland) Act 2009</i> (ss. 1-2)	289
2.2.3.3. Northern Ireland: <i>Criminal Justice (No. 2) (NI) Order 2004</i> (s. 2)	292
2.2.4. Different legal sectors governing biased expressive activities online	296
2.2.4.1. Targeted communications	296
a) <i>Harassment and stalking</i>	297
b) <i>Offensive comments</i>	306
b.1) <i>Malicious communications</i>	307
b.2) <i>Communications concerning the misuse of public electronic communications network</i>	310
2.2.4.2. Public order	314
2.2.4.3. Incitement to hatred	322
2.2.4.4. Other alternatives	333
2.3. Supporting Case Law on Cyberhate in England and Wales	337
2.3.1. Targeted communications	337
2.3.1.1. Harassment and stalking: <i>Protection from Harassment Act 1997</i> (ss. 2, 2A, 4 and 4A)	337
2.3.1.2. Offensive comments	346

a) <i>Malicious Communications Act 1988</i> (s. 1)	348
b) <i>Communications Act 2003</i> (s. 127)	351
2.3.2. Public order: <i>Public Order Act 1986</i> (ss. 4, 4A and 5)	363
2.3.3. Incitement to hatred: <i>Public Order Act 1986</i> (ss. 18-23 and 29B-29G)	370
2.4. Conclusions	378
BLOQUE III. DELITOS DE ODIIO LATO SENSU. EL DISCURSO DE ODIIO COMO DELITO DE EXPRESIÓN ONLINE	385

3.1. Estudio Fenomenológico y de Impacto Social de la Exposición al Odio en Internet 387

3.1.1. Notas introductorias: rasgos destacados de los discursos de odio online y su idiosincrasia	389
3.1.2. La eficacia del discurso <i>incitador</i> y la crítica desde la filosofía de la comunicación de BAILEY	399
3.1.3. La eficacia del discurso que <i>violenta</i> o que es <i>idóneo para ir gestando las condiciones que, eventualmente, pudieran llegar a violentar (assaultive speech)</i> , según claves de entendimiento sugeridas por CALVERT	402
3.1.4. La eficacia del discurso de odio a través de las nuevas tecnologías: «lo que se dice» (acción online propia) y «lo que se hace» (consecuencia offline ajena)	407

3.2. Estándares Internacionales, Regionales y Europeos de Protección 417

3.2.1. Organización de las Naciones Unidas	417
3.2.1.1. Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965)	419
3.2.1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)	423
3.2.1.3. Acción y estrategias políticas de NN.UU	429
3.2.1.4. Plan de Rabat (2012)	434
3.2.2. Ámbito regional europeo	437
3.2.2.1. Consejo de Europa	438
a) <i>Tratado de Ciberdelincuencia (2001) y Protocolo Adicional relativo a la Penalización de Actos de Índole Racista y Xenófoba cometidos por Medio de Sistemas Informáticos (2003)</i>	438
b) <i>Otros documentos de interés: una muestra mínima pero muy representativa</i>	448
c) <i>Recomendación de Política General Núm. 15 (2015) de la ECRI</i>	454

3.2.2.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	458
a) <i>Tratamiento(s) del discurso de odio dentro (art. 10.2 del CEDH) y fuera (art. 17 del CEDH) del ámbito de aplicación del derecho a la libertad de expresión</i>	462
b) <i>Estándar(es) de protección del TEDH: las diferentes formas discursivas de odio</i>	468
c) <i>La relevancia del medio (forum of the expression)</i>	477
d) <i>Caso Beizaras y Levickas c. Lituania (2020)</i>	484
d.1) <i>La relevancia del caso y su carácter pionero</i>	486
d.2) <i>Un par de apuntes sobre cuestiones derivadas del derecho penal sustantivo</i>	490
3.2.2.3. OSCE	492
3.2.3. Unión Europea	497
3.2.3.1. Los orígenes de la política de la UE sobre el contenido ilícito en Internet	500
3.2.3.2. Hitos destacados con la llegada del s. XXI. Hacia la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, con aplicación indiferenciada al entorno online-offline	506
3.2.3.3. Estado de actualidad	511
3.3. Normativa Penal Española	515
3.3.1. Libertad de expresión y sus límites	515
3.3.1.1. Consideraciones iniciales en materia de libertad de expresión. 517	
3.3.1.2. Controles constitucionales	525
3.3.1.3. Obligación «de contención» en la interpretación de los límites. 536	
3.3.2. Aspectos de legalidad penal ordinaria sobre el delito de discurso de odio punible (art. 510 CP)	539
3.3.2.1. Vulnerabilidad del colectivo y afectación supraindividual	539
3.3.2.2. Conductas típicas y generación de riesgo	549
a) <i>Primer bloque de conductas punibles: la incitación (art. 510.1 CP).</i> 554	
a.1) <i>La incitación pública grave y su cadena de difusión (arts. 510.1.a) y b) CP)</i>	555
a.2) <i>Las conductas apologéticas de crímenes de derecho penal internacional (arts. 510.1.c) CP)</i>	571

b) Segundo bloque de conductas punibles: la difamación o injurias colectivas (art. 510.2 CP)	579
b.1) La injuria/difamación colectiva pública y su cadena de difusión (art. 510.2.a) CP)	579
b.2) Las conductas apologéticas de delitos de odio (art. 510.2.b) CP) y la cláusula de cierre y de equiparación penológica entre el segundo bloque (difamación/injurias colectivas) y el primero (incitación) ...	588
3.3.2.3. Bien jurídico protegido: encrucijada dogmática	592
3.3.3. Modalidad comisiva online. El subtipo agravado del art. 510.3 CP	605
3.3.3.1. Aspectos reseñables en torno a los orígenes del art. 510.3 CP, necesidad del subtipo agravado y expectativas previas a su entrada en vigor	606
3.3.3.2. Estudio doctrinal y jurisprudencial (art. 510.3 CP)	615
a) Doctrina española: ¿un desatino legislativo?	615
a.1) Fundamento de la agravación para un claro «delito circunstanciado»	616
a.2.) Elementos que configuran la agravación	623
b) Jurisprudencia española: ¿una practicidad mínima?	638
3.3.3.3. Recapitulación final	645
CONCLUSIONES	651
BIBLIOGRAFÍA	673
INFORMES Y OTRAS FUENTES CONSULTADAS	727
RESOLUCIONES JUDICIALES	753
I. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA	753
II. REPORTED CASE LAW (UK)	756
III. OTRAS RESOLUCIONES	760

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AC 96/443/JAI	Acción Común de 15 de julio de 1996 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia
ACFC	Advisory Committee of the Framework Convention for the Protection of National Minorities
ACLU	American Civil Liberties Union
ACPO	Association of Chief Police Officers
ACPOS	Association of Chief Police Officers in Scotland
ADL	Anti-Defamation League
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AFC	Association Football Club
AfD	Alternative für Deutschland
AP	Audiencia Provincial
Apdo(s).	Apartado/s
ARCI	Associazione Ricreativa e Culturale Italiana
Art(s).	Artículo/s
BBC	British Broadcasting Corporation
BOE	Boletín Oficial del Estado
BUF	British Union of Fascists
BSR	Business for Social Responsibility
c.	Contra
CA	Communications Act 2003
CADHP	Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos
CAJ	Committee on the Administration of Justice
CCPR	UN Human Rights Committee
CD	Compact Disc
CDA	Crime and Disorder Act 1998
CDH	Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000)
CE	Constitución Española de 1978
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950)
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial

CEOE	Confederación Española de Organizaciones Empresariales
CERD	Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965)
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CID	Center for International Development at Harvard University
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CJA	Criminal Justice Act 2003
CJNIO	Criminal Justice (No. 2) (NI) Order 2004
CJSA	Criminal Justice (Scotland) Act 2003
CLCSA	Criminal Law (Consolidation) (Scotland) Act 1995
Col(s)	Column(s)
Comp.	Compilador/a
Coord(s).	Coordinador(es)/a(s)
COPFS	Crown Office & Procurator Fiscal Service
CORDIS	Community Research and Development Information Service
CP (CP/1995)	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
CP/1944	Texto refundido del Código Penal de 1944, aprobado y promulgado por Decreto de 23 de diciembre de 1944, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944.
CP/1973	Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre
C-PROC	Cybercrime Programme Office of the Council of Europe
CPS	Crown Prosecution Service
Cr. App. R.	Criminal Appeal Reports
CRC	Community Relations Council
CSCE	Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa
Dir(s).	Director/a(es/s)
DM 2008/913/JAI	Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la Lucha contra Determinadas Formas y Manifestaciones del Racismo y la Xenofobia Mediante el Derecho Penal
DPP	Director of Public Prosecutions
Dr.	Doctor
DUDDHH	Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
DUP	Democratic Unionist Party

DVD	Digital Video/Versatile Disc
e.g.	Exempli gratia
ECHR	European Court of Human Rights
ECLI	Identificador Europeo de Jurisprudencia
EComHR	European Commission of Human Rights
ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
ECRI	European Commission against Racism and Intolerance
EE.UU.	Estados Unidos
EHRR	European Human Rights Report
ETA	Euskadi Ta Askatasuna
EUMC	European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia
EWHC	England and Wales High Court
FA Cup	Football Association Cup
FBI	Federal Bureau of Investigation
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
FRA	European Union Agency for Fundamental Rights
FSU	Free Speech Union
GBR	United Kingdom
GEPC	Grupo de Estudios de Política Criminal
HC	House of Commons
HCSA	Hate Crimes Statistics Act 1990
HL	House of Lords
HM Advocate	Her or His Majesty's Advocate
HMSO	Her or His Majesty's Stationery Office
HRA	Human Rights Act 1998
i.e.	id est
JI	Juzgado de Instrucción
JP	Juzgado de lo Penal
Ley 23/1976	Ley 23/1976, de 19 de julio, de reforma del Código Penal
Ley 44/1971	Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código Penal
LGL	Liga Gay Lituana
LIBE	Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior

Lit.	Literal
LLOO	Leyes Orgánicas
LO 4/1980	Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código Penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación
LO 1/1983	Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal
LO 4/1995	Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio
LO 2/1998	Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO 15/2003	Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
LO 1/2015	Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
LOL	Laughing out loud
Ltd	Limited
MCA	Malicious Communications Act 1988
MCSG	Magistrates' Court Sentencing Guidelines
MLA(s)	Member(s) of the Legislative Assembly (Northern Ireland)
MP(s)	Member(s) of Parliament
Mr.	Mister
N. del T.	Nota del Traductor
NI	Northern Ireland
NIACRO	Northern Ireland Association for the Care and Resettlement of Offenders
NICEM	Northern Ireland Council for Ethnic Minorities
NICTS	Northern Ireland Courts and Tribunals Service
NIO	Northern Ireland Office
NIPB	Northern Ireland Policing Board
NIPS	Northern Ireland Prison Service
NN.UU.	Naciones Unidas
NPIA	Northern Ireland Policing Board
NSS	National Secular Society
Núm./Nº	Número

OAPA	Offences Against the Person Act 1861
OAPSA	Offences (Aggravation by Prejudice) (Scotland) Act 2009
ODIHR	Office for Democratic Institutions and Human Rights
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OSCE	Organization for Security and Co-operation in Europe
p./pp.	Página/s
par(s)/párr(s).	Paragraph(s)/Párrafo(s)
PE	Parlamento Europeo
p.ej.	Por ejemplo
PHA	Protection from Harassment Act 1997
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)
POA	Public Order Act 1986
PONIO	Public Order (NI) Order 1987
PPSNI	Public Prosecution Service of Northern Ireland
Prof.	Profesor
R.	Rex/Regina
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RECP	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
Ref.	Referencia/Reference
RPG Núm. 15	Recomendación de Política General Núm. 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio, adoptada el 8 de diciembre de 2015
Rz	Reihezahl
s./ss.	Siglo o Section(s)
SA	Sentencing Act 2020
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SCC	Spanish Criminal Code 1995
Sch.	Schedule
SCIJ	Sentencia de la Corte Internacional de Justicia

SDLP	Social Democratic and Labour Party
SOCA	Police and Serious and Organised Crime Agency
SPICe	Scottish Parliament Information Centre
St.	Saint
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal)
(S)STC	Sentencia/s del Tribunal Constitucional
(S)STEDH	Sentencia/s del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (1992)
TCEE	Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (1957)
T-CY	Cybercrime Convention Committee
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2009)
TICs	Tecnologías de la Información y la Comunicación
TV	Television
UCR	Uniform Crime Reporting Program
UE	Unión Europea
UK	United Kingdom
UKHL	United Kingdom House of Lords
UKIP	United Kingdom Independence Party
URL	Uniform resource locator
U.S.	United States
USA	United States of America
U.S.C.	United States Code
v	Versus
VIH	Virus de la inmunodeficiencia humana
Vol.	Volumen/Volume
VV.AA.	Varios Autores
WASP	White Anglo-Saxon Protestant
ZOG	Zionist Occupied Government

INTRODUCCIÓN

El término *delitos de odio* es portador de un significado impreciso dentro y fuera de las ciencias penales. De un tiempo a esta parte, su uso extenuante en el debate público no ha hecho sino dificultar más su comprensión. De hecho, como sucede con tantos otros, al fenómeno de la criminalidad por odio conviene aproximarse desde un enfoque multidisciplinar, lo que permitiría aprehender mejor una realidad bastante más compleja de lo que parece en sus causas y formas de manifestarse. No obstante, resultaría pretencioso e impracticable tratar de abarcar todo lo anterior en un único proyecto de tesis doctoral y con igual grado de madurez y profundidad. Sin desentendernos de los aspectos mencionados, el objeto de este estudio será más modesto y ciertamente más limitado en alcance. Dentro de la criminalidad por odio, el estudio jurídico-penal de su modalidad cibernética será lo que constituya nuestro objeto de análisis a lo largo de los tres bloques temáticos en que se dividirá el trabajo.

El estudio del ciberodio es quizás más pertinente que nunca. La pandemia del Covid-19 como los confinamientos sufridos por toda la población han alterado la forma de relacionarnos, y los nuevos canales de comunicación han invadido –sin previo aviso y de forma abrupta– nuestros hogares. No ha quedado más opción que aprender a convivir con todo tipo de dispositivos inteligentes. Según estimaciones que realiza la Fiscalía General del Estado (FGE), en función de los datos que le son facilitados por las fiscalías territoriales, la estructura tecnológica no sólo ha irrumpido, sino que se ha consolidado definitivamente como el nuevo «campo de batalla» de los delitos de odio. En la *Memoria de la FGE* (2021), presentada el día 6 de septiembre de 2021 con motivo de la apertura del Año Judicial 2021/22, se constatan dos tendencias inversas debido a los efectos colaterales que ha producido la pandemia: “*Por un lado, una apreciable disminución en el número total de diligencias de investigación y procedimientos judiciales incoados y tramitados por delitos de odio. Por otro y en paralelo, un incremento en el número de aquellos que han tenido por objeto delitos de odio cometidos a través de las TICs*”¹. En suma, el ciberodio (u odio online) representa un ámbito emergente, novedoso y, como se verá también, de gran complejidad en su traslación a la regulación penal. Estas y otras razones que se irán desarrollando en breve hacen a esta materia acreedora de un estudio doctoral amplio y focalizado. Se garantiza así que el ciberodio no quede diluido en

¹ FGE, *Memoria* (2021), p. 1078.

estudios más amplios sobre delitos de odio, dado que acostumbra a ocupar un lugar testimonial en los mismos².

I. OBJETO DE ESTUDIO

El ciberodio (*cyberhate*) u odio online (*online hate*) podríamos definirlo como el *uso de redes* (p.ej.: redes informáticas o redes de telefonía móvil) y *servicios* (p.ej.: servicios de correo electrónico o servicios de mensajería) *de comunicaciones electrónicas para expresar manifestaciones declarativas del pensamiento humano que sean prejuiciosas hacia una «identidad colectiva» legalmente recogida como tal*, sea por motivos de raza, etnia, género, identidad de género, orientación sexual, origen nacional, religión o cualquier otra característica grupal. Aparte de los servicios de comunicación electrónica (servicios de transmisión), también entrarán dentro del ámbito del presente estudio los delitos prejuiciosos que sean cometidos a través de servicios de contenido. En otras palabras, servicios que proporcionan contenido más o menos estático y que, en principio, no estarían orientados a satisfacer la interacción comunicativa (p.ej.: servicios de contenido de sitios web, como sería el caso de la prensa digital). Sin embargo, a nadie escapa que actualmente tanto los servicios de transmisión como los servicios de contenido convergen bastante (p.ej.: discusiones en la sección de comentarios de ciertos artículos polémicos en prensa digital).

A efectos del presente estudio, eso sí, nos centraremos exclusivamente en la responsabilidad penal derivada de actos realizados por un usuario de Internet en relación con el contenido generado por él mismo (*content producer*)³. En cualquier caso, queda claro que las claves de entendimiento giran precisamente en torno a lo colectivo (identidad grupal/colectiva), no en torno al individuo aisladamente considerado, si bien

² Ahora bien, ello no obsta para afirmar que existen estudios recientes dedicados al ciberodio –sobre todo de forma conjunta o entrelazada con el ciberterrorismo– dentro del ámbito nacional y que, además, vienen teñidos de cierta valoración/perspectiva jurídico-penal. En concreto, sobre las formas de comunicación violenta que existen en Internet, destaca MIRÓ LLINARES, “Taxonomía” (2016). Además, véase: CANO PAÑOS, “Odio e incitación a la violencia” (2016); GÓMEZ MARTÍN, “Odio en la red” (2018); TAMARIT SUMALLA, “Los delitos de odio” (2018); GORJÓN BARRANCO, *Ciberterrorismo* (2019); DÍEZ BUESO, “Discurso del odio en las redes sociales” (2020). Por último, véanse también las diferentes contribuciones realizadas a la obra colectiva *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet* (2017), dirigida por Fernando MIRÓ LLINARES.

³ Por tanto, no desconociendo la dimensión y complejidad del problema, no tendrá cabida en nuestro análisis la responsabilidad penal por contenido ajeno o de terceros; es decir, la responsabilidad de los intermediarios en Internet, tales como las plataformas de redes sociales, los motores de búsqueda, los proveedores de acceso a Internet, o los proveedores de servicio de alojamiento en la web. Para ahondar en esta materia, nos remitimos a las contribuciones contenidas en FROSIO, *The Oxford handbook* (2020).

éste puede perfectamente constituir la víctima inmediata (si se nos permite, la «cabeza de turco») para trascenderla y alcanzar un impacto supraindividual. En su caso, ha de haberse escogido al individuo por su pertenencia –o presunta pertenencia– a un grupo o colectivo sistemáticamente expuesto a similares acciones expresivas de odio, y no por una condición inherente a su persona y sólo ligada a él en términos de exclusividad.

II. ESTRUCTURA DEL TRABAJO. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN TRANSVERSAL

El ciberodio u odio online constituirá un **objeto de estudio transversal** a los tres bloques en que se divide el trabajo. Por ello, conviene aclarar primero la razón de esa transversalidad/ubicuidad del ciberodio a lo largo de todo el proyecto de investigación. Sin perjuicio de que más adelante se tenga ocasión de glosar la estructura del trabajo, aquí simplemente adelantamos de forma sintética algunas nociones mínimas sobre la organización general del mismo. En primer lugar, ello nos permitirá entender mejor en qué radica esa omnipresencia del ciberodio aludida. En segundo lugar, se podrán situar y dar a conocer los **dos grandes retos/objetivos fijados** en la elaboración del estudio.

El **Bloque I** partirá desde claves más generales de entendimiento de la categoría etérea de los delitos de odio (perspectiva ético-histórica, bases criminológicas, y diversidad cultural y gestión de la diferencia). El objetivo será ir descendiendo hacia un enfoque estrictamente penal de la materia que desemboque en un estudio amplio de la **técnica de agravación de delitos comunes (delitos de odio *stricto sensu*)**. Esta técnica, que en el caso español modula al alza el marco abstracto de la pena del delito correspondiente, cobrará interés una vez se vincule no ya a los delitos *de actos* de odio, sino a los delitos de odio *con palabras* (delitos de expresión o con una modalidad de comisión expresiva). No obstante, antes de asentarnos en el ordenamiento penal doméstico y realizar un tratamiento amplio de la circunstancia agravante genérica por motivos discriminatorios *ex art. 22.4 CP*, se traerán a colación los estándares supranacionales, regionales europeos y de la Unión Europea sobre la técnica agravatoria de delitos comunes. El **Bloque II**, dedicado al estudio del **derecho penal comparado**, ayudará a afianzar el camino iniciado en el *Bloque I*. En concreto, las conclusiones finales van a permitir respaldar las diferentes tesis que se esbozarán alrededor del peso y valor que merece el modelo de agravación de la pena vinculado a los delitos de expresión. Lo que en el *Bloque I* quedará simplemente sugerido como camino que conviene explorar para el caso español, encontrará en los

diferentes sistemas legales de Reino Unido (derecho inglés, escocés y norirlandés) un banco de pruebas inmejorable. Finalmente, el *Bloque III* asumirá un estudio amplio del delito de **discurso de odio punible (delitos de odio lato sensu)** y sus múltiples formas de manifestarse (discurso incitador y discurso difamatorio/injuriante). Como se verá, el árbol de contenidos de este último bloque operará en cierta medida respetando los criterios generales de organización del *Bloque I*. Ahora bien, las claves generales de acercamiento serán otras e igualmente variadas (teoría de la comunicación y bases constitucionales sobre la libertad de expresión y sus límites). En todo caso, se propondrá acudir de nuevo –y desde otra lógica de acercamiento– a los estándares supranacionales, regionales europeos y europeos para finalmente alcanzar el marco de regulación penal nacional y trabajar de forma amplia el delito de discurso de odio punible *ex art. 510 CP*.

El fin último de todo lo anterior es ir descargando a lo largo del trabajo (transversalidad/ubicuidad) lo que constituye nuestro objeto de estudio principal (ciberodio/odio online). La razón de esta decisión metodológica es que el ciberodio constituye una manifestación más de los delitos de odio que converge tanto con la lógica de los delitos de odio *stricto sensu* (agravante del art. 22.4 CP aplicada a un delito de expresión) como con la de los delitos de odio *lato sensu* (sobre todo⁴, con el conocido como discurso de odio punible *ex art. 510 CP*). Trataremos de explicar ahora el **primer reto/objetivo marcado: la intersección entre los arts. 22.4 CP y 510 CP**.

A lo largo de los diferentes bloques que componen este estudio, será necesario ir acercando al lector a una problemática muy concreta. Se trataría de la existencia de espacios compartidos a raíz de la superposición de los ámbitos de aplicación del art. 22.4 CP (en concreto, de la circunstancia agravante que se anuda a un delito de expresión, como sería el caso del delito de injurias con publicidad) y del delito de discurso de odio punible del art. 510 CP (en concreto, respecto a este último, especialmente conflictiva parece que resulta la conducta punible del discurso difamatorio/injuriante del art. 510.2.a) CP). Se constata así la más que probable existencia de un espacio aplicativo a medio camino entre realidades punibles (arts. 22.4 y 510 CP), que pueden generar disfunciones en nuestro marco legal y confusión en el operador jurídico. En resumen, las fronteras

⁴ En verdad, diferentes tipos penales previstos en el Código penal (CP o CP/1995) pueden llegar a captar constelaciones particulares de odio online. Este sería el caso de los arts. 170.1 CP (delito de amenazas dirigidas a atemorizar a un colectivo), 173.1 CP (delito de trato degradante) y 197.5 CP (delito de descubrimiento y revelación de secretos con afectación a datos personales especialmente sensibles). Si bien estos tipos penales recibirán un desarrollo mínimo, el foco de interés radica en otro lugar bien distinto.

entre los delitos de odio *stricto sensu* y los delitos de odio *lato sensu* se desdibujan cuando la acción expresiva se dirige ante un sujeto individualmente considerado (p.ej.: persona cuya conducta, estando o no simulada, proyecta cierto amaneramiento hacia el exterior) y no ante un colectivo en abstracto (p.ej.: colectivo homosexual). Aunque la acción trascienda al propio individuo al que se dirige, precisamente ese efecto comunicativo *ad extra* y dirigido a todos los miembros del colectivo de pertenencia podrá canalizarse bien a través de la agravante del art. 22.4 CP o bien del delito autónomo del art. 510 CP. Con el fin de otorgar carácter preferente a una u otra vía de acción jurídico-penal, parece deseable estudiarlas en profundidad y condicionar la decisión final a las conclusiones que se vayan extrayendo en diferentes lugares del estudio.

En general, nos hallamos ante la disyuntiva de encontrar la calificación jurídica más ajustada a derecho posible para conductas expresivas de odio online. La primera opción de calificación típica adecuada de los hechos supondrá acudir al art. 510.2.a) CP (discurso de difamación/injurias colectiva, por la vía de las lesiones a la dignidad de las personas a través de acciones que entrañen “*humillación, menosprecio o descrédito*”), con posible apreciación del subtipo agravado del art. 510.3 CP, al que volveremos en breve por su particular relevancia e interés. La segunda opción de calificación típica pasa, en su caso, por recurrir directamente –o, cuando menos, de forma alternativa respecto a la primera opción– a los arts. 208-209 CP (delito de injurias realizadas con publicidad)⁵, con posible apreciación entonces de la agravante genérica del art. 22.4 CP.

Pues bien, resulta que las consecuencias jurídicas que derivan de la primera opción indicada, de largo la más empleada en la práctica, serán significativamente más graves (p.ej.: incluida la agravación prevista en el art. 510.3 CP, pena de prisión de un año, tres meses y un día a dos años, así como pena de multa de nueve meses y un día a un año) que la de la segunda opción (p.ej.: incluida la agravación prevista en el art. 22.4 CP, pena de multa de diez meses y un día a un año y dos meses). En resumen, se aspira a identificar, explicar y avanzar en la búsqueda de soluciones que eviten respuestas penales desproporcionadas en la *praxis* judicial ante conductas que, aunque muy habituales, son generalmente de menor entidad (p.ej.: comentarios hirientes/ofensivos/humillantes en

⁵ Se empleará el delito de injurias realizadas con publicidad (arts. 208-209 CP) como banco de pruebas ilustrativo, lo que no obsta para que otras conductas expresivas que constituyan delito (p.ej.: calumnias, amenazas o trato inhumano y degradante) también puedan llegar a generar el problema que aquí tratamos simplemente de describir.

redes sociales). Con ello, será inevitable tratar de avanzar en el marco teórico de la fundamentación de ambos preceptos de referencia (arts. 22.4 CP y 510 CP) en nuestra legislación penal sobre delitos de odio.

Ante la disyuntiva de decidir cuál es la vía referencial para absorber el mayor volumen de casos posible concernientes al fenómeno del ciberodio, el legislador parece haberlo tenido claro. De hecho, la sociedad española ha sido testigo de excepción de lo que ya es, tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (LO 1/2015), la primera plasmación del ciberodio en nuestra legislación penal (art. 510.3 CP). Según prevé este último precepto, las penas previstas para las diferentes manifestaciones del discurso de odio punible *ex art. 510 CP* (discurso de incitación del art. 510.1 y discurso de difamación/injuria colectiva del art. 510.2 CP) se impondrán en su mitad superior cuando *“los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas”* (art. 510.3 CP). Aquí radica el **segundo reto/objetivo marcado: el subtipo agravado del art. 510.3 CP**.

El fin compartido de los tres grandes bloques en que se estructura este estudio puede sintetizarse en ir acercando al lector, de forma escalonada, hacia un análisis exhaustivo final del art. 510.3 CP. Al margen de lo novedoso de su irrupción por LO 1/2015, este subtipo agravado (art. 510.3 CP) supuso en su día que nuestro marco penal se situara a la vanguardia europea en esta materia (discurso de odio como delito de odio *lato sensu*). Sin embargo, quizás por lo insólito, repentino e inesperado de la apuesta, no han faltado voces críticas. En general, lo cierto es que nadie dudaba de que el ciberodio estaba debidamente cubierto por el tipo básico del art. 510 CP anterior a la reforma de 2015, dado que el precepto no diferenciaba ni hacía mención a posibles medios comisivos. Antes de esa gran reforma penal, una opción pasaba por ofrecer una mayor visibilidad a los modernos canales de comunicación masiva en la redacción dada al tipo básico, como en su momento hicieron países de nuestro entorno. Otra opción, sin precedentes, residía en acoger esos mismos canales de comunicación masiva en un subtipo agravado (art. 510.3 CP). Su singularidad deviene, además, de que diferentes instancias supranacionales parecen desaconsejar esta incorporación en los términos en que se hizo. Todo lo anterior nos debería hacer reflexionar, en términos de conveniencia y oportunidad, acerca del fundamento último de esta tipificación reciente en el tiempo.

Ni el fundamento de ese mayor merecimiento de pena ni los términos exactos de redacción del art. 510.3 CP han recibido en la doctrina española un tratamiento amplio, sistemático y, en definitiva, acorde al calado de la novedad introducida por el legislador. Este estudio, antes que nada, aspira a cubrir ese vacío detectado alrededor del art. 510.3 CP en la literatura más especializada, así como a abrir nuevos espacios de debate acerca de su utilidad y adecuación. En efecto, entender la sistematización de este precepto con el catálogo de conductas del tipo básico sobre las que se proyecta es crucial. Esta ordenación no resulta sencilla, precisamente debido a que los términos vagos y confusos en que está redactado el conjunto del art. 510 CP admiten diferentes lecturas e interpretaciones posibles. En este sentido, si bien el estudio del subtipo agravado del art. 510.3 CP supone un fin en sí mismo, se aspira a dar un paso más y ofrecer un diagnóstico de claves y razones que deberían desaconsejar el recurso al art. 510 CP y, por extensión, al art. 510.3 CP. En la medida en que esto se produzca, está claro que la agravante genérica del art. 22.4 CP deberá ir instalándose en ese mismo espacio que ha quedado vacío. Como vemos, **el primer reto/objetivo marcado** (intersección entre los arts. 22.4 CP y 510 CP) y **el segundo reto/objetivo marcado** (subtipo agravado del art. 510.3 CP) **mantendrán siempre cierta correspondencia e interacción mutua.**

Según ha señalado recientemente CANCIO MELIÁ, es importante tener presente que en España se peca de una aplicación «más intensa y más extensa» de las respuestas penales diseñadas para combatir los actos de expresión⁶, al margen de que lleven o no marca «de odio». El efecto desaliento que se genera tiene que ver con la proporcionalidad de la pena que prevé la norma (momento legislativo), pero también con cómo la interpretan y aplican los jueces (momento aplicativo). Sostiene LASCURAIN SÁNCHEZ que el legislador parece afanarse en difuminar y empobrecer la norma penal, en el sentido de dificultar aún más la correcta identificación fronteriza entre el ejercicio legítimo de la libertad de expresión y la sanción penal, también legítima, de ciertos excesos verbales. Siendo ello así, la alternativa que resta no puede ser otra que la contención en la sanción penal. Una contención, por seguir con la terminología antes empleada, que debe desplegarse tanto en lo intensivo como en lo extensivo. No obstante, este autor se pregunta si podríamos ser «tan prudentes» (o contenidos en la reacción) como para renunciar incluso a la propia sanción⁷. Recientemente, LANDA GOROSTIZA también

⁶ Véase: “Libertad de expresión: crimen y palabra”, *El País*, 15 de febrero de 2021.

⁷ LASCURAIN SÁNCHEZ, “Todo a la vez”, p. 128.

pide «prudencia y contención» en relación con los delitos de expresión⁸, apostando por anestesiar de algún modo la generalización de su excesivo protagonismo.

Este estudio, desde luego, comparte la visión de refrenar ciertos impulsos e imprimir cierta medida en la reacción punitiva estatal ante incidentes «menores» o de «perfil bajo» que inundan la red. Nos referimos aquí al comentario hiriente/ofensivo/humillante dirigido a una persona gay en *Facebook* que, por ejemplo, no admite equiparación posible con la campaña de dar «caza al maricón» que promueva un representante influyente de la sociedad civil en un contexto en que el colectivo homosexual ya venga sufriendo de forma recurrente incidentes de notable gravedad a ciertas horas de la madrugada.

Una sociedad, como la española, que castiga por demás los excesos de palabra, es una sociedad que oprime y sofoca el derecho a la libertad de expresión por miedo, (des)interés o simple desidia. Al menos para lo primero, parece conveniente transcribir unas breves palabras del juez Louis BRANDEIS de la Corte Suprema de los Estados Unidos, inmortalizadas en su voto particular al caso *Whitney v. California* (1927), en que se dice que «la función de la expresión es liberar al hombre de los grilletes del miedo irracional». De hecho, sostuvo, «la mayor amenaza a la libertad es un pueblo inerte»; es decir, un pueblo poco o nada participativo, quizás por temor a represalias (efecto desaliento). Pero más allá de temores infundados (o, en su caso, no lo suficientemente fundados), en este trabajo sí que se tendrá ocasión de atender debidamente al resto de peligros apuntados. Es decir, se atenderá al (des)interés que pueda existir detrás de una desproporción en el castigo de ciertas expresiones de odio, así como, en su caso, a la posible apatía que existe para no explorar alternativas jurídicas menos gravosas. En concreto, sobre esto último, GARRO CARRERA advierte del peligro que supone manejar «fórmulas vacías» detrás de los términos que configuran la norma penal. Según sugiere, en materia de discursos de odio hay una asignatura pendiente respecto a los «elementos formales que se invocan como mantras sin cuestionamiento material alguno»⁹. En otras palabras, el peligro de abandonarse uno, como operador jurídico, para así abandonar también a la víctima dentro de la administración penal de justicia. En suma, la ausencia absoluta de una ponderación mínima como forma ágil, cómoda y despreocupada de hacer justicia.

⁸ Véase: “Delitos de odio: peculiaridades españolas”, *El País*, 13 de julio de 2021.

⁹ GARRO CARRERA, «Los discursos», p. 77.

III. ESTRUCTURA Y ORGANIZACIÓN INTERNA

Este estudio se compone de tres grandes bloques temáticos. Más arriba se ha avanzado ya parte del sentido de cada uno, por lo que en este momento partiremos del siguiente esquema organizativo: *Bloque I* (delitos de odio y, en concreto, delitos de odio *stricto sensu*); *Bloque II* (derecho comparado); y *Bloque III* (discurso de odio como delito de odio *lato sensu*). Entre todos esos bloques, se ha dicho que nuestro objeto de estudio (ciberodio u odio online) se vuelve transversal/ubicuo, puesto que su tratamiento no se concentra en un único lugar, sino que de alguna manera impregna todo el trabajo. Una vez aclarados estos aspectos, procedemos a abordar con mayor detenimiento y precisión los contenidos concretos a tratar en cada bloque.

El *Bloque I* abrirá con una perspectiva ético-histórica sobre los delitos de odio, punto de partida ineludible para proporcionar un contexto socio-histórico sobre la gestación de las legislaciones contemporáneas contra los delitos de odio. Se verá cómo la técnica de agravación de delitos (delitos de odio *stricto sensu*), de raigambre estadounidense, ha sido importada al derecho continental europeo. También se tendrá ocasión de avanzar los dos grandes modelos de política-criminal (modelo comunitario y modelo liberal), pudiendo situarse cada uno de ellos a un lado o a otro del océano Atlántico. En el caso español, el sentido de tutela originario de las legislaciones contra los delitos de odio, que se concreta en la protección de ciertos colectivos históricamente marginados y vulnerables, se pierde entre las costuras de un modelo de corte más bien liberal. Un modelo, como se profundizará a lo largo de todo el *Bloque I*, que está anclado fundamentalmente en la protección de individuos y que lastra la interpretación de los delitos de odio *stricto sensu*. De hecho, la protección más amplia de colectivos surge precisamente de la necesidad de ampliar el ámbito de desarrollo de la dignidad de la persona, promoviendo la sociabilidad natural del ser humano y la libre configuración de su identidad. Antes de dar forma a esa configuración de la identidad propia y grupal, observaremos de cerca cómo se construye el concepto de delitos de odio *stricto sensu*, el cual encierra elementos claros e ineludibles (infracción penal de referencia), pero también diferentes teorizaciones que han ido construyéndose a su alrededor (concepciones marco). Acto seguido, como se ha adelantado, se dedicará todo un apartado a las políticas de gestión de la diversidad cultural y, sobre todo, a los marcos teóricos en los que éstas se insertan. Al margen de que los delitos de odio no se entenderían si no vinieran propulsados –o, cuando menos,

condicionados— por un componente cultural, el Estado español está obligado a construir y leer el Derecho penal en clave intercultural.

Llegados a este punto, lo cierto es que la lucha político-criminal contra la intolerancia es deudora, desde la segunda mitad del s. XX, de preocupaciones muy diferentes en Estados Unidos (racismo e intolerancia étnico-racial, sobre todo, contra las personas negras) y Europa (escenarios pre-genocidas, evitando volver a revivir el trago amargo de la experiencia nazi). En este sentido, nada sorprende que los delitos de odio cometidos *con palabras* se reforzaran en el viejo continente, a efectos de evitar el envenenamiento del espacio público, mientras que en los Estados Unidos ha existido siempre un abandono de criminalización en torno a lo expresivo. Un abandono que se ha justificado tradicionalmente por el fuerte blindaje a la libertad de expresión. Estas tendencias político-criminales han cristalizado en figuras penales muy diferentes (discurso de odio punible o *hate speech* en Europa, y técnica agravatoria de delitos o *hate crimes* en los Estados Unidos), no pudiendo ignorarse sus respectivos lugares de gestación histórica. Al menos para este primer bloque, parece razonable centrar todos nuestros esfuerzos en trasladar una visión mínima de la lógica estadounidense, dado que la técnica de agravación de delitos comunes española (delitos de odio *stricto sensu*) trae causa del mundo anglosajón y confluye en la actualidad —y en el mismo cuerpo legal (CP/1995)— con figuras de matriz europea (delito de discurso de odio punible del art. 510 CP). Siguiendo con la importancia que se dispensa en este *Bloque I* a la técnica de agravación de delitos, de su lugar de origen (Estados Unidos) saltaremos a examinar los estándares supranacionales (Naciones Unidas, Consejo de Europa, TEDH, OSCE y Unión Europea) más relevantes. Entre otras cuestiones, se busca verificar en qué medida el ordenamiento jurídico español estaba obligado a incorporar en su legislación penal una circunstancia agravante genérica por motivos discriminatorios.

Una vez alcancemos el ámbito penal doméstico, realizaremos un recorrido histórico-legislativo para conocer de cerca las causas que motivaron la aparición de las disposiciones vinculadas a los delitos de odio en España. Esta evolución, que guiará al lector desde la década de los setenta (despertar legislativo) hasta la actualidad normativa (expansión del marco antidiscriminatorio del CP/1995), aspira a facilitar una visión de conjunto de los delitos de odio y/o delitos antidiscriminatorios (delitos de odio *lato sensu*), sin descuidar por ello el seguimiento que se viene haciendo a la técnica agravatoria de delitos comunes (delitos de odio *stricto sensu*). A su vez, la legislación

antidiscriminatoria española no se entendería si no viéramos la evolución jurisprudencial del principio de igualdad y no discriminación (art. 14 de la CE), que será sumariamente abordada. Finalmente, antes de entregarnos al estudio de la agravante genérica del art. 22.4 CP, se traerán a colación algunos delitos (delitos de odio *lato sensu*) que tengan algún tipo de funcionalidad –siquiera asumiendo un rol secundario– para atajar el ciberodio. Este sería el caso de los arts. 170.1 CP (delito de amenazas dirigidas a atemorizar a un colectivo), 173.1 CP (delito de trato degradante) y 197.5 CP (delito de descubrimiento y revelación de secretos con afectación a datos personales especialmente sensibles). Todo ello proveerá al lector de una imagen periférica de las opciones de sanción penal, sean más o menos realistas, en torno al ciberodio. De esta periferia (delitos de odio *lato sensu*), ahora sí, nos moveremos hacia la centralidad de nuestra legislación contra los delitos de odio (delitos de odio *stricto sensu*).

La fundamentación jurídica de la agravante por motivos discriminatorios del art. 22.4 CP es un foco de discusión constante en la doctrina penal. Nuestro primer objetivo será ordenar las posturas que creemos son las más representativas de las diferentes corrientes de interpretación. Lo que *a priori* pueda parecer sencillo, no resultará tan fácil ya que habrá que desarrollar una línea expositiva clara para un número elevado de propuestas sugerentes –algunas híbridas, otras directamente indeterminadas– que admiten infinidad matices. Logrado lo anterior, resta plasmar nuestra posición en un apartado conclusivo final. El enfoque previsto desde la teoría del delito, no desconociendo que existen otras formas alternativas o cumulativas de aproximación (teoría de la pena), debería permitir adquirir un conocimiento mínimo y funcional sobre la agravante genérica del art. 22.4 CP. Y será funcional en la medida en que el último apartado que resta de este *Bloque I* permitirá poner en contacto los delitos de expresión con la agravante genérica del art. 22.4 CP. Aquí reside precisamente un primer punto de llegada clave del presente proyecto doctoral.

Como se ha comentado más arriba, el sentido de tutela originario de las legislaciones contra los delitos de odio –es decir, la protección de ciertos colectivos históricamente marginados y/o vulnerables– queda «deslavazado» en un modelo de política-criminal de corte liberal como el español. Pese al pleno reconocimiento de posibles bienes jurídicos supraindividuales, se tiende a pensar que la injusticia que sufre o recae sobre todo un segmento poblacional la marcan –o, mejor dicho, la ponen de manifiesto– los diferentes casos individualizados y aislados. La presunción en la que hunde sus raíces el Derecho

antidiscriminatorio es justamente esa, la del conflicto interpersonal. En nuestra opinión, se defenderá que la presunción debiere ser justamente la contraria, es decir, la de la afectación colectiva o supraindividual, en que la percepción de estar ante un ataque centrado en la persona (p.ej.: le pegó porque era negro o porque se llamaba Mohammed) no implique descuidar un efecto intimidante que sacude a todo un colectivo/s de referencia. Este enfoque, que precipita un efecto intimidante (efecto *in terrorem*) más allá de la persona, es el único que preserva el sentido originario de la agravante.

El caso es que todo lo anterior se estaría perdiendo en la práctica judicial española, en la que directamente se obvia ese efecto comunicativo intimidante a efectos de apreciar la agravación del art. 22.4 CP. Al contrario de lo que sucede en los delitos *de actos* de odio (p.ej.: lesiones, homicidios, etc.), la agravante genérica pasa a ocupar un lugar secundario e irrelevante en los delitos de odio *con palabras* (delitos de expresión). Las conductas vinculadas al discurso de odio punible tienden a canalizarse, de forma casi irreflexiva, al art. 510 CP (delitos de odio *lato sensu*). Y todo lo anterior sorprende porque, precisamente en delitos contra el honor (injurias y calumnias) o contra la integridad moral (trato inhumano o degradante), habitualmente tan asociados a la esencialidad del ser y a su dignidad, resultaría *a priori* más fácil priorizar una agravante entendida, como se ha dicho, más en clave intersubjetiva que en su sentido de tutela supraindividual. Las razones de que se haya devaluado esta función de la agravante capaz de absorber el discurso de odio punible son muy variadas. Como se verá, la opción de encauzar el discurso de odio por esta vía agravada del art. 22.4 CP no sólo es posible, sino que puede promoverse con más empeño como estrategia de acción que relegue al art. 510 CP a una aplicación claramente marginal.

Por lo demás, las razones que causan confusión en el operador jurídico también se han visto afectadas por la nueva configuración del art. 510 CP. En este *Bloque I* se adelantará que, por ejemplo, la lesión de la “*dignidad de las personas*” por medio de “*acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito*” (art. 510.2.a) CP), además de hacer mención expresa a la dignidad, no se circunscribe ya a la difusión de “*informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones*” (art. 510.2 CP, en su redacción anterior a la reforma por LO 1/2015). Es decir, el tipo penal se abre no sólo a la difusión de informaciones/hechos, sino también a juicios de valor. Y si anteriormente se hablaba de «difusión» de informaciones injuriosas, ahora el carácter público de la conducta del art. 510.2.a) CP no consta formalmente en el precepto. Además, ha calado fuerte la idea de

asociar el art. 510.2.a) CP con un delito de lesión, lo que contrasta con la fase adelantada de tutela prevista para el resto de conductas punibles del art. 510 CP (peligro abstracto). Nuevamente, la redacción dada por LO 1/2015 ha contribuido a lo anterior. Por tanto, es evidente que el escenario normativo se ha complicado en exceso, en la medida en que, salvo que se haga una labor exegética alternativa, el ámbito de aplicación de la agravante del art. 22.4 CP y del nuevo art. 510 CP parecen estar más próximos que nunca. En otras palabras, si antes de la reforma por LO 1/2015 el espacio aplicativo de ambos se solapaba parcialmente, ahora el esfuerzo a realizar será ciertamente mayor.

En resumen, el objetivo de este *Bloque I* residirá en llegar a identificar esta disfunción anterior, explicando las razones que deberían llevar al art. 22.4 CP a ganar protagonismo en detrimento del art. 510 CP. Se plantea la posibilidad de crear una red de sanción penal blanda o atenuada que se sitúe a medio camino entre los discursos más graves (art. 510 CP) y aquellos otros que no llegan siquiera a adquirir un mínimo de significancia penal. Se reivindica, en definitiva, que la agravante juegue un rol importante contra ciertos excesos verbales en los que no quepa duda, al margen incluso de la «marca de odio», que se rebasan los márgenes de protección constitucionalmente definidos para la libertad de expresión. Unos excesos que, por otro lado, aprovechan el marco de las nuevas tecnologías para proliferar de forma especialmente descontrolada. Por lo demás, se tratará de conciliar todo lo anterior con una agravante genérica que recupere su sentido originario de tutela, el de la afectación supraindividual, siendo ésta una seña de identidad propia de las modernas legislaciones contra los delitos de odio.

El *Bloque II* estará orientado al derecho comparado. Se abordará un estudio sistemático de contraste entre los diferentes subsistemas jurídicos de Reino Unido: derecho inglés y galés (*England and Wales/English law*), derecho escocés (*Scottish/Scots law*) y derecho norirlandés (*Northern Ireland/Northern Irish law*). El Derecho penal moderno no puede ser indiferente al fenómeno de la globalización delictiva, siendo la delincuencia informática una de sus manifestaciones más ilustres. Sin ir más lejos, el Reino Unido fue de los primeros países en todo el mundo en incluir una ley nacional que contemplara expresamente el delito informático (*computer crime*) entre sus disposiciones. La dilatada experiencia legislativa y aplicativa en el ámbito de la ciberdelincuencia constituye sin duda uno de sus grandes atractivos. Este fenómeno, como tantos otros, nos apremia a buscar espacios de entendimiento común en diferentes áreas de acción. La aproximación entre sistemas nacionales comprende, como no podía ser de otra forma, la

cooperación judicial y procesal, pero también y muy especialmente la política-criminal y el Derecho penal sustantivo. A este respecto, los sistemas de Derecho penal anglosajones resultan «perfectamente compatibles» con un Derecho penal moderno occidental. Un Derecho penal moderno que se cimenta sobre los mimbres de una cultura jurídica compartida y construida alrededor de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales. En concreto, es de destacar el desarrollo «progresivo y armónico» de los distintos sistemas legales, para avanzar así hacia una «unidad valorativa cada vez más profunda»¹⁰.

El método de trabajo comparativo que se propone realizar en este *Bloque II* circula en esta misma dirección y aspira, desde la especialización que supone abordar el ciberodio como objeto de estudio, a contribuir en la prospección de soluciones a problemas comunes. Con todo, ello no quiere decir que tales soluciones deban ser idénticas, uniformes y/o vinculantes. Sea que «convergen o divergen» entre sí, sostiene FREDMAN, lo importante será que en la decisión adoptada se contengan buenas razones que expliquen por qué en un contexto nacional determinado –es decir, con todo lo que ello implica a nivel social, jurídico o institucional– se precisa de esa convergencia o divergencia de esas características respecto a otro sistema legal¹¹. Sobre esta misma idea, AMBOS afirma que la «dependencia socio-cultural del Derecho (penal) requiere soluciones transnacionales que van más allá de las cuestiones de pura técnica legal». Por tanto, no basta con determinar si las soluciones son correctas o incorrectas conforme a Derecho¹². El análisis debe ser mucho más rico en ese sentido. Lo importante pasa a ser que se adopte un «enfoque deliberativo» (*deliberative approach*) en la toma de decisión libre por parte de los jueces y tribunales nacionales. Al rigor de este proceso deliberativo, que por su propia esencia consistirá en desarrollar razonamientos persuasivos, será a lo que contribuya el derecho comparado. En última instancia, lo que se promueven son alternativas de solución¹³, buscando a través del derecho comparado enriquecer y refinar el proceso que lleve a la adopción de soluciones ajustadas a una realidad nacional.

¹⁰ Desde la perspectiva de la doctrina española, véase BERNAL DEL CASTILLO, *Derecho penal comparado*, pp. 215 y 222.

¹¹ FREDMAN, *Comparative human rights law*, p. 5.

¹² Véase, indistintamente: AMBOS, *¿Es posible el desarrollo?*, p. 56; AMBOS, *Temas*, p. 103.

¹³ Ampliamente, véase FREDMAN, *Comparative human rights law*, pp. 5-6 y 11-17.

Además, si bien las modernas legislaciones contra los delitos de odio (delitos de odio *stricto sensu*) se gestaron en los Estados Unidos, su reconocimiento, puesta en valor y aceptación social tuvo en Reino Unido su puerta de entrada a Europa hacia finales del s. XX. A su vez, desde el plano empírico, lo cierto es que sólo en Inglaterra y Gales ya se superan los 100.000 incidentes de odio anuales¹⁴, con una cifra negra estimada importante, en tanto que los últimos datos en España arrojan la cifra global de 1.706 incidentes de odio registrados en 2019¹⁵ y 1.401 en 2020¹⁶. Por lo demás, salvando las distancias y aunque sólo sea por la experiencia acumulada, el derecho consuetudinario (*common law*) de las diferentes jurisdicciones de tradición anglosajona que componen el Reino Unido servirá de contrapunto útil a nuestro marco penal nacional. De hecho, el sistema legal escocés nos ofrece un híbrido entre el derecho consuetudinario y el derecho más propio de la familia jurídica romano-germánica (*civil law*). Esto supone ir un paso más allá en la aproximación hacia la cultura legal continental que rige en prácticamente toda Europa y también en España.

Aunque al tiempo de escribir estas líneas todavía no ha entrado en vigor, mención aparte merece la *Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021*. Por primera vez en Reino Unido, esta ley escocesa prevé una única agravante genérica que, como tal, despliega sus efectos sobre cualquier delito y por razón de un listado ciertamente amplio de categorías protegidas. Como se verá, al menos en relación con estos aspectos recién referidos, se trata de un modelo ambicioso de técnica legislativa que está muy próximo a nuestra agravante genérica del art. 22.4 CP¹⁷. Además, desde Irlanda del Norte parece verse con cierto agrado este paso que ha dado el Gobierno escocés. Incluso, un informe independiente que evalúa la legislación sobre delitos de odio norirlandesa elaborado por el Juez Desmond MARRINAN, a petición del Ministerio de Justicia del Ejecutivo de Irlanda del Norte, ha recomendado recientemente transitar esta misma vía escocesa¹⁸, lo

¹⁴ En concreto, los últimos datos disponibles son los relativos a 2019/20, siendo 105.090 los incidentes registrados. Ampliamente, véase HOME OFFICE, *Hate crime. England and Wales, 2019/20* (2020).

¹⁵ Ampliamente, véase MINISTERIO DEL INTERIOR, *Informe de la evolución* (2020).

¹⁶ Ampliamente, véase MINISTERIO DEL INTERIOR, *Informe sobre la evolución* (2021).

¹⁷ En el caso escocés, como es propio en jurisdicciones del *common law*, cualquier delito puede estar expuesto a ser agravado por prejuicios (*aggravated by prejudice*) y, en caso de que se verifique este extremo, el tribunal debe tener en cuenta la agravación para determinar la pena adecuada al momento de dictar sentencia. Si bien las disposiciones agravatorias en la fase de determinación de la pena no operan en España, puesto que no existe tal fase, el hecho de consolidar una única disposición genérica con un listado amplio de categorías protegidas es un avance importante para evitar la tendencia a la dispersión normativa existente en los diferentes subsistemas legales de Reino Unido.

¹⁸ Precisamente, la *Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021* tiene su origen en un informe independiente de similares características elaborado por el juez retirado Lord BRACADALE, a petición

que a día de hoy parece que está previsto que suceda hacia finales de 2022¹⁹. Irlanda del Norte, por su parte, es un marco comparado que tiene un singular interés. Si la sociedad española parece estar habituada con la cantidad y cotidianeidad de los delitos de expresión movidos por odio ideológico, que parecen estar en pleno apogeo, el trasfondo histórico de violencia política norirlandesa y la gestión que se hace en esa región del odio sectario nos ofrecerá claves valiosas para devolver una mirada crítica a nuestro ordenamiento jurídico.

Al hilo de este recorrido general por los diferentes subsistemas jurídicos de Reino Unido, veremos cómo a nivel legislativo se irán destacando las diferencias entre ellos en materia de delitos de odio, pero también sus grandes similitudes. De esta forma, se opta por un análisis dividido en dos tiempos. Primero, dado el entramado de leyes existentes para abordar el fenómeno de la criminalidad por odio en general, nos conformaremos con presentar brevemente las generalidades de aquellas que sean de utilidad contrastada, posible y/o reconocida para afrontar el ciberodio en los tres sistemas jurídicos a examen. La atención puesta en la producción normativa no evitará que se realicen alusiones puntuales a la jurisprudencia (*case-law*) o a los delitos propios de usos y costumbres del *common law* (*common law offences*). Estas cuestiones serán debidamente seleccionadas para su reflejo posterior en el texto en función de su relevancia. En cuanto a la legislación, una vez hayan sido introducidas al lector las leyes que sean de interés, en un segundo momento veremos cómo pueden ser aplicadas al entorno online. En este momento, ya sí, de la mano del *case-law*, de las *common law offences* y del estudio de la literatura especializada con una aproximación metodológica adaptada a la peculiaridad y complejidad de su jerarquía de fuentes. A efectos organizativos, por la cantidad y, sobre todo, por lo precursor y modélico de la jurisprudencia del sistema legal inglés, que parece inspirar constantemente al resto de sistemas jurídicos, se ha optado por trabajar exclusivamente lo atinente a Inglaterra y Gales.

Finalmente, en este *Bloque II* se irán esbozando unas conclusiones generales que, ya adelantamos, darán sentido práctico y respaldo a la línea de trabajo iniciada en el *Bloque I*. Se confirma, entre otras cuestiones, que la técnica agravatoria de delitos impera ampliamente en la práctica judicial. Aunque aplicables al entorno online, los delitos de

del Gobierno escocés. En detalle, véase: BRACADALE, *Independent review* (2018); MARRINAN, *Independent review* (2020).

¹⁹ “Hate Crime and Public Order (Northern Ireland) Bill not expected until 2022”, *agendaNi*, March 2021.

incitación al odio quedan relegados a una utilidad marcadamente excepcional y simbólica. Por otro lado, se refuerza un poco más la aspiración a un modelo objetivable para la agravante. Como se verá, si bien el modelo de agravación de la pena que diseña la legislación inglesa en un primer momento supuso asumir un enfoque exclusivamente motivacional, el Gobierno no tuvo reparos en reconocer a tiempo que existirían dificultades probatorias. En definitiva, se acabó introduciendo un test menos subjetivo y, en palabras del propio Gobierno, también «más realista». Ello permitiría rebajar el estándar inicial y, de este modo, captar un mayor número de casos. En claro contraste con lo anterior, en la doctrina española ha habido más voces que han cuestionado la lectura en clave objetiva de la agravante genérica del art. 22.4 CP.

El *Bloque III* abrirá con un estudio fenomenológico del odio en Internet. Se busca conocer, analizar y delimitar el objeto de estudio. El ciberodio es un fenómeno poliédrico, cuyas formas de manifestarse varían enormemente y ello conlleva asumir enfoques jurídicos muy diferentes. En cualquier caso, conocer mejor cómo opera en la práctica, qué implicaciones o efectos tiene (p.ej.: efectos que van más allá de la víctima o audiencia receptora del mensaje, incluso los que conciernen al propio orador), ayudarán a entender mejor la amenaza a la que nos enfrentamos. En este punto se insistirá en que las conductas expresivas de matriz injuriosa pueden, aunque no sea la única alternativa posible, configurarse como delitos de peligro abstracto. Acto seguido se buscará comprender mejor el fenómeno desde un plano comunicativo, reflexionando sobre presunciones jurídicas y judiciales que han venido dándose para facilitar –a veces en exceso y de forma simplista– el proceso comunicativo. Finalmente, se proveerá al lector con un estado de la cuestión de actualidad sobre las investigaciones realizadas alrededor de un posible nexo causal entre acciones expresivas de odio en la red y sus consecuencias fuera de ella.

Alcanzada ya cierta familiaridad con este fenómeno de proyección transnacional e instantánea, se realizará un seguimiento histórico por los estándares normativos –o, en su defecto, otro tipo de esfuerzos o compromisos de cooperación– que se hayan promovido desde instancias internacionales, regionales o europeas en la lucha contra el discurso de odio en general, y contra el ciberodio en particular. En esta fase nos interesa, entre otras cuestiones, conocer cuál era la necesidad de disponer de legislación penal específica en esta materia. En otras palabras, examinar de cerca y desde diferentes angulares (Naciones Unidas, Consejo de Europa, TEDH, OSCE y Unión Europea) en qué medida el derecho penal habría de evolucionar para adaptarse a un nuevo contexto digitalizado de amenaza

global. Tras todo lo anterior, se examinará la batería de respuestas penales para las distintas caras del discurso de odio punible (art. 510 CP) que ofrece el ordenamiento jurídico español. Antes bien, se realizará un estudio preliminar sobre controles de constitucionalidad a la intervención penal en materia de libertad de expresión. A partir de aquí, como decimos, se propone al lector un estudio de conjunto de las distintas conductas punibles que contiene el art. 510 CP, las cuáles se corresponderán con incitaciones graves (art. 510.1 CP) o con difamaciones/injurias colectivas (art. 510.2 CP). La caracterización pública de cada una de las conductas a examen cobrará un interés notable. Entre otras razones, porque la posición más o menos firme que se adopte respecto a este particular tendrá su repercusión a la hora de justificar la (im)procedencia de aplicar el subtipo agravado del art. 510.3 CP. Finalmente, además de cuestionarnos su conveniencia, oportunidad y utilidad práctica, reflexionaremos acerca del fundamento en torno a la tipificación expresa del ciberodio en el art. 510.3 CP. Su estudio doctrinal y jurisprudencial permitirán valorar mejor la necesidad de ofrecer propuestas correctoras de *lege lata* o de *lege ferenda*. Con carácter previo a las conclusiones generales del estudio en su conjunto, nos reservamos un último apartado del *Bloque III* para que, a modo de recapitulación final, se ordenen todas las ideas que han ido apareciendo en torno al análisis del subtipo agravado del art. 510.3 CP. A su vez, se aspira a reflexionar una última vez sobre su posible convivencia o relación armoniosa en el mismo cuerpo legal con la técnica agravatoria de delitos comunes.

Esta tesis permitirá, a la vez que un estudio particular del ciberodio y su regulación jurídico-penal española, descender a la complejidad de los límites de esta regulación en su conjunto. Las alternativas de interpretación o de corrección legislativa que se propondrán ilustrarán finalmente las conclusiones finales basadas en las cadenas argumentales ya sugeridas sucintamente en esta introducción y que a continuación pasamos a exponer.

BLOQUE I. DELITOS DE ODIO. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO *STRICTO SENSU* Y BASES CRIMINOLÓGICAS

1.1. Enfoques y Modelos de Aproximación Previos

La realidad oculta tras la etiqueta de «delitos de odio» (*hate crimes*) admite *ab initio* dos enfoques de aproximación troncales que condicionan su significado. De esta forma, el tratamiento de la supra-categoría marco de los delitos de odio fluctúa entre lo que podría denominarse como adscripción diacrónico-histórica y adscripción sincrónico-normativa.

La adscripción diacrónico-histórica conlleva adoptar una postura laxa, abstracta e inclusiva, pudiendo entenderse por delitos de odio cualesquiera actos violentos, hostiles o intimidatorios que, en torno a una condición identitaria de la víctima, hayan sido cometidos, al menos en parte, por razón del grupo social de pertenencia –real o percibido– de la misma. Este enfoque llevaría a catalogar como tales un sinnúmero de episodios históricos que se pierden en la noche de los tiempos y que han llegado, incluso, a beneficiarse de cobertura normativa según la mentalidad de la época a la que nos refiramos. En función de esta lógica, la adscripción diacrónico-histórica englobaría en dimensiones a la adscripción sincrónico-normativa o, si se quiere, contemporánea, la cual únicamente añadiría a la definición base anterior la esencialidad de la codificación. Esto es, la necesidad de tratarse de una conducta legalmente recogida como tal.

Académicamente, existen posturas que rehúyen la óptica diacrónico-histórica (o, para ser más exactos, la parte pre-legislativa de tal óptica) en delitos de odio, ya que la consideran muy alejada de la concepción actual de los mismos. De esta forma, los delitos de odio simplemente representarían un legado que refleja fielmente una «historia de inhumanidad del hombre contra el propio hombre»²⁰. En esta misma línea, PETROSINO advierte de que la identificación de los delitos de odio tras esa dimensión histórica se presenta como una labor compleja, ya que los valores –normativos o no– de épocas remotas negaban la condición misma de personas a las víctimas, mientras que los gobiernos y otras autoridades tenían a menudo implicación directa o una actitud cómplice

²⁰ PEZZELLA, *Hate crime statutes*, p. 3.

en la comisión de este tipo de delitos²¹. En este sentido, PEZZELLA relaciona directamente una suerte de «amnesia histórica» instaurada hoy con el hecho de que la naturaleza y gravedad de las victimizaciones por odio hayan estado amparadas normativamente tiempo atrás²².

No obstante, más allá de la observación anterior, PETROSINO defiende que los eventos históricos, examinados en retrospectiva, debieren ser clasificados como delitos de odio, implementando una definición *sui generis* de los mismos basada en la justicia intrínseca²³. Así, por delitos de odio entiende toda victimización de minorías debido a su identidad racial o étnica por miembros de la mayoría. Seguidamente, según aclara, esta definición se centraría en el desequilibrio de poder entre el autor (miembro de una mayoría) y la víctima (miembro de una minoría), siendo una definición que, sin agotar su significado, serviría para cubrir los casos más representativos e inconfundibles de delitos de odio, aun no siendo los únicos²⁴. Como se ha adelantado, los mimbres de esta línea de

²¹ TURPIN-PETROSINO, «Connecting the past to the future», p. 10. A modo de ejemplo, entre tantos otros, se puede enmarcar el *Experimento Tuskegee*. Se trata de un estudio clínico llevado a cabo entre 1932 y 1972 en Tuskegee, Alabama (EE.UU.) por los servicios públicos de salud norteamericanos para, básicamente, monitorizar la evolución natural de la sífilis sin tratamiento. Participaron 600 voluntarios (201 sanos como grupo de control y 399 que habían dado positivo en sífilis), todos de raza negra y en su mayoría analfabetos y sin recursos, pero atraídos por el señuelo de la promesa de una atención médica gratuita. El problema consistía en que no se informó a los que tenían sífilis de su condición de portadores, ni se suministró tratamiento paliativo alguno a pesar de estar disponibles por aquella época, sobre todo a partir de 1945 con la recién descubierta penicilina. Todo ello se fraguó de forma deliberada y justificada en beneficio último de la humanidad, pero en claro detrimento de una minoría étnica. El escándalo se destapó el 25 de julio de 1972 por el periódico *Washington Star*, apareciendo en la portada del *New York Times* tan sólo un día después. Aunque el Gobierno americano intentara justificarse por un largo período de tiempo, el rechazo unánime de la opinión pública resultó decisivo. El 16 de mayo de 1997 el presidente de los Estados Unidos, Bill Clinton, pidió formalmente perdón por el experimento en nombre del Gobierno de los Estados Unidos.

²² PEZZELLA, *Hate crime statutes*, p. 13.

²³ La justicia intrínseca es la escala de justicia inherente a todo hombre para discernir entre lo que es un comportamiento moralmente aceptable o, en cambio, inasumible por la humanidad. Ahora bien, aunque la ley proteja aspectos morales y convierta así parte de la ley natural en ley codificada, lo cierto es que resulta utópico que de este modo se logre un pronunciamiento inequívoco sobre todo comportamiento inmoral. Y es que la ley es tendenciosa y refleja a menudo los intereses de algunos segmentos mayoritarios de la sociedad, ignorando otros aun siendo más cabales. De hecho, como explica MIRÓ LLINARES, «en el Derecho penal anglosajón (...) una de las posiciones dogmáticas más influyentes contrapuestas a los planteamientos liberales clásicos, el moralismo legal, defiende que las normas penales deben incorporar las pautas de la moral positiva, esto es, las creencias morales de la mayoría social, por lo que es aceptable la criminalización de las conductas por el hecho de ser contrarias a tal moral». Precisamente a consecuencia del planteamiento moral-positivista anterior, lo que se produce es un claro «desprecio» a la moral crítica, esto es, a la «valoración de lo correcto conforme a estándares de racionalidad». La ley es, por todo ello, defectuosa en sí misma, lo que reforzaría la importancia de la justicia intrínseca, que trasciende todo normativismo. MIRÓ LLINARES, «Derecho penal y moral», pp. 335 y 345.

²⁴ Precisamente, una de las críticas a esta importante contribución académica es el hecho de que se reconozca de forma explícita la victimización de minorías étnicas, pero no así la de otros segmentos minoritarios de la población que, en mayor o menor medida, pueden llegar también a ser concebidos como vulnerables. GARLAND/CHAKRABORTI, *Hate crime*, p. 4.

argumentación vienen bien respaldados por la idea de la justicia intrínseca, ya que el autor entiende que ésta debe predominar más allá de cualquier definición legal para trazar una suerte de vínculo entre la victimización histórica y la moderna o contemporánea. De hecho, no cabe obviar que el hecho de refugiarnos en un excesivo formalismo legal en materia de delitos de odio sería como asumir implícitamente que, o bien estos delitos eran inexistentes con anterioridad a su codificación, o bien no representaban un problema serio. En cualquiera de los casos, ello equivale a desconocer la magnitud de la victimización que subyace al fenómeno de la criminalidad por odio.

Entre otras voces influyentes, PERRY también parece mostrarse favorable a la consideración del carácter transversal histórico-normativo de las conductas asociadas los delitos de odio. Según esta autora, se trataría de un mecanismo de poder impuesto y dado para sostener o reafirmar la jerarquización precaria a través de la violencia o amenazas de violencia (física o verbal) proyectadas contra todos aquellos grupos sociales tradicionalmente estigmatizados o marginalizados²⁵ en una sociedad concreta. Y ello porque el receptor del mensaje no es únicamente el individuo más inmediato (víctima directa), sino también la comunidad en la que éste se integra, puesto que se atenta contra el orden social preestablecido por alguna diferencia compartida (p.ej.: religión, raza, orientación sexual, etc.). En paralelo, también se recrea una supuesta dominación del colectivo dominante, como ente supraindividual al que se asocia la comisión del delito, sobre el colectivo dominado²⁶. Con todo, la autora postula que las dinámicas contemporáneas de violencia motivadas por odio tienen sus orígenes en condiciones históricas cuyos patrones –de motivación, sentimiento y victimización– se repiten una y otra vez en el tiempo²⁷. Un fenómeno, el de la criminalidad por odio, entendido como algo cíclico. De esta forma, el marco teórico propuesto se basa en un proceso de diferenciación estructural, dentro del cual los delitos de odio nacen como respuesta ante las amenazas generadas por «los otros» cuando intentan abandonar la posición

²⁵ Recientemente, lo cierto es que existen definiciones que buscan ir más allá de las bases conceptuales propuestas por PERRY, de tal forma que emplean una definición más simple y abierta. Por ejemplo, la que entiende por delitos de odio los «actos de violencia, hostilidad e intimidación dirigidos contra personas por razón de su identidad o diferencia percibida». A través de la misma, se viene a admitir que existen colectivos que no solamente por estar estigmatizados son susceptibles de victimización por odio, sino también por ser considerados «vulnerables, diferentes en el sentido de que pueden ser percibidos como amenazantes», o simplemente «débiles a los ojos del autor». GARLAND/FUNNELL, «Defining hate crime internationally», p. 18.

²⁶ PERRY, «Racist violence», p. 8.

²⁷ PERRY, «Introduction», p. 4.

subordinada que les corresponde dentro de un orden preestablecido, lo que equivale a implementar un mecanismo legitimador de la violencia para sostener la hegemonía identitaria dominante²⁸. En esencia, la relevancia de la aportación de PERRY radica en el reconocimiento de que la criminalidad por odio constituye una respuesta estructural a la diferencia más que una respuesta de corte y calado que se agota en lo individual²⁹.

En este punto, sería aconsejable conocer ya dos grandes modelos de política-criminal: modelo comunitario y modelo liberal. Según BERNAL DEL CASTILLO, ambos modelos presuponen dos formas bien distintas de concebir el Estado a ambos lados del Atlántico³⁰, siendo también distintas las vías previstas para lidiar con posibles conflictos multiculturales que deriven de la convivencia en sociedad. El *modelo comunitario* acentúa la labor intervencionista del Estado como garante y promotor, a diferentes niveles (jurídico, político y social), de la identidad cultural propia de cada grupo o individuo. Las razones que encuentra el Estado para asumir esa actitud proactiva pueden ser muy variadas. Según este autor, éstas conectan con el «reconocimiento de derechos culturales de minorías», la «necesidad de especial protección a las culturas más débiles», o un remedio para superar «actitudes históricas injustas» del pasado como potencia colonizadora. Con ello, también es cierto que el principio de *ultima ratio*, de subsidiariedad o de mínima intervención penal pudiere quedar en entredicho por el auge intervencionista en esta concreta parcela jurídica de control social. Nada más lejos de la realidad. En países como Estados Unidos el Derecho penal suele adquirir un papel secundario y complementario a otras vías de acción prioritarias –sean previas o alternativas– de control social formal o informal. El sentido de tutela a los derechos y valores culturales se articula, preferentemente, por vías ajenas al Derecho penal³¹. En cambio, el *modelo liberal* no se hace deudor de injusticias históricas, conflictos morales u otra serie de razones que le obliguen a intervenir de forma tan activa en la gestión social. El Estado se inclinará más bien por adoptar «medidas antidiscriminatorias» que busquen proteger a todo ciudadano de cualquier lesión al principio de igualdad formal ante la ley,

²⁸ CHAKRABORTI, «Framing the boundaries», pp. 15-16.

²⁹ PERRY, «Exploring the community impacts», p. 48.

³⁰ BERNAL DEL CASTILLO, «Política criminal en España», pp. 373-378. Ambos modelos, como se verá, representan sendos paradigmas de la comprensión más general estadounidense y europea sobre la materia a examen. A su vez, ello es objeto de denuncia por parte de algunas voces críticas, ya que la falta de atención a otras tantas áreas geográficas (p.ej.: África, Asia o América del Sur) reflejaría un americanocentrismo y eurocentrismo alarmante, limitando el entendimiento del fenómeno a escala global. Entre otros, véase GERSTENFELD, *Hate crimes*, pp. 273-274.

³¹ BERNAL DEL CASTILLO, «Política criminal en España», pp. 373-376.

sin distinciones. La intervención estatal, en estos casos, se afana por evitar conductas antidiscriminatorias en general, logrando así que no merme la capacidad de uso y disfrute de derechos y libertades por cualquier razón injusta y arbitraria como consecuencia de características identitarias. Se promueve así la «neutralidad valorativa», que no la promoción tendenciosa (p.ej.: la discriminación positiva) de colectivos concretos. Por tanto, la labor del Derecho penal se circunscribe a servir de complemento idóneo para «hacer más efectiva la normativa antidiscriminatoria». Como se verá más adelante³², la normativa de la Unión Europea es la gran exponente de este modelo, debido principalmente a haber sido –y seguir siendo– lugar de acogida masiva de inmigración³³.

Finalmente, BERNAL DEL CASTILLO reconoce su preferencia a nivel nacional por un tercer modelo que, según admite, se asemeja más a una escisión de la orientación liberal anterior. Según este modelo, el derecho a no ser discriminado adquiere sustantividad propia a la hora de tipificar las conductas punibles, por encima incluso de la mera infracción del derecho a la igualdad formal. Mientras este último se basa simplemente en un «arbitrario trato desigual», el primero pone de relieve «la actitud de desprecio hacia la persona misma por lo que representa su raza, etnia, religión u otras circunstancias personales». En concreto, reproducimos a continuación unas breves palabras del autor en torno a esta deriva española: «[L]a política criminal de origen liberal que en España ha girado en torno al principio de igualdad formal da un vuelco en el sentido de convertirse en una serie de acciones dirigidas a garantizar, mediante el recurso al Derecho penal, aquella esfera de la dignidad de la persona que se ve vulnerada por el rechazo de un sujeto y de sus actividades a causa del desprecio hacia alguna de sus cualidades. Por lo tanto, mientras que la simple desigualdad en el trato se funda en la arbitrariedad, la discriminación va más allá, comporta una motivación o razón rechazable de lo que es propio del sujeto pasivo y que expresa su ser personal»³⁴.

Pero la idea más importante que debe extraerse de todo lo anterior es que, a resultas de un enfoque firmemente anclado en la dignidad de la persona, «el fundamento personalista del derecho a no ser discriminado se limita a reconocer o proteger derechos

³² En concreto, nos remitimos aquí al apartado «1.4.2.4. *Ámbito de la Unión Europea*» *infra*.

³³ BERNAL DEL CASTILLO, «Política criminal en España», pp. 376-378.

³⁴ Sobre estos y otros aspectos, en detalle, véase el epígrafe «b) *Rasgos generales de la evolución jurisprudencial del principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE)*», del apartado «1.5.1.1. *Trazado histórico de gestión*» *infra*.

individuales de los miembros de minorías y no a las minorías en cuanto grupos o colectivos». La dignidad de la persona no se diluye en grupos o colectivos más amplios. No obstante, resulta que son estos mismos grupos o colectivos los que contribuyen de forma decisiva a configurar la dimensión social de la dignidad humana, como ámbito de desarrollo de la identidad personal. Esa faceta más colectiva y social de la identidad personal, paradójicamente, es la que habría motivado el ataque. Nuevamente, se traen a colación unas breves palabras del autor: «[A] partir de esa dimensión social del principio de dignidad se fundamenta una política criminal tendente a la protección de bienes jurídicos colectivos y, en el tema que nos ocupa, se justifica la atribución de la condición de sujetos pasivos de los delitos discriminatorios a los colectivos o grupos como conjunto de todas aquellas personas que comparten una misma identidad por razones de su condición cultural, étnica, racial, etc., pudiendo también demandarse esa protección del grupo en sí mismo, cuando la conducta discriminatoria se dirija contra la colectividad en cuanto tal y no directamente a uno de sus miembros en cuanto sujeto directo de la ofensa»³⁵.

En resumen, interesa aquí apuntar que existen corrientes académicas que discrepan acerca de la distinción debida entre delitos de odio históricos y contemporáneos, rehusando a conceder a estos últimos la prerrogativa de un estatus diferenciado y/o aventajado. Estas posturas, en gran parte, estarían influenciadas por el modelo político-criminal predominante en un entorno geográfico concreto, siendo la experiencia histórica acumulada la que normalmente lleva a adoptar una postura más o menos receptiva. De esta forma, mientras el modelo comunitario atiende a una mayor toma en consideración de la victimización histórica, el modelo liberal plantea una valoración imparcial y objetiva de las conductas que vayan aconteciendo en la actualidad, lo que también puede causar rechazo³⁶.

En definitiva, se cuestiona la falta de sinergia en una línea temporal que algunos todavía entienden por discontinua, a causa de la implantación de un *corpus* legislativo

³⁵ BERNAL DEL CASTILLO, “Política criminal en España”, pp. 378-383.

³⁶ Se habla de una legislación contra delitos de odio que elude la base histórica de los mismos para aquellos casos en que se minimiza y oscurece la experiencia de victimización de colectivos vulnerables a través de trasladar específicas categorías de personas (p.ej.: personas negras, judíos, homosexuales, etc.) a ciertas categorías marco que resultan neutras y omnicomprendivas (p.ej.: raza, religión, orientación sexual, etc.). De esta forma, se pierde la protección y el remedio *ad hoc* necesario para cada colectivo individualmente considerado. JENNESS/GRATTET, *Making hate a crime*, pp. 175 y 176.

«corrector» sobre los delitos de odio históricos. De igual manera, también se cuestiona la extrema concienciación socio-legal actual de un fenómeno que es indiscutiblemente atemporal. LEVIN, ironizando al respecto, se refiere a que las modernas legislaciones sobre delitos de odio se implantan justo después de una prolongada historia donde los mismos delimitadores o marcadores grupales ahora protegidos (p.ej.: raza, etnia, religión, etc.) eran hasta hace no mucho empleados como pretexto para un trato injusto o, directamente, la privación de derechos³⁷.

En cualquier caso, ¿en qué momento y lugar se produce la división entre una consideración diacrónico-histórica y otra sincrónico-normativa de los delitos de odio? Existe un consenso académico mayoritario en situar las primeras promulgaciones de leyes sobre delitos de odio en Norteamérica en torno a la década de los ochenta o, en cualquier caso, a finales del s. XX³⁸. Lo que es más, la *Hate Crimes Statistics Act* (HCSA) de 1990 se viene considerando, si acaso simbólicamente, la primera ley que oficialmente abre la veda a un incesante desarrollo posterior de respuestas gubernamentales a los delitos de odio³⁹. Pero lo cierto es que esta ley federal sirvió principalmente para autorizar al FBI a que, en el marco del *Uniform Crime Reporting Program* (UCR) y vía Abogado General, se recolectara e hiciera pública la información sobre delitos que manifestaran evidencias de prejuicios basados en la raza, religión, orientación sexual y etnia. Por tanto, esta legislación promulgada en modo alguno quedó orientada a ofrecer una definición legal completa de delitos de odio, ni tan siquiera a ofrecer recursos legales para las víctimas. Sin embargo, según sus valedores, facilitó las primeras muestras empíricas⁴⁰ tan necesarias para optimizar la correcta identificación futura de los delitos de odio. Todo ello, qué duda cabe, contribuyó también a un notable aumento de la sensibilización

³⁷ LEVIN, "From slavery to hate crime laws", p. 228.

³⁸ Así lo recogen, entre otros: GERSTENFELD, *Hate crimes*, p. 2; TURPIN-PETROSINO, «Connecting the past to the future», p. 11.

³⁹ Especialmente significativo es el hecho de que autores como JACOBS/POTTER o HALL establezcan que el propio término de *hate crime* fue acuñado oficialmente en 1985 por tres miembros de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos (John Conyers, Barbara Kennelly y Mario Biaggi), precisamente mientras patrocinaban el Proyecto de Ley de la *Hate Crime Statistics Act* (HCSA). Véase: JACOBS/POTTER, *Hate crimes*, p. 4; HALL, *Hate crime*, p. 25.

De cualquier forma, cabe apuntar que con anterioridad a la adopción de la HCSA como ley federal ya existían leyes estatales sobre delitos de odio. Sin ir más lejos, está documentado que la primera ley sobre delitos de odio la aprueba el estado de California en el año 1978. Sin embargo, sería durante las décadas de 1980 y de 1990 cuando se aprobaría la mayor parte de las legislaciones estatales vigentes. WOODS, «Hate crime», p. 156.

⁴⁰ Nótese que el primer informe oficial se hizo público el 1 de enero de 1993.

ciudadana al respecto, así como al diseño de respuestas efectivas que incluían, como no podía ser de otra forma, estrategias de prevención.

No obstante, también existen voces discordantes que defienden otra datación histórica, siendo fundamentalmente dos las propuestas sugeridas en la actualidad. La primera se correspondería con el periodo inmediatamente posterior a la guerra de Secesión americana (1861-1865), el denominado periodo de la «Reconstrucción». Básicamente, entre 1865 y 1877 la Cámara de Representantes de los Estados Unidos ratificó varias enmiendas a la Constitución que estaban especialmente volcadas a la cuestión racial y a la privación de derechos de minorías, precisando de ulterior implementación a través de leyes federales. Estas leyes, que fueron dándose en el tiempo⁴¹, estaban destinadas a impedir brotes de violencia o venganza contra afroamericanos del sur, así como privaciones o restricciones de sus derechos civiles. Autores como LEVIN defienden la consideración de estas leyes federales como semillas de lo que ya considera a todos los efectos como una genuina legislación contra los delitos de odio. De hecho, este autor entiende que las legislaciones contemporáneas no son más que un subconjunto de antiguos derechos civiles y normativa antidiscriminatoria, negando novedad alguna⁴².

En contraposición, JACOBS/POTTER determinan que el término *hate crime* se acuñó a finales de la década de 1980, como defiende la corriente de opinión mayoritaria, pero precisando que se trataba tan sólo de un intento por extender el paradigma de los derechos civiles al mundo del Derecho penal, a efectos de otorgar carácter delictivo a conductas prejuiciosas⁴³. Por tanto, todo el peso del sentido penal actualmente adquirido por parte de los delitos de odio se trasladaría a mediados del s. XX, desde la era inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial hasta el final del alargado periodo de luchas del Movimiento por los derechos civiles en Estados Unidos (1955-1968). En suma, estos autores han elaborado una propuesta de recorrido histórico que, por su interés, se trae aquí brevemente a colación. En un inicio, las leyes federales de la etapa inmediatamente posterior a la guerra de Secesión americana no tenían como objetivo el recrudecimiento

⁴¹ Entre otras, se suelen citar la *Civil Rights Act de 1866* (concede la ciudadanía americana a todos los nacidos en los Estados Unidos), la *Civil Rights Act o Enforcement Act de 1870* (garantiza el debido proceso, la igual protección de la ley y el derecho al voto), la *Civil Rights Act o Enforcement Act de 1871* (combate los abusos del *Ku Klux Klan*, ofreciendo remedios civiles) y la *Civil Rights Act de 1875* (prohíbe la discriminación por raza, credo o color en teatros, hoteles, transportes u otros lugares públicos).

⁴² LEVIN, «The long arc of justice», p. 3.

⁴³ Véase: JACOBS/POTTER, «Hate crimes. A critical», p. 39; JACOBS/POTTER, *Hate crimes*, p. 27.

punitivo sobre la base de conductas delictivas previas (p.ej.: lesiones, homicidio, etc.) que ya estuvieran debidamente atendidas por el Derecho penal. De hecho, aunque pudieren ser empleadas con el propósito de afrontar –eso sí, siempre desde otro prisma– la problemática de los delitos de odio, lo cierto es que estas leyes federales estaban dirigidas a evitar delitos que tuvieran que ver con intromisiones en derechos de otros. Así, estas leyes no se enmarcaban en términos de derechos grupales, sino que su preocupación se circunscribía a los derechos civiles individuales de todas las personas. Es por ello que no existían, como sucede en las actuales legislaciones, los listados de categorías protegidas en los que poder encajar a las víctimas y activar así la funcionalidad del precepto en cuestión. Lo que existía era una aplicabilidad indiferenciada y neutra a todo el mundo⁴⁴.

El Movimiento por los derechos civiles en Estados Unidos marcó una etapa que fue precursora de las modernas legislaciones de delitos de odio. Tanto es así que culmina con la aprobación de la Ley de Derechos Civiles (*Civil Rights Act*) de 1968. Esta última constituye una de las primeras leyes estadounidenses que específicamente reconoce la conducta delictiva motivada por el prejuicio contra la víctima por razón de su color, religión u origen nacional. No obstante, lo que hace es habilitar a fiscales para que persigan este tipo de conductas cuando estuvieran relacionadas, como venimos diciendo, con la intromisión en el ejercicio legítimo de un número tasado de derechos civiles (p.ej.: derecho a voto, derecho a una educación pública, derecho de acceso al mercado laboral o una vivienda, etc.)⁴⁵.

Toda esta prominente legislación coadyuvaría al triunfo definitivo de las políticas identitarias (*identity politics*), elemento fundacional a nivel conceptual de la actual legislación contra los delitos de odio. Y es que las políticas identitarias tienen su razón de ser en el entendimiento de que, tras el periodo bélico de mediados del s. XX, la sociedad estadounidense (y, sobre todo, sus dirigentes políticos) condenaban enérgicamente la intolerancia basada en la raza, etnia o género, entre otras. De esta forma, era más beneficioso estratégicamente ser reconocido como grupo social victimizado o vulnerable,

⁴⁴ JACOBS/POTTER, *Hate crimes*, pp. 36-37.

⁴⁵ Actualmente recogida en la Sección 245 del Título 18 del U.S.C. (*United States Code*), esta legislación federal (*criminal civil rights laws*) castiga la intromisión en otras seis actividades federalmente protegidas, pero solamente cuando dicha intromisión trae causa de una comisión por razón de la raza, color, religión u origen nacional. Las actividades protegidas incluyen la matriculación en la educación pública, la participación en programas estatales, la obtención de empleo privado o estatal, la participación en jurado estatal y local, los viajes interestatales y los beneficios en varios tipos de alojamiento público.

puesto que a mayor victimización mayor era la sensibilidad social y política, así como mayor resultaba también la repercusión moral de sus proclamas y los beneficios institucionales que repercutían en todo el colectivo⁴⁶.

Finalmente, lo que sucedió es que el concepto de las políticas identitarias da un salto cualitativo y extiende su presencia al ámbito penal en la década de los ochenta⁴⁷. De este modo, las políticas identitarias buscaban enviar un mensaje simbólico de apoyo a los miembros de ciertos grupos, siendo la promulgación de leyes producto del *lobbying* ejercido por colectivos interesados y organizados para movilizar la acción política⁴⁸. La crítica fundamental a este planteamiento es que el reconocimiento legislativo esperado por parte de algunos grupos sociales se subordinaba a la influencia o capacidad de notoriedad que ostentasen, la cual se antojaba prácticamente nula en el caso tan característico de las personas sin hogar⁴⁹. En síntesis, se promueve un proceso inversamente proporcional e inadvertido de marginalización al marginalizado⁵⁰. Otra consecuencia interesante a la que alude FINEMAN, la cual queda aquí simplemente anotada a la espera de un mayor desarrollo⁵¹, es que todos aquellos grupos que habrían visto reforzada su posición legal a raíz de una política basada en ciertas características identitarias son también los que, a la postre, han sido referidos como colectivos vulnerables en el lenguaje jurídico-político⁵².

⁴⁶ JACOBS/POTTER, *Hate crimes*, p. 5.

⁴⁷ En palabras de JACOBS/POTTER, «convertir los prejuicios en un factor clave a la hora de categorizar y codificar la delincuencia aproxima las políticas de la justicia penal a las políticas identitarias *mainstream*» JACOBS/POTTER, «Hate crimes. A critical», p. 40 (traducción propia).

⁴⁸ Véase: JACOBS/POTTER, «Hate crimes. A critical», pp. 39-40; JACOBS/POTTER, *Hate crimes*, p. 66.

⁴⁹ En palabras de FINEMAN, parece claro que lo que se prohibió no fue ya la discriminación en general, sino la discriminación de unos pocos grupos dentro de la sociedad. Esto, a su vez, originó fracturas y falsos enemigos y competidores en lo que hasta entonces era una causa común. Según esta autora, lo más preocupante de una política de igualdad basada en unas pocas características identitarias privilegiadas es que el gobierno se desentienda de lo que sigue siendo su responsabilidad en materia de justicia social para con otros individuos. No sólo eso, sino que estos otros individuos hacen del resentimiento hacia los que sí reciben atención su nueva ocupación. La quiebra social y la desatención institucional hacen que, cualquier ventaja que provenga de este modelo, sea vista como una consecuencia espuria del daño tan grande causado. En definitiva, entre otros efectos perniciosos, se «distorsiona nuestra comprensión de los problemas sociales», ciertamente más variados, y dado que la atención se pone en una minúscula parte del todo, se acaban por perder de vista «las fuerzas institucionales, sociales y culturales que distribuyen los privilegios y las desventajas en sistemas que trascienden las categorías identitarias». FINEMAN, «Equality, autonomy», pp. 14-16 (traducción propia).

⁵⁰ CHAKRABORTI, «Framing the boundaries», pp. 16-17.

⁵¹ Véase el apartado «3.3.2.1. Vulnerabilidad del colectivo y afectación supraindividual» del *Bloque III*.

⁵² FINEMAN, «Equality, autonomy», p. 16.

Con todo, aunque se cuestionara la falta de uniformidad y amparo a todo grupo o colectivo que partiera de una misma posición social tan delicada, una idea parecía ya clara: los delitos de odio representan un problema social que requiere de una respuesta legislativa⁵³, siendo el Derecho penal el instrumento escogido. A raíz de los movimientos que denunciaron la falta de seguridad para la integridad física de ciertas minorías, como pudiera ser el movimiento por los derechos civiles anteriormente referido, pero también otros como el movimiento de liberación de la mujer o el movimiento de liberación LGBT, surge a finales de los setenta el movimiento social contra los delitos de odio (*anti-hate crime movement*), ciertamente más transversal que los anteriores. Era un movimiento en el que confluían una gran variedad de organizaciones de ámbito nacional, regional, estatal y local. En general, los activistas o simpatizantes que conformaban tales organizaciones provenían de cualquier lado del tablero político. Sus funciones eran las de documentar la violencia motivada por prejuicios, identificar y publicitar el daño asociado a este tipo de violencia, facilitar la asistencia de los servicios sociales a la víctima y remitir propuestas de reforma legislativa⁵⁴.

El modelo de legislación más importante (*ADL model of Hate Crime Bill*), llegaría en 1981 de la mano de una de las más influyentes y asentadas organizaciones antiviolencia norteamericanas, la Liga Antidifamación (*Anti-Defamation League* o ADL). Por aquél entonces estaba suficientemente acreditado que las penas que se imponían a delincuentes de raza negra eran desmedidas en comparación con la indulgencia punitiva a los blancos, por lo que este proyecto de ley suponía una respuesta institucional novedosa: la técnica de la agravación de la pena (delitos de odio *stricto sensu*). Ello permitía neutralizar el desvío del prejuicio racial que parecía existir en el seno del poder judicial⁵⁵ y reequilibrar

⁵³ JENNESS/GRATTET, *Making hate a crime*, p. 42.

⁵⁴ A mayor abundamiento sobre el surgimiento y significancia del movimiento social contra los delitos de odio, véase JENNESS/GRATTET, *Making hate a crime*, pp. 17-41. Asimismo, véase también lo contenido en el apartado «1.3.2. Modelos clásicos de gestión social y delitos de odio» *infra*.

⁵⁵ En general, junto con la lucha por los derechos civiles y el auge de movimientos sociales, WIEVIORKA explica que durante las décadas de los cincuenta y de los sesenta se dieron también otra serie de circunstancias muy relacionadas (p.ej.: el «fortalecimiento de las clases medias negras, incluso de la burguesía negra»), que terminó por rebosar el molde de lo meramente político. En concreto, el prejuicio racial de los blancos ya no pasaba por entender la discriminación como una práctica de la que jactarse públicamente. Tampoco los estereotipos más burdos parecían bienvenidos. En suma, se fragua poco a poco lo que se conoce hoy como «racismo simbólico». Entre otras cuestiones, este nuevo racismo traía consigo la idea de que las personas negras «movilizan con exceso –y, naturalmente, a su favor– al gobierno y a los medios de comunicación de masas». De alguna manera, muchos blancos entendían que las instituciones estaban quedando contaminadas y desacreditadas por el descontento social generalizado y la deuda pendiente con ciertos colectivos. El caso es que este desencanto también acabó por penetrar dentro de las propias instituciones. WIEVIORKA, *El espacio*, pp. 125-126. Sobre el racismo simbólico véase también

así la imposición de condenas procurando un tratamiento global más uniforme. En otras palabras, cuando una conducta delictiva estaba total o parcialmente motivada por el prejuicio hacia ciertas características identitarias de la víctima, el autor debía ser responsable de una pena mayor a la que le correspondería de no haber actuado con dicha motivación. Pronto, esta respuesta recibiría una gran acogida a nivel estatal, debido principalmente a las actividades de *lobby* ejercidas por la propia ADL. De hecho, el mismo año en que la ADL propone su modelo legislativo, los Estados de Oregón y Washington se convierten en los primeros en legislar conforme al mismo. Todo ello en un contexto político en el que el partido conservador enarbola el eslogan de «mano dura» contra el crimen, debido al vandalismo proveniente de las revueltas sociales de la época, y los demócratas se olvidan de luchar contra la raíz del problema, es decir, la pobreza y el racismo institucionalizado⁵⁶.

En definitiva, antes de la década de los ochenta el procesamiento de delitos motivados por prejuicios estaba ligado a la negación del ejercicio legítimo de derechos civiles. Bajo el pretexto de que estos delitos no se sancionaban prácticamente nunca, el Derecho penal ejercía una función simbólico-expresiva. En cambio, las legislaciones penales anti-odio posteriores a los ochenta son el resultado de una convergencia esencial. En primer lugar, el movimiento social contra los delitos de odio pretendía que la violencia motivada por prejuicios fuera percibida como un problema social diferente, siendo necesariamente combatida a través de la legislación penal. En concreto, el medio escogido a tal fin resultó ser la técnica de la agravación de la pena. En segundo lugar, la agenda política norteamericana en bloque quería desincentivar la comisión de delitos motivados por prejuicios raciales, incrementando así la seguridad pública mediante alargamientos de condena.

Llegados a este punto, es posible explicar ya por qué suele tildarse de vago, elástico o resbaladizo al concepto mismo de los delitos de odio. En concreto, parece evidente que las definiciones normativas sobre delitos de odio quedan inequívocamente condicionadas por la experiencia socio-histórica de victimización en un entorno determinado. Por tanto, la necesaria identificación típica de grupos sociales hace que se refuerce sobremanera la

lo contenido en el apartado «1.5.2. Agravante genérica del art. 22.4 CP: los claroscuros de su fundamento dogmático» *infra*.

⁵⁶ A mayor detalle acerca de cómo se fragua esta irrupción de las legislaciones contra los delitos de odio en Estados Unidos, así como para un análisis exhaustivo de las expectativas al respecto y las consecuencias resultantes, véase AARONSON, *From slave abuse to hate crime*, pp. 154-187.

relación de dependencia del lugar de comisión del delito y la jurisdicción correspondiente para enjuiciarlo. En suma, la búsqueda de una definición universalmente aceptada que abarque todas las ya existentes es, como poco, intrascendente. Por lo demás, las diferencias interestatales no son el único elemento disruptivo, ya que también existen desavenencias internas entre autoridades estatales, e incluso entre diferentes sectores de la política pública estatal. Asimismo, un mismo fenómeno puede examinarse desde campos de estudio muy variados (p.ej.: derecho, sociología, criminología, psicología, historia, geografía, teología, etc.)⁵⁷, sin contar con ramificaciones posteriores dentro de cada uno de ellos. Todo lo anterior eleva el nivel de complejidad a la hora de valorar una más que probable sinergia múltiple. Por último, si bien se deduce con facilidad, interesa tener siempre presente que los delitos de odio describen un fenómeno universal y no un concepto legal en sí mismo. No obstante, los límites fijados en la elaboración del presente estudio obligan a partir de la incursión penalista sobre la materia. Y en la medida que los delitos de odio consten indisolublemente ligados al Derecho penal, el estudio de los mismos deberá asumir un cariz eminentemente normativo desde el inicio⁵⁸. Sin duda, ello requerirá de una búsqueda de equilibrio entre la contención de una criminalización indiscriminada y la falta de respuesta penal en una materia tan enraizada socialmente y con tantas implicaciones morales.

1.2. Construcción Conceptual General

En un intento por ofrecer al lector cierta claridad expositiva, no es baladí afianzar de antemano los elementos definitorios que, con independencia de posibles variaciones entre legislaciones internas de los Estados, sean susceptibles de elevar por sí mismos el acto cometido a la categoría de delito de odio. De este modo, se parte de un mínimo común invariable, representado por la *infracción penal*⁵⁹ de referencia (p.ej.: lesiones, homicidio, etc.), para acto seguido asumir la operación no reglada de interpretar lo que puede o no ser concebido como delito de odio. Esta labor intelectual la abordaremos desde diferentes *bases teóricas o concepciones marco*⁶⁰. A este fin, se destacarán algunas variables relevantes que favorecen debates doctrinales de plena actualidad. Con todo, lejos de una

⁵⁷ A mayor abundamiento, véase: HALL, «Understanding hate crimes. Sociological», pp. 69-80; HALL, «Understanding hate crimes. Perspectives», pp. 81-91.

⁵⁸ En esta línea, véase BRAX/MUNTHE, «The philosophical aspects», p. 1689.

⁵⁹ Véase el apartado «1.2.1. *Infracción penal*» *infra*.

⁶⁰ Véase el apartado «1.2.2. *Bases teóricas o concepciones marco*» *infra*.

verdad unívoca, huelga decir que el panorama global de catalogación de los delitos de odio como tales está cubierto por tonalidades grisáceas, muchas veces superpuestas, que dificultan la labor de concordia.

Conviene traer a colación también en este punto la influyente pero legalmente no vinculante definición adoptada en el año 2005 por la Oficina Para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODIHR), organismo dependiente de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE)⁶¹. Su verdadero interés radica en que aspiraba a ser el primer gran intento armonizador para los Estados participantes. Se creaban las bases para que las diferencias nacionales moldearan la definición y la adecuasen a sus respectivas realidades (p.ej.: realidad socio-legislativa, política, etc.). Por tanto, el espíritu que late detrás de esa definición la hace especialmente atractiva para ir asentando claves de entendimiento común sobre delitos de odio. En concreto, se entendía por delito de odio *«toda infracción penal, incluidas las infracciones contra las personas y la propiedad, cuando la víctima, el lugar o el objetivo de la infracción son seleccionados a causa de su conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia real o percibida pertenencia 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»*⁶².

⁶¹ La OSCE es una organización intergubernamental formada en la actualidad por 57 Estados miembros. Aunque es considerada como un organismo regional europeo, su alcance es bastante más global. En 1990, hace más de treinta años, se celebra la cumbre de París de Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados participantes en la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE). En esa cumbre, que se celebró entre los días 19-21 de noviembre, se firma el tratado conocido como Carta de París. Este documento representa bien, entre otros aspectos, la consolidación de los valores occidentales tras la caída del bloque soviético y una profunda reestructuración institucional interna. Se funda, por ejemplo, la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR) en Varsovia, como organismo dependiente de lo que pocos años más tarde pasaría a conocerse como la OSCE (1995). En la Carta de París ya se expresaba por aquél entonces la voluntad y determinación conjunta de los Estados firmantes, entre ellos España, por combatir *“todas las formas de odio racial y étnico, antisemitismo, xenofobia y discriminación contra cualquier persona, así como la persecución por razones religiosas e ideológicas”* (apdo. relativo a la dimensión humana, párr. cuarto). Asimismo, se convoca una reunión de expertos sobre las minorías nacionales, que se celebraría en Ginebra entre el 1-19 de julio de 1991. En ella se reconoce abiertamente la necesidad de *“mejorar la implementación de leyes contra delitos relacionados con el odio [hate-related crime]”* (apdo. VI, párr. quinto). Finalmente, será durante el Consejo Ministerial de la OSCE en Maastricht entre los días 1-2 de diciembre de 2003 cuando se usará por primera vez el término *hate crime* en dicha organización, si bien el documento que contenía la Decisión de dicho Consejo Ministerial se tradujo al castellano aludiendo a *“delitos motivados por el odio”*. En concreto, se reafirmó *“la importancia de que se disponga de normas legales contra los delitos motivados por el odio”* (apdo. 6). Ya en 2005 se publica la definición de trabajo sobre delitos de odio diseñada por la ODIHR. Véase: CSCE, *Carta de París* (1990); CSCE, *Report of the CSCE* (1991); OSCE/ODIHR, *Decisión núm. 4/03* (2003), párr. 6; OSCE/ODIHR, *Combating hate crimes in the OSCE region* (2005), p. 12.

⁶² Véase: OSCE/ODIHR, *Combating hate crimes in the OSCE region* (2005), p. 12; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 7/2019* (2019), p. 68.

1.2.1. Infracción penal

Desde una óptica penalista de partida, parece lógico pensar que la primera condición que marca necesariamente el umbral de acceso a la consideración de delito de odio es que estemos, como mínimo, ante una infracción penal⁶³ según el ordenamiento jurídico que tomemos de referencia.

Cuestión en todo caso distinta será que, sobre unos intereses específicos en mente (p.ej.: el desarrollo de la confianza de una comunidad mediante la detección, registro y vigilancia permanente de conductas potencialmente delictivas), se recaben datos estadísticos con apoyo en una definición de los delitos de odio que englobe todo incidente por odio (*hate incident*). En este caso sí que se subsumiría bajo la denominación de delitos de odio todo acto con independencia de la comisión de una infracción penal⁶⁴. Aun así, en los términos estrictamente legislativos que serán de interés, seguirá siendo necesaria la infracción penal⁶⁵, ya que inevitablemente debemos superar el test inicial (*prima facie test*) de todo lo que tiene apariencia de ser delito de odio (en realidad, incidente de odio), para poder entrar a valorar que existen indicios de algo más, es decir, de algún tipo de correlación típica⁶⁶. Ahora bien, al no existir un patrón legislativo uniforme que marque cuáles y de qué modo han de quedar configuradas las infracciones penales vinculadas a los delitos de odio, será en todo caso el Derecho penal doméstico el que asuma la labor de acotar o ensanchar tales posibilidades⁶⁷.

Si bien hasta ahora se ha mencionado únicamente la técnica de la agravación de la pena (delito de odio *stricto sensu*), lo cierto es que el derecho interno acostumbra a

⁶³ Nótese que, según MIR PUIG, «hecho delictivo» o «infracción penal» son en realidad términos que, al menos en cuanto al uso que acostumbra a hacer nuestro Código penal, equivalen a «hecho típicamente antijurídico». MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 441.

⁶⁴ Ello orbita en sintonía con la clasificación por categorías de las legislaciones sobre delitos de odio propuesta por JACOBS/POTTER. En concreto, estos autores se refieren a las legislaciones de odio específicamente vinculada a la denuncia y a la recolección de información (*hate crime reporting statutes*), como sería el caso de la *Hate Crimes Statistics Act* (HCSA) de 1990 antes mencionada. En detalle, sobre toda la tipología de legislaciones posibles que estarían vinculadas a los delitos de odio, véase: JACOBS/POTTER, «Hate crimes. A critical», pp. 5-9; JACOBS/POTTER, *Hate crimes*, pp. 29-44.

⁶⁵ De esta forma, cabe insistir en que las infracciones penales con marca de odio podrán ser catalogadas, a su vez, como incidentes de odio, pero no todos los incidentes de odio constituirán necesariamente una infracción penal. El reconocimiento legal no se despliega en abstracto, como sí puede que suceda, por ejemplo, con la detección e identificación policial de conductas cometidas contra una comunidad vulnerable. Estas conductas, siendo aparentemente delictivas, simplemente quedarán registradas como tales o, en su caso, se derivarán a otras instancias del sistema de justicia penal.

⁶⁶ HALL, *Hate crime*, p. 12.

⁶⁷ En esta línea, véase BRUDHOLM, «Conceptualizing hatred globally», p. 34.

sancionar los delitos de odio haciendo uso de diferentes técnicas no siempre excluyentes entre sí. A este respecto, MASON introduce los tres modelos de clasificación general que existen en la actualidad⁶⁸. El primer modelo se corresponde, precisamente, con el de «agravación de pena» (*penalty enhancement model*), a través del cual se establece un máximo o un mínimo adicional de pena sobre el delito/s preexistente/s⁶⁹ si la conducta está motivada o deviene agravada por alguna de las causas que, en su caso, queden legalmente recogidas a este fin. Muchas veces estas mismas causas pasan a constituir elementos integrados en un delito más grave⁷⁰. El segundo modelo es el de «agravación en sentencia» (*sentence aggravation model*), donde la motivación o la agravación se toman en consideración en la fase de determinación de la pena y con cierto margen de discrecionalidad a efectos de valorar la gravedad del delito⁷¹. El tercer y último modelo, el de «infracción penal sustantiva» (*substantive offence model*), se corresponde con un cuerpo de disposiciones autónomamente consideradas que, sin precisar de un elemento de agravación accidental, elevan a categoría delictiva la conducta que promueva, incite o que, simplemente, esté coloreada por el prejuicio de autor.

Es precisamente por este último modelo referido que estamos en disposición de introducir ya, brevemente, una noción de lo que es comúnmente conocido como discurso de odio (*hate speech*)⁷². De forma simple, se trata de una categoría asociada y superpuesta a los delitos de odio (delitos de odio *lato sensu*). Su singularidad se debe principalmente a una naturaleza y características propias que dificultan todavía más los desafíos jurídicos a su alrededor. La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), organismo del Consejo de Europa, a través de su Recomendación de Política General

⁶⁸ MASON, “Hate crime laws in Australia”, pp. 5-11. Asimismo, incorporando ejemplos de estas técnicas de codificación empleadas por distintos países europeos, véase BAYER/BARD, *Hate speech and hate crime* (2020), pp. 88-91. Nótese que más adelante también se tendrá ocasión de seguir profundizando sobre estos y otros aspectos en el epígrafe «a) Agravación penológica de delitos comunes y discurso de odio», del apartado «1.4.2.1. Consideraciones precias» *infra*.

⁶⁹ Las agravaciones de penas también pueden subclasificarse en generales («*general penalty enhancements*») o específicas («*specific penalty enhancements*»), aplicándose las primeras a una amplia gama de infracciones penales y las segundas tan sólo a unas pocas. OSCE/ODIHR, *Hate crime laws* (2009), pp. 33-34.

⁷⁰ A modo de ejemplo, véase el epígrafe «a) *Crime and Disorder Act 1998* (ss. 28-32)», del apartado «2.2.3.1. *England and Wales*», del apartado «2.2.3. *Expression-oriented hate crimes: Aggravated offences and penalty enhancement sentencing provisions*» del *Bloque II*.

⁷¹ A modo de ejemplo, véase el epígrafe «b) *Criminal Justice Act 2003* (ss. 145-146)», del apartado «2.2.3.1. *England and Wales*», del apartado «2.2.3. *Expression-oriented hate crimes: Aggravated offences and penalty enhancement sentencing provisions*» del *Bloque II*.

⁷² Su estudio en profundidad se relega para más adelante, por lo que no conviene todavía prestarle la atención que sin duda merece. A este fin y salvo menciones puntuales que se realicen en el *Bloque I y II*, en función de las necesidades de redacción, nos remitimos al *Bloque III* del presente estudio.

Núm. 15, adoptada el 8 de diciembre de 2015, facilita una definición que, por el momento, puede ser de gran utilidad a la espera de un posterior desarrollo. En concreto, el discurso de odio “(...) *debe entenderse como fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de “raza”, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales*”. Entre otras precisiones que recoge el memorándum complementario aprobado junto con la RPG Núm. 15 (2015), cabe subrayar aquí que se alude al “*uso de una o más formas de expresión específicas*”, refiriéndose “*el término expresión (...) a los discursos orales y publicaciones en cualquiera de sus formas, incluyendo el uso de los medios electrónicos y su difusión y almacenamiento*”. A raíz de lo cual, “*el discurso de odio puede tomar forma oral o escrita o cualquier otra forma como pinturas, señales, símbolos, dibujos, música, obras de teatro o videos. También abarca el uso de conductas específicas como gestos para comunicar una idea, mensaje u opinión*”⁷³.

1.2.2. Bases teóricas o concepciones marco

En vista de todo lo anterior, podría dar la sensación que no hay uno sino muchos (y muy diferentes) conceptos de delitos de odio. Para FORST, aunque no construye su argumentación en torno a los delitos de odio, esta suposición es errónea. Según este autor, quien parte de una conocida distinción del filósofo estadounidense John RAWLS, para que los diferentes usos del concepto cuenten como «interpretaciones inteligibles» (*intelligible understandings*) –en nuestro caso, de los delitos de odio– lo que deben hacer primero es compartir un «significado nuclear» (*core meaning*) entre ellos. Será precisamente a este núcleo que tienen en común los diferentes usos a lo que deberíamos referirnos como «concepto» (*concept*). El concepto, así entendido, incluirá los

⁷³ Véase: ECRI, *Recomendación de Política General Núm. 15 (2015)*; ECRI, *Memorándum explicativo (2015)*, párrs. 8-21. Con todo, la traducción al castellano aquí empleada, así como toda referencia futura a estos documentos, deberá entenderse realizada al siguiente texto cuya elaboración ha estado coordinada por el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (OBERAXE) y la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: ECRI, *Recomendación y memorándum explicativo (2017)*, párrs. 8-21 (memorándum explicativo). A mayor abundamiento, nos remitimos al epígrafe «c) *Recomendación de Política General Núm. 15 (2015) de la ECRI*», del apartado «3.2.2.1. Consejo de Europa» del Bloque III.

«contenidos semánticos centrales» (*central semantic contents*) de lo que habitualmente se entiende por concepto. Sin embargo, si los usos a los que nos referíamos más arriba difieren en la forma en que construyen el significado nuclear, entonces se estarían reconociendo diferentes concepciones (*conceptions*) de delitos de odio. En suma, diferentes ideas o nociones vinculadas a los delitos de odio. Las concepciones, así entendidas, son «interpretaciones específicas de los elementos incluidos en el concepto» (*specific interpretations of the elements contained within the concept*)⁷⁴. Sobre este último punto, es decir, sobre las diferentes concepciones que suelen asociarse al concepto de los delitos de odio, es de lo que nos ocuparemos en las líneas que siguen.

Tomando como referencia orientativa la propuesta de clasificación de BRAX, existen diferentes concepciones o, si se quiere, un conjunto de condiciones (*set of conditions*), que deben ser satisfechas para reputar una infracción penal como delito de odio. Sin embargo, la exigencia de superación de una, varias o incluso todas estas concepciones varía en función del operador jurídico (p.ej.: legislador penal, agencia de monitoreo, etc.) que realice el tratamiento de la información que se disponga. De hecho, es común que la legislación penal se ciña a una concepción demandada por la sociedad, aun reconociendo que el espectro es mucho mayor. También es común que la norma penal sea tan opaca en sus términos de redacción que ello obligue a realizar un esfuerzo interpretativo extra para esclarecer qué concepción subyace tras la definición legal. A modo de colofón, es frecuente el entrecruzamiento de concepciones, lo que difumina mucho más que puedan llegar a trazarse contornos de delimitación claros⁷⁵.

En resumen, estas dimensiones alternativas o yuxtapuestas de una misma realidad determinarán la consideración final de delito de odio, ya sea porque se manifieste una, alguna o todas en el supuesto concreto. Así, en caso de que consten todas las posibles, el hecho delictivo podría ser concebido como delito de odio incontrovertido y universal (esto es, bajo cualquier contexto y jurisdicción). En cambio, en caso de no darse ninguna no cabría entrar a valorar siquiera su consideración como delito de odio. El resto de posibilidades intermedias, las más habituales en la práctica, son fiel reflejo de la disparidad de criterios que se emplean en los diferentes ordenamientos jurídicos⁷⁶.

⁷⁴ FORST, *Toleration in conflict*, p. 17.

⁷⁵ BRAX, «Hate crime concepts», pp. 52-57.

⁷⁶ BRAX/MUNTHER, «The philosophy», pp. 166-167.

1.2.2.1. Concepción motivacional

A nivel doctrinal, es reconocida y citada la aportación de LAWRENCE, quien adelantó un modelo, el motivacional (*[racial] animus model*), según el cual el elemento que define la comisión de un delito de odio será el *animus* de autor. Una predisposición interna del sujeto contra el grupo protegido en el que se integra la víctima, representando la centralidad de ese *animus* la motivación de autor⁷⁷. Y esta motivación sigue siendo, aún hoy, el epicentro de innumerables discusiones doctrinales⁷⁸.

Resumiendo con mucho la contribución de DÍAZ LÓPEZ sobre este particular⁷⁹, el prejuicio que se toma en consideración en los delitos de odio es específico, no siendo suficiente la constatación de cualesquiera actitudes negativas. Éstas, ahora bien, se conformarían siempre con apoyo en los siguientes elementos configuradores: el componente afectivo/emocional (por ejemplo, el odio) y el componente cognitivo (las creencias prejuiciosas). El primero quedaría subordinado y en relación de dependencia con respecto al segundo⁸⁰, trascendiendo así la denominación menos conocida de «delitos/crímenes prejuiciosos» (*bias crimes*), que pasaría a alternarse con la de «delitos de odio» (*hate crimes*). No obstante, como se viene diciendo, existen factores adicionales que otorgan al prejuicio –inmanente a todo delito de odio– un rango diferenciado. Son los siguientes:

- La existencia de algún tipo de *materialización externa del prejuicio*. Una lógica contraria obligaría a la inasumible empresa de adentrarnos en un Derecho penal de autor, sabedores de antemano que el pensamiento no delinque (*cogitationis poenam nemo patitur*). Aun así, incluso partiendo de este entendimiento mínimo, no se han conseguido despejar todas las dudas. Por ejemplo, el hecho de que nada obste para que los jueces tomen en consideración la motivación de

⁷⁷ LAWRENCE, *Punishing hate*, p. 73. Aunque el «*[racial] animus model*» esté centrado en la cuestión racial como su propio nombre indica, lo cierto es que el propio LAWRENCE asegura que el modelo es perfectamente extrapolable a cualesquiera otras causas (p.ej.: color, etnia, religión, origen nacional, sexo u orientación sexual), siendo el término racial una abreviatura que engloba a las demás. LAWRENCE, “The punishment of hate”, pp. 323-324 (especialmente, véase la nota al pie núm. 13).

⁷⁸ En detalle, véase el apartado «1.5.2. Agravante genérica del art. 22.4 CP: los claroscuros de su fundamento dogmático» *infra*.

⁷⁹ En detalle, véase DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio*, pp. 92-105.

⁸⁰ El autor recoge un ejemplo básico alrededor de esta idea: «Si un sujeto no tuviera ningún prejuicio contra los judíos, difícilmente les odiaría *por ser judíos*». DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio*, p. 96.

autor en el momento mismo de dictar sentencia, ello pone sobre la mesa el debate acerca de si la legislación no podría asumir esa función como propia⁸¹.

- El autor debe asumir una *visión estereotipada hacia una condición personal que afecte al núcleo identitario de la víctima* (p.ej.: raza, orientación sexual, religión, discapacidad, etc.)⁸², lo que además proporcionará a su comportamiento delictivo una justificación sólida.
- La *estereotipación debe tender a la deshumanización de la persona*, no a la infantilización de la misma⁸³.

En última instancia, el odio o el deseo de un mal nace inequívocamente del prejuicio hacia el estereotipo anterior, lo que lo singulariza con respecto a emociones análogas que también resultan socialmente referidas con tal designación⁸⁴.

Sin embargo, como contrapartida notable a esta concepción, se argumenta principalmente la difícil probanza, más allá de la duda razonable, de la relación de causalidad entre la infracción penal y la actitud o ánimo interno de autor que le movió a actuar como finalmente lo hizo. Asimismo, el debate no está cerrado en absoluto respecto a la intensidad mínima exigible del prejuicio *sui generis* recién referido⁸⁵. Más aún si

⁸¹ En esta línea se sitúa GERSTENFELD, quien además aporta referencias y pronunciamientos judiciales de interés sobre este particular. GERSTENFELD, *Hate crimes*, pp. 48-49.

⁸² A modo ilustrativo, el autor ofrece un ejemplo de un prejuicio que no va dirigido hacia una condición personal que afecte al núcleo identitario de la persona. En concreto, nos hacemos eco aquí de sus palabras: «[S]upongamos que un sujeto tiene un prejuicio y cree que existen diferencias que justifican un trato diferente. Ese sujeto es un estudiante universitario con excelentes calificaciones, y se encuentra sentado en clase junto a otro sujeto con muy malas notas. El buen estudiante, con base en su prejuicio, cree que es genéticamente superior a su compañero, y que sus mayores aptitudes le confieren ciertos «privilegios» sobre él. Así, en un descuido, hurta la carísima «tableta» (o *tablet*) de éste». Por tanto, parece evidente que la circunstancia relativa a ser muy mal estudiante o sacar malas notas no es suficiente como para superar el umbral que nos ocupa. DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio*, pp. 99 y 104.

⁸³ El autor propone dos ejemplos. El primero sobre el «estereotipo del homosexual alegre y despreocupado, que vive entre fiestas y disfraces» (estereotipación infantilizadora). El segundo sobre una «visión del homosexual como un ser vicioso, amoral, que pervierte a los niños y es fuente de contagio de enfermedades venéreas» (estereotipación deshumanizadora). DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio*, p. 101.

⁸⁴ El autor, nuevamente, favorece la comprensión con un ejemplo: «Supongamos que un individuo profundamente prejuicioso hacia los homosexuales provoca por imprudencia la muerte de un sujeto con esta orientación, sin desearle ningún mal. Por ejemplo, olvida que en el barrio por el que conduce su vehículo se iba a celebrar el Día del Orgullo Gay. Siendo profundamente homófobo, decide huir presa del pánico, da un volantazo y atropella imprudentemente a un sujeto que acudía a ver el desfile. En su conducta concurre el prejuicio hacia el estereotipo de la víctima, pero realmente no le «odiaba» (no le deseaba ningún mal)». DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio*, p. 104.

⁸⁵ Un más que notable esfuerzo de incursión y teorización acerca de la presencia mínima necesaria del prejuicio y de la relación de causalidad para que el acto delictivo cualifique como delito de odio fue desarrollada por JACOBS/POTTER. En detalle, véase JACOBS/POTTER, *Hate crimes*, pp. 21-28.

existe no ya una, sino varias motivaciones que guíen la voluntad delictiva de autor (p.ej.: la homofobia y el móvil económico)⁸⁶.

1.2.2.2. Concepción intencional

Un posible y discutido desdoblamiento entre «motivo» e «intención»⁸⁷ da pie a que la concepción intencional adquiera sustantividad propia como propuesta de interpretación. Existe a nivel doctrinal una repetida alusión a que el motivo constituye la respuesta a la pregunta del *por qué* el autor cometió la infracción penal, mientras que la intención responde a la pregunta del *qué* estaba intentando hacer el autor⁸⁸. Sentado lo anterior, se podría decir que los motivos son los que explican y dan sentido a la intención, que es en última instancia la que determinaría el carácter delictivo de la conducta. Así lo recoge HALL, añadiendo que es justamente por lo anterior que en el pasado la ley se centraba en los actos y en si habían o no sido intencionales, no en cambio de las motivaciones. Sin embargo, la inclusión en la legislación penal de las infracciones penales con marca de odio cambió radicalmente la mentalidad de este modelo, ya que el aspecto más representativo de los delitos de odio era la motivación tras el acto materializado. Se produce así un «desplazamiento del foco del Derecho penal del *hecho al pensamiento*»⁸⁹.

⁸⁶ Sobre este tenor, LAWRENCE propone el empleo de la fórmula «de no ser» (*but for*) para una valoración del rol de la motivación prejuiciosa al caso concreto. Ejemplo: «De no ser por el origen étnico de la víctima, ¿se hubiera cometido el delito?». Otros autores, en cambio, recelan y se muestran más desconfiados por lo básico que les resulta el test anterior. Este es el caso de WALTERS, quien también desarrolla un ejemplo en el que un vecino pone la música alta por la noche y otro vecino se lo recrimina, hasta el punto que acaban los dos con una sensación de agravio personal mutuo. La relación vecinal en cuestión se va deteriorando con el tiempo tanto que, en el calor de una discusión cualquiera, uno de los vecinos vierte expresiones homófobas que derivan de la condición de gay del otro, al tiempo que le amenaza con el empleo de violencia física de no poner fin a ese volumen sonoro tan molesto. Ante este caso, el autor se cuestiona varios aspectos: 1) ¿Se hubiera dirigido el vecino a la víctima de forma diferente de no ostentar esta última la condición de homosexual?; y 2) ¿Fue la homofobia la principal causante de las amenazas de violencia física, o el vecino hubiera realizado la misma conducta con independencia de tal factor? El autor concluye que, ante la complejidad de encontrar certezas a las preguntas anteriores, ello impide la superación de la duda razonable para el juzgador, por lo que sería finalmente inviable la persecución del incidente descrito, en los términos descritos, como delito de odio. En detalle, véase: LAWRENCE, *Punishing hate*, p. 10 (traducción propia); WALTERS, *Hate crime*, pp. 11-12.

⁸⁷ Si bien aquí se aspira simplemente a facilitar al lector una base mínima de entendimiento, esta cuestión recibirá un tratamiento más amplio en el apartado «2.2.1. *The relevance of motives within the criminal justice system (subjective test for hate crimes)*» del *Bloque II*.

⁸⁸ Actuar de forma intencional para lograr expulsar del vecindario a un colectivo por el mero interés –nada prejuicioso– de querer mantener el precio alto de las viviendas, representa tan solo un ejemplo de los que englobaría la concepción intencional, que va mucho más lejos que la motivacional. BRAX, «Hate crime concepts», pp. 54-55.

⁸⁹ HALL, *Hate crime*, p. 127.

Al margen de lo objetable del planteamiento anterior, la intencionalidad como elemento subjetivo determinante en la catalogación de infracciones penales como delitos de odio tampoco parece quedar libre de toda crítica. Entre otros, IGANSKI/LEVIN destacan la imposibilidad que observan para considerar delito de odio a las infracciones penales que surjan en el devenir emocional de un episodio que se manifieste a partir de un conflicto interpersonal de lo más mundano. En estos casos, no parece que exista decisión premeditada alguna (es decir, no existe intencionalidad), al mismo tiempo que la motivación sólo es circunstancial y aparecería en un momento determinado del curso de los acontecimientos. Más exactamente, aparece cuando una de las partes escoge un atributo con connotaciones negativas de construcción social (p.ej.: color, etnia, religión, clase social, etc.) para dirigirse a la que pasaría a ser, desde ese momento y según estos autores, una potencial víctima de un delito de odio. De esta forma, la emoción constituye uno de los principales estímulos (*key driver*) detrás de la victimización por odio⁹⁰. Otros autores, en cambio, minimizan la relevancia de lo emocional hasta el punto de privarle de interés alguno. Reflejo de esto último es SULLAWAY, quien cree que en los delitos de odio la vertiente emocional no es en modo alguno determinante, aunque nada impide que esté presente en el momento de los hechos. Según esta autora, «la emoción del odio, definida por la presencia de la excitación fisiológica característica de la ira, puede no ser relevante/destacada en relación con el proceso más cognitivo y deliberativo de selección de la víctima basado en la pertenencia de ésta a un grupo despreciado». Por lo demás, la autora recuerda que las leyes que definen los delitos de odio se caracterizan por un silencio legal sugerente en lo que a las experiencias subjetivas de odio de autor se refiere⁹¹.

Mención aparte merece el planteamiento que nos propone BOONIN. Este autor parte desde una posición escéptica en torno a que exista realmente alguna diferencia sustancial entre motivos e intenciones. No obstante, prefiere «echar por tierra» el argumento de quienes opinan lo contrario, por lo que opta primero por presentar al lector un ejemplo clásico de esta última corriente apuntada. Piénsese en dos personas que rocían con gasolina una casa para acto seguido prenderla fuego con una cerilla. La cuestión es que uno de los dos escoge quemar la casa porque le parece fea, mientras que el otro la quema porque una familia de raza negra habita en su interior. En este caso, parece razonable

⁹⁰ IGANSKI/LEVIN, *Hate crime*, pp. 52-57.

⁹¹ SULLAWAY, «Hate crime, violent extremism», p. 102 (traducción propia).

entender que, aunque ambos actúan con la misma intención (quemar una casa), lo que les mueve a actuar así han sido diferentes motivos. En concreto, el pensamiento con sesgo racial (*racially biased thinking*) de uno y no del otro. Por tanto, según parece, una ley que sancione más al segundo pirómano que al primero estaría teniendo en cuenta el motivo más que la intención. Y, concretamente, el merecimiento de una pena mayor se justificaría por los malos pensamientos (*bad thoughts*) del individuo racista, no en cambio por sus malos actos (*bad deeds*). Llegados a este punto, como damos por sentado que existe un consenso mínimo de que el pensamiento no delinque, lo que se deduce de todo lo anterior es que el Estado no debería aplicar una pena más severa a quien actúa movido por la raza de la víctima que quien actúa sin esa motivación⁹².

Pero BOONIN no sólo no está de acuerdo con el razonamiento anterior, sino que lo voltea por completo. De hecho, el autor plantea otro ejemplo estrechamente ligado al anterior para poder «atacar» las conclusiones anteriores. En este caso, tres son los sujetos que queman la casa de una familia negra. Mientras que el primer sujeto manifiesta que si la casa hubiera sido habitada por una familia blanca se hubiera mantenido firme en su decisión de quemarla, los otros dos individuos no hubieran llevado a cabo la acción. En suma, el primero tenía la intención de quemar una casa cualquiera, no una casa habitada por personas de raza negra como sucedía con los otros dos. Precisamente, preguntados estos últimos por el incidente, uno asegura que realiza la acción porque siente auténtica aversión hacia la gente de raza negra, mientras que el otro lo hizo simplemente porque estima que la policía se tomaría menos esfuerzo y seguramente destinaría menos recursos a una investigación sobre un incendio que afecta a una casa habitada por personas de dicha raza.

En este supuesto, el autor expone que evidentemente existe un comportamiento de ambos individuos que difiere en los motivos originarios, pero que habrían actuado con la misma intención. Es decir, la intención no sólo de quemar una casa, sino de quemar la casa de una familia negra. Y si una ley sobre delitos de odio se aplicara hipotéticamente a estos dos últimos sujetos y no al primero con el que abrimos el ejemplo, como defiende BOONIN que debería ser, la ley podría estar perfectamente escogiendo la intención de autor como fundamento para una mayor sanción. En concreto, se tendría en cuenta la

⁹² BOONIN, *Should Race Matter?*, p. 259.

intención adicional y objetable (*additional and objectable intention*) de hacer daño no ya a cualquiera, sino a una familia de raza negra. Este ejemplo, sostiene BOONIN, pone de manifiesto que el discurso del sector académico más crítico con las legislaciones sobre delitos de odio, precisamente porque creen ver en éstas un castigo al pensamiento de autor más que al hecho, es un discurso vacío de contenido. Este mismo sector crítico es el que admite que el Estado sí que puede valorar un castigo mayor en función de la intención de autor. Esto es, a juzgar por el ejemplo descrito, lo que estaría sucediendo⁹³. La lógica de este sector crítico se resume de la siguiente forma: quien actúa con diferentes intenciones realmente está llevando a cabo actos diferentes y, como tales, adquirirán diferente significado penal. La inconsistencia de este argumento, señala BOONIN, surge de que si dos personas están guiadas por diferentes motivos para hacer el mismo tipo de acto, entonces deberían recibir el mismo castigo porque el acto seguirá siendo el mismo⁹⁴. En otras palabras, el motivo o las creencias ideológicas objetables (*objectionable ideological beliefs*) no son las que se estarían castigando de forma más severa en las legislaciones sobre delitos de odio. Eso sí, advierte BOONIN, puede suceder que ciertas personas caigan en el ámbito de aplicación de estas leyes por sus creencias, pero ello será un «mal menor» o algo marcadamente excepcional. Y nada obsta tampoco para que sean las propias creencias racistas las que lleven a formar la intención de quien actúa, si bien lo que castiga la ley será la selección consciente de la víctima con base en tales creencias⁹⁵.

Finalmente, BOONIN extrae unas conclusiones de todo lo anterior que pronto se volverán relevantes para este estudio. La idea es que no importa en absoluto cómo nos refiramos al estado mental/psicológico (*mental state*) concreto (p.ej.: motivo, intención, propósito, etc.). Según intuye este autor, lo que las leyes sobre delitos de odio castigan es la ejecución material del acto por haber actuado conforme a tales estados mentales. Pero lo importante y lo que merece atención es el resultado en sí. En palabras de autor: «[C]uando ese rasgo de carácter [*character trait*; p.ej.: motivo o intención, es indiferente]

⁹³ Nótese que hemos empezado haciendo alusión a cierto escepticismo de BOONIN acerca de las diferencias que puedan existir entre motivos e intenciones, pero hemos acabado por poner en valor las segundas con otro ejemplo del mismo autor. A decir verdad, BOONIN admite cierta incoherencia en lo anterior. No obstante, si bien su escepticismo podrá estar más o menos justificado, él se inclina por seguir siendo escéptico en esta materia. Asimismo, dado que no ha construido una tesis personal y propia que defender, sino que más bien ha tratado de objetar y derribar argumentos de terceros, no tener la más absoluta coherencia en el planteamiento es disculpable. De hecho, admite, puede haber cabida para posibles contradicciones mínimas. En detalle, véase BOONIN, *Should Race Matter?*, pp. 269-270.

⁹⁴ BOONIN, *Should Race Matter?*, p. 268.

⁹⁵ BOONIN, *Should Race Matter?*, pp. 271-272.

se ejecuta y se manifiesta al cometer un delito, afecta a nuestra evaluación no sólo de la persona en sí, sino de lo que hace». Es decir, lo importante no es el estado mental/psicológico en concreto, sino saber si dos personas han hecho lo mismo o si han hecho cosas diferentes⁹⁶. El sentido de la valoración no recae así sobre el fuero interno o las creencias objetables y prejuiciosas de la persona, al margen de que efectivamente puedan estar presentes en algunos casos. Esta conclusión, a su vez, sirve de base para comprender el planteamiento inicial de la concepción discriminatoria que sigue a continuación.

1.2.2.3. Concepción discriminatoria

El modelo de la selección discriminatoria (*discriminatory selection model*) fue elaborado por LAWRENCE al contraponerlo a su otro modelo de corte motivacional, el «[racial] animus model»⁹⁷. Sin embargo, el propio autor manifestó que el modelo de selección discriminatoria adolecía de sobre-inclusión casuística, ya que todos los casos que podían incluirse bajo el modelo del ánimo racial también quedaban automáticamente insertos en el primero, pero nunca al revés⁹⁸. Esta lógica se corrobora al entender el prejuicio del modelo del ánimo racial como un tipo de actitud contra miembros de un grupo social, mientras que la discriminación se vincula con el comportamiento o la acción que puede nacer de esa actitud y contra esos mismos miembros, siendo en todo caso irrelevante la comprobación de este extremo.

A este respecto, LANDA GOROSTIZA estima que en el modelo de selección discriminatoria pierde relevancia la razón por la cual el sujeto selecciona a su víctima (p.ej.: color de piel). Lo que adquiere relevancia es conocer si «efectivamente lo hizo o no», por lo que este autor alude a una interpretación más «objetiva». Es decir, es una interpretación que demanda exclusivamente la «constatación de la selección misma»⁹⁹. Por otro lado, BRAX se refiere más específicamente a la «selección intencional» como circunstancia a valorar. Si bien es verdad que al referirnos al fin, propósito o intención se puede poner el énfasis en el impacto deseado que quiere generar el autor con su conducta (p.ej.: daño material o personal, sembrar miedo y desconfianza, etc.), la selección

⁹⁶ BOONIN, *Should race matter?*, pp. 272-273.

⁹⁷ Véase el apartado «1.2.2.1. Concepción motivacional» *supra*.

⁹⁸ JENNESS/GRATTET, «Examining the boundaries», p. 284.

⁹⁹ LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal*, p. 112.

discriminatoria propia de esta concepción enlaza más más bien con la intención de seleccionar a una víctima por razón de su pertenencia –si acaso percibida– a un grupo protegido. No importa en absoluto la causa específica detrás de la realización de la adscripción grupal ni otras intenciones subjetivas más allá de esa mera selección, como reflejo de su intención, del miembro concreto¹⁰⁰.

Esta óptica que nos traslada el modelo de la selección discriminatoria es de capital importancia, ya que contribuye a la mayor visibilidad de una práctica extendida y representativa como pocas en el ámbito de la criminalidad por odio. Se trata de las infracciones cometidas contra un miembro cualquiera (aleatoriedad) y sustituible (intercambiabilidad) del colectivo de referencia, sin mayor intención que la puramente selectiva fijada por la vinculación del sujeto al grupo. En esta línea, WALTMAN/HAAS consideran que la víctima se torna inmaterial para el sujeto que actúa, ya que la naturaleza azarosa implica precisamente que el ataque se lleve a cabo sobre un miembro cualquiera o intercambiable del grupo social correspondiente¹⁰¹. Por tanto, se viene a consumir una oportunidad de actuación delictiva favorecida por la presencia de la víctima en el mismo espacio-tiempo¹⁰².

Expuesto todo lo anterior, lo cierto es que existen posiciones críticas que reprochan a los partidarios de la concepción discriminatoria el hecho de emplear un razonamiento que termina por volverse en su contra. Trataremos de explicarlo. Esta concepción postula, como no podría ser de otra forma, que se es libre de tener todos los pensamientos prejuiciosos que se deseen, en tanto no se materialicen al mundo exterior. Pues bien, aun siendo esto así, el comportamiento exteriorizado del sujeto que selecciona a su víctima por su pertenencia a un colectivo lo que hace, en realidad, es ser consecuente y actuar de conformidad a lo que le dictan sus creencias internas. A su vez, es evidente que la norma penal no puede conformarse con presumir culposa la acción del sujeto (responsabilidad objetiva) y sancionar cualquier selección con fines delictivos de una persona negra o de etnia gitana por el mero hecho de serlo. Sean más o menos ignotas para el resto, siempre

¹⁰⁰ BRAX, «Hate crime concepts», pp. 55 y 60.

¹⁰¹ En contra, PERRY/OLSSON entienden que no hay nada casual, puntual o aleatorio en la victimización por odio, sino que se trata de una violencia sistemática y bastante consciente. De lo contrario las víctimas no serían deliberadamente seleccionadas por lo que se percibe que son. La naturaleza azarosa de los delitos de odio es, cuando menos, discutible. PERRY/OLSSON, «Hate crime», p. 181.

¹⁰² WALTMAN/HAAS, *The communication*, p. 60.

habrá fuerzas o razones internas en el sujeto que justificarán, en última instancia, un mayor merecimiento de pena. Por tanto, lo que se castiga no es un comportamiento selectivo y aparentemente neutro, sino un comportamiento selectivo que viene desencadenado por el estado mental/psicológico del sujeto¹⁰³. Sin embargo, tomando a una misma víctima de referencia, lo normal será que este último comportamiento selectivo sea idéntico al comportamiento de otro sujeto no motivado por prejuicio alguno¹⁰⁴. Por tanto, parece lógico pensar que lo que indirectamente se sanciona siguen siendo los mismos pensamientos que pretendían dejarse atrás con el modelo de selección discriminatoria. De ahí que, en la práctica, sean indistinguibles los casos de selección intencional pura y aquellos otros derivados del fuero interno de la persona. En definitiva, nos referimos nuevamente a la sobre-inclusión casuística propia del modelo de selección discriminatoria a la que ya hemos hecho mención más arriba.

1.2.2.4. Concepción simbólica

Los delitos de odio encuentran su razón de ser bajo la óptica de una necesaria plasmación penal eminentemente expresiva que, junto a un carácter de denuncia y oposición estatal, represente una declaración firme sobre el amparo que merecen ciertos grupos o minorías sociales históricamente victimizadas. A escala práctica, más allá de trasladar a la ley una supra-categoría marco que muchas veces queda innominada, lo que se observa es un mayor merecimiento de pena en comparación con la que recibirían los autores de los delitos que se cometen y que no representan novedad alguna.

Siguiendo la línea explicativa de KAHAN, los valedores de la legislación contra los delitos de odio no encuentran conformidad con la simple exigencia de tolerancia, sino que combaten la intolerancia con iguales o mayores dosis de repulsión moral y aversión para exponer públicamente lo equivocado del planteamiento de quien delinque por odio. De esta forma, se dice, una mayor sanción es «el idioma que emplea el Derecho penal para hacer llegar el mensaje»¹⁰⁵. En idéntico sentido se pronuncia HALL, quien además introduce como consecuencia directa de lo anterior un elemento a caballo entre la concepción de delito simbólico y la concepción de efecto que se examinará en breve. Así,

¹⁰³ Estas y otras cuestiones recibirán un mayor desarrollo con la toma de postura que se realizará en el apartado «1.5.2. Agravante genérica del art. 22.4 CP: los claroscuros de su fundamento dogmático» *infra*.

¹⁰⁴ GERSTENFELD, *Hate crimes*, pp. 49-50.

¹⁰⁵ KAHAN, «The progressive appropriation», p. 69.

defiende que el incremento de las penas fruto de una legislación simbólica contra los delitos de odio tendría un claro efecto disuasorio entre otros autores que lo sean todavía en potencia¹⁰⁶. Esto reforzaría sobremanera el engranaje de una política-criminal ideada al auspicio de la efectividad. Según BRACADALE, lo que promueve la legislación sobre delitos de odio es un cambio cultural a largo plazo, de tal forma que se acaben aceptando formas de vida diversas¹⁰⁷. Quizás por ello, en opinión de GERSTENFELD, el efecto simbólico sea probablemente el más sólido de entre todos los pilares que dan soporte a este tipo de legislaciones¹⁰⁸.

Finalmente, otra vía comprensiva obliga a referirnos a los delitos de odio como delitos simbólicos en el sentido de que la víctima es preseleccionada precisamente por lo que ella misma representa (p.ej.: estatus simbólico de víctima-homosexual o víctima-romaní) para el autor de la infracción penal. Además, si se realiza un entendimiento más amplio o extensivo de los delitos simbólicos, cabe reconocer otra categoría emparentada. Se trataría de los delitos realizados por predicción estadística (*actuarial crimes*), a través de los cuáles se consigue que los atributos identitarios de una persona no sean los directamente motivadores de la infracción penal, sino que constituyan unos indicadores de información adicional –eso sí, sujeta a fiabilidad estadística– que hacen de la víctima la persona idónea para la comisión de la infracción penal. Estos atributos identitarios conforman, como no podría ser de otra forma, categorías sociales más amplias de personas. A su vez, estas categorías son las que determinan cómo alguien debe ser percibido por el resto. Un ejemplo común en la literatura más especializada servirá. Imaginemos que un grupo de gamberros atracan en la calle a un hombre gay no ya por lo que su orientación sexual simboliza realmente para ellos, sino porque esa condición sexual la asocian con la percepción de que el sujeto no opondrá –o, a buen seguro, opondrá menos– resistencia. El estatus simbólico de homosexual será lo que nos permita volcar toda la información de la que disponemos acerca de esa concreta categoría social. Será precisamente esta información adicional la que motive el hecho delictivo, y no el estado mental/psicológico del sujeto. En función de esta lógica, aunque los delitos realizados por predicción estadística podrían no ser considerados como delitos de odio en torno a un análisis meramente motivacional, resulta que sí podrían alcanzar dicha categoría en

¹⁰⁶ HALL, *Hate crime*, p. 168.

¹⁰⁷ BRACADALE, *Independent review* (2018), p. 11.

¹⁰⁸ GERSTENFELD, *Hate crimes*, p. 22.

función de una perspectiva simbólica de partida que se conjugue con una concepción discriminatoria¹⁰⁹, o incluso con la concepción de efecto¹¹⁰ que se examinará a continuación.

1.2.2.5. Concepción de efecto

Los delitos de odio son a veces caracterizados por infligir o tener la virtualidad de infligir un determinado tipo de efecto, destacando el daño más intenso a la víctima y que puede extenderse a todo el colectivo diana¹¹¹, entre otros efectos negativos¹¹².

En un primer momento, las investigaciones acerca de los efectos dañinos de los delitos de odio se centraron especialmente en el daño físico experimentado por las víctimas directas de los mismos, poniendo de relieve la desmesura de la violencia física empleada¹¹³. Sin embargo, no todos los estudios de la década de los noventa condujeron a esta conclusión, ya que se venía informando también acerca de un aumento significativo en el número de infracciones delictivas por odio que no implicaban necesariamente una intromisión o un menoscabo de la integridad física, como podía ser el caso del acoso o la intimidación. De esta forma, las investigaciones se volcaron esta vez hacia la victimización psicológica. Desde la perspectiva del daño psicológico, TAMARIT

¹⁰⁹ GRATTET/JENNESS se refieren a ello al estimar que, al contrario de lo que ocurre con el [*racial*] *animus model*, el *discriminatory selection model* «no distingue entre delitos simbólicos y de predicción estadística», sino que directamente «incluye los dos tipos». GRATTET/JENNESS, «Examining the boundaries», p. 284.

¹¹⁰ BERK/BOYD/HAMNER implícitamente parecen sugerir dicha posibilidad cuando afirman que, a pesar de todo, no puede negarse que los delitos realizados por predicción estadística no causen algún tipo de daño traumático a sus víctimas y que éstas los perciban erróneamente como delitos de odio. Todo ello con total independencia de la motivación de autor. BERK/BOYD/HAMNER, «Thinking more clearly», p. 52.

¹¹¹ A este respecto, HALL asegura que, en su opinión, «el argumento de que los delitos de odio "hacen más daño" [*hate crimes hurt more*] es, sin duda, el más importante de cara a justificar el tratamiento de los delitos de odio como una categoría delictiva separada». En contra de esta postura, BRAX asegura que es «improbable» que esta concepción de los delitos de odio centrada en el daño sea por sí misma suficiente como para que los delitos de odio gocen de autonomía como categoría diferente al resto. En caso de que pudieran identificarse delitos que tuvieran unos efectos altamente probables, sería todavía necesario relacionarlos con otras concepciones. Véase: HALL, *Hate crime*, p. 166 (traducción propia); BRAX, «Hate crime concepts», p. 57.

¹¹² Al margen del daño, por ejemplo, BRAX/MUNTHE nombran la sensación de injusticia (*injustice*) y la falta de respeto (*disrespectfulness*) como otros efectos negativos posibles. BRAX/MUNTHE, «The philosophy», p. 166. Sobre el delito de odio entendido en términos de violación de los derechos humanos, dando lugar a un efecto dañino singular y mucho más inmediato que cualquier otro imaginable, nos remitimos al apartado «2.1.1. *Hate crimes and hate speech. A minimal conceptual basis*» del *Bloque II*.

¹¹³ De hecho, el movimiento social contra los delitos de odio (*anti-hate crime movement*) al que nos referíamos más arriba orientó estratégicamente sus esfuerzos para visibilizar este tipo de violencia por encima de cualquier otra, con el objetivo de obtener a cambio una mayor influencia política e institucional. IGANSKI/SWEIRY, «Hate crime», p. 402. Véase también el apartado «1.1. *Enfoques y Modelos de Aproximación Previos*» *supra*.

SUMALLA subraya que hay una «mayor propensión a sufrir miedo, niveles elevados de depresión, ansiedad, pérdida de confianza, insomnio y reducción de los niveles de bienestar». A su vez, el daño psicológico no puede explicarse en el vacío, sino que de alguna manera cobra todo su significado asumiendo la «dimensión social» inherente a toda victimización por odio. La víctima se siente con la obligación de cargar con la losa que supone el «recordatorio doloroso de la herencia cultural de discriminación y estigmatización que han sufrido las personas del respectivo grupo social»¹¹⁴. En resumen, con cada acto se recuerda a las víctimas su doloroso pasado, que vuelve a manifestarse en el presente como algo inmediato, perceptible e impredecible. Como muestra de todo lo anterior, los estudios pronto pusieron de relieve que las víctimas de delitos de odio sufrían de efectos psicológicos más graves y duraderos¹¹⁵.

La realidad era que, tras el acto motivado por odio, algunas víctimas buscaban apoyo en su grupo de pertenencia, lo que las llevaba a reforzar el vínculo que las unía con esa marca identitaria por la cual habían sido victimizadas. La contracara era que temían la revictimización, al haber sido seleccionadas por algo que formaba parte de ellas y que no podían alterar (p.ej.: el color de piel). Siendo así, todo individuo con esa «marca» inalterable acababa temiendo por él y por sus semejantes¹¹⁶. Por tanto, queda claro que la repercusión del daño se desliga definitivamente de lo individual y migra así hacia lo colectivo, afectando a cada miembro que comparta unas determinadas características (efecto *in terrorem*)¹¹⁷. Y no sólo eso, sino que es razonable pensar que el delito de odio aumenta las posibilidades de que puedan producirse «represalias violentas» o «disturbios». Incluso sin que suceda lo anterior, BOONIN destaca que cada acto supone reforzar la creencia de que los integrantes de un colectivo en concreto representan

¹¹⁴ TAMARIT SUMALLA, «Artículo 510», p. 1662. En general, para un breve recorrido por los estudios que en su día fueron pioneros en reflejar esa carga emocional y psicológica del daño asociado a los delitos de odio, véase IGANSKI/SWEIRY, «Hate crime», pp. 404-405.

¹¹⁵ Ahora bien, según las conclusiones a las que se llegó en algún estudio en particular, lo que no se observaron fueron cambios conductuales evidentes en las víctimas (p.ej.: trasladarse a otro lugar, intentos de suicidio, reforzar técnicas de autodefensa personal, etc.). PHILLIPS, «Health consequences», p. 324.

¹¹⁶ Además, en las víctimas por asociación (p.ej.: pareja blanca en una relación interracial, persona que participa activamente en organizaciones de promoción y defensa de los derechos de ciertas minorías, etc.) la agresión se produce no ya por características propias, sino por la relación, simpatía o afinidad que une a la víctima con miembros que el autor del delito sí que reconoce y/o relaciona como víctimas «naturales».

¹¹⁷ El efecto *in terrorem* intra-comunitario era identificado por WEINSTEIN en 1992 como uno de los intereses legítimos (*legitimate interests*) que puede tener el Estado en mente para hacer uso del incremento de pena en delitos motivados por cuestiones raciales. Este efecto se traduce en una limitación de la interacción social o la exposición pública cuya elección nunca será libre para los miembros de una comunidad. WEINSTEIN, «First Amendment challenges», p. 13.

objetivos especialmente idóneos para llevar a cabo actos similares (efecto llamada). Según este autor, no cabe duda de que el daño y el peligro de daño tanto en víctimas primarias como en secundarias afines será relevante para determinar la gravedad del hecho¹¹⁸. Incluso, algunos hablaban de daño indirecto a otras comunidades vulnerables o de daño general a normas y valores sociales¹¹⁹. Los valores de tolerancia, integración, igualdad y no discriminación se resquebrajan lentamente y hacen posible la fractura social. En suma, cada acto envía un mensaje de pérdida de confianza intergrupala, lo que supone una quiebra de la armonía en las relaciones sociales. De hecho, las actitudes hostiles se retroalimentan constantemente e impiden el correcto desenvolvimiento de la convivencia y de una relativa paz social. Precisamente de esto último será de lo que pasemos a ocuparnos en el siguiente apartado.

1.3. Diversidad Cultural e Intolerancia

1.3.1. Planteamiento general

La globalización, en términos estrictamente sociales, significa la internacionalización y la liberalización de las relaciones humanas, que pasan a desarrollarse fuera de la organización espacial del Estado moderno. Los flujos de población migrante aumentan y, en consecuencia, la composición ciudadana de los Estados se diversifica. La pluralidad pasa a ser un rasgo objetivo de las sociedades contemporáneas. Asimismo, la cultura o las diferentes formas de ver la vida se desterritorializan, lo que hace aumentar los tránsitos e intercambios culturales. Sin embargo, otro gran efecto de la globalización es la reafirmación de las identidades nacionales. Esto es, se prima la cultura originaria de un Estado frente a la amenaza que supone la mezcla. La violencia supone tan sólo una de las posibles manifestaciones de esta defensa de lo propio frente a lo ajeno.

Según lo expuesto, parecería aconsejable tratar de gestionar de alguna forma la integración de los inmigrantes en cualquier sociedad de acogida. Sobre la idea de la

¹¹⁸ BOONIN, *Should Race Matter?*, p. 280.

¹¹⁹ Aquí merece destacarse la contribución de IGANSKI, quien reivindicó hasta cinco tipos de daños posibles ligados a la victimización por odio. Esta relación de daños, en forma de círculos concéntricos, era la siguiente: 1) Daño psicológico y emocional a la víctima individualmente considerada; 2) Daño al grupo asociado a la víctima en el vecindario, ya sea porque conocen a la víctima o porque son sabedores de la experiencia sufrida por ella; 3) Daño que alcanza a todo el colectivo que comparte las mismas características que la víctima, más allá de localizaciones concretas; 4) Daño indirecto a otras comunidades vulnerables, ya sea dentro o fuera del vecindario; y 5) Daño al núcleo mismo de los valores sociales compartidos. IGANSKI, "Hate crimes hurt more", pp. 627-632.

integración, JOPPKE/MORAWSKA aluden a que se trata de una imposición política. Según estos autores, se parte de la premisa errónea de que las sociedades son unidades delimitadas territorialmente y completas en sí mismas. Subyace la idea de sociedad compuesta por individuos nacionales integrados como un todo a través del consenso normativo y organizativo en forma de Estado. No obstante, la sociología ha demostrado que se trata de una utopía y que no existen sociedades de estas características. Una imagen más real de las sociedades modernas es que no son una única entidad, sino que las configuran varios campos o sistemas autónomos e interdependientes (p.ej.: Estado, política, economía, grupo étnico, etc.), sin que existan prevalencias entre ellos. Estos campos o sistemas sociales involucran a ciertos individuos, pero nunca a la totalidad. De esta forma, la misma idea de «inmigrante no integrado» se antoja imposible, ya que nada más llegue un inmigrante a cualquier sociedad quedaría *ipso facto* integrado e involucrado en ciertos campos o sistemas sociales¹²⁰. Como ya se ha tenido ocasión de adelantar, la sociedad como unidad sólo existe en la esfera política. Es más, hay cierto interés en que esto siga siendo así, ya que a través de esa visión se refuerza el modelo de Estado-nación (esto es, la identidad compartida y la unidad cultural). Casualmente, la diversidad cultural alimenta otro gran efecto de la globalización, como es el de la inestabilidad de la soberanía de los Estados modernos (la crisis del Estado-nación).

Los Estados han venido desarrollando durante el siglo pasado diferentes políticas de gestión de la diversidad, las cuales se han concretado en un sinnúmero de propuestas marco. Estas propuestas son marcadamente teóricas, lo que quiere decir que no es posible aplicarlas término a término en la práctica¹²¹. A estos modelos, además, se irían sumando un amplio abanico de subclasificaciones. Otra cautela a tener presente es que la realidad multicultural debe contextualizarse dentro de un territorio con una historia determinada, difícilmente comparable al resto. Asimismo, los modelos de gestión adquieren singularidades en función de la variable espacio-tiempo, lo que impide que sean transpuestos. De ahí que, por ejemplo, no sea igual la diversidad cultural existente en Europa (o incluso en los distintos Estados del continente europeo), que la que pueda darse

¹²⁰ JOPPKE/MORAWSKA, «Integrating immigrants», pp. 3-4.

¹²¹ Autores como DE LUCAS MARTÍN nos recuerdan que estamos ante «tipos ideales, es decir, construcciones puras que no tienen una traducción literal en la realidad y que no pueden captar íntegramente la complejidad y diversidad de las políticas de integración, frecuentemente caracterizadas en la práctica por el solapamiento de rasgos y atributos correspondientes a dos o más modelos». DE LUCAS MARTÍN, «Sobre los fundamentos», p. 29.

en Latinoamérica, Estados Unidos o Canadá. Las respuestas políticas a la diversidad se ajustan en cada entorno a unas demandas bien distintas, puesto que distintas son también las causas que generan la propia diversidad. En Estados Unidos la diversidad se configura tomando en cuenta a unas poblaciones autóctonas, minoritarias e históricas (indios nativos americanos) y de diversos grupos de inmigrantes con larga presencia sobre el terreno, que además luchan por la autonomía grupal y por el acceso a las instituciones del Estado. En el contexto europeo, en cambio, el pico de inmigración de procedencia extra-europea no se alcanzaría hasta la segunda mitad del s. XX, por lo que ha sido un fenómeno mucho más reciente. La reivindicación que acostumbra a hacer esta inmigración que recalca en suelo europeo también es singular, dado que pretende conseguir el derecho a ejercer su propia cultura. A su vez, cabe recordar que ciertas minorías históricas y asentadas en territorio europeo quedaron absorbidas por los Estados modernos (minorías nacionales en España o los flamencos en Bélgica)¹²². Por si todo lo anterior no fuera lo suficientemente complejo, los países suelen adoptar medidas constitucionales, políticas y jurídicas diversas que responden al mismo tiempo a varios modelos de gestión. De hecho, lo más habitual es que los Estados no definan de modo expreso sus opciones de política cultural e identitaria. Incluso en aquellos casos en que un Estado reconozca su preferencia por uno u otro modelo determinado se debería entrar a valorar si vistas las acciones u omisiones de los poderes públicos se comulga con lo que se predica¹²³.

A lo largo de este capítulo se esbozarán las notas características de algunos de los modelos clásicos de integración. Sirva por el momento con decir que estas propuestas políticas refuerzan en última instancia la construcción de un «otro», esto es, un ser diferente al «nosotros». En otras palabras, se alimenta la intolerancia¹²⁴ y se prepara así un terreno fértil para que se abra paso la delincuencia. En lo que a los delitos de odio concierne, hasta finales del siglo XX las ciencias sociales (especialmente la criminología) habían puesto el foco de atención en la experiencia y la criminalización de ciertos grupos

¹²² CISNEROS ÁVILA, *Derecho penal y diversidad cultural*, pp. 84-89.

¹²³ RUIZ VIEYTEZ, *Minorías, inmigración y democracia*, p. 332.

¹²⁴ Según recoge DÍAZ LÓPEZ, discriminación e intolerancia no son sinónimos, de la misma forma que tolerancia no sería el antónimo más acertado respecto de discriminación, sino más bien el de equiparación. La intolerancia es una falta de respeto a prácticas o creencias distintas de la propia, la cual puede manifestarse en actos de toda clase y condición (p.ej.: discurso de odio, denegación de prestación, lesiones, asesinato, etc.). En suma, la intolerancia apunta a las creencias del sujeto acerca de condiciones personales de la víctima que no comparte. Ahora bien, en el caso de que dichas creencias se exterioricen a través de ciertos móviles (p.ej.: un móvil racista, antisemita, etc.), entonces se concretaría el delito de odio. Por tanto, los delitos de odio son siempre actos delictivos motivados por una intolerancia que está latente. DÍAZ LÓPEZ, "Informe de delimitación conceptual", pp. 17-18.

minoritarios o marginales. Además, la literatura dominante estaba volcada hacia la explicación psicológica y socio-psicológica de los delitos de odio. Sin embargo, con la entrada del nuevo siglo se puso especial interés en identificar los delitos de odio como una forma particular de violencia que se explica desde lo psicológico, pero también y muy especialmente desde el contexto cultural y político. Según PERRY, estos contextos condicionan las percepciones y reacciones hostiles contra el «otro», a la vez que ofrecen un marco de entendimiento más amplio del fenómeno¹²⁵. Como se tendrá ocasión de comprobar, con independencia de cuál sea el grupo victimizado, a los delitos de odio les precede un fuerte componente de motivación cultural. Y como actos culturales que son, los delitos de odio ayudan a representar ciertos grupos sociales como un todo plenamente identificable y denostado de forma sistemática¹²⁶. Por tanto, este tipo de delincuencia consigue el mismo efecto que describíamos más arriba en relación con las políticas de gestión de la diversidad: se refuerza la construcción del «otro». Como se puede entrever, las propuestas políticas de gestión de la diversidad y los delitos de odio mantienen lazos comunes que merece la pena abordar con detenimiento en este apartado. Asimismo, será en los Estados Unidos donde encontremos la confluencia más interesante entre los delitos de odio y las propuestas marco de gestión de la diversidad, por lo que no deben extrañar las continuas referencias a una sociedad, como la estadounidense, que consiguió situar por primera vez este tipo de violencia en la agenda política y legislativa de un Estado moderno.

Posteriormente, se presentarán al lector algunos de los instrumentos jurídicos más importantes que están orientados al reconocimiento y protección de la diversidad e identidad cultural. De este modo, se darán a conocer los esfuerzos de instancias internacionales realizados sobre la materia y podrá comprenderse mejor la valoración jurídico-penal que debe realizar el Estado español al respecto. Finalmente, en función del significado que se atribuya a «lo cultural», se podrán explicar las bases fundacionales que han determinado la protección jurídico-penal a un número creciente de colectivos en legislaciones penales como la española. Estos colectivos, a su vez, adquieren otras

¹²⁵ PERRY, «The sociology of hate», p. 56.

¹²⁶ Ahora bien, es importante constatar que el odio cultural no sólo reproduce representaciones de grupos que refuerzan una supuesta dominación jerárquica. LEVIN/NOLAN, entre otros, aseguran que los individuos todavía mantienen un poder de decisión. Por esta razón, las personas son las que deciden en última instancia ajustarse o rechazar los estándares de grupo, siendo su (in)acción individual la que logra que el odio se internalice y se enquiste en términos sociales. LEVIN/NOLAN, *The violence of hate*, p. 8.

denominaciones –grupo social, grupo cultural o minoría– cuyas implicaciones quedarán al descubierto para que el lector se posicione o forme su propio criterio.

1.3.2. Modelos clásicos de gestión social y delitos de odio

El contacto intercultural no nace con la era de la globalización, sino que está presente en distintos pasajes de la historia de la humanidad. A modo de ejemplo, la primera colonia permanente de los ingleses en las Américas se establece en 1607 en Jamestown, Virginia, dentro del territorio de una confederación india¹²⁷. Además, los primeros colonos procedían también de diferentes países, profesaban diferentes religiones, y mantenían una cultura propia. Este era el caso de los *Pennsylvania Dutch*, germanófonos que emigraron en su mayoría desde Alemania o Suiza a las colonias británicas de América durante los siglos XVII y XVIII. Sin embargo, la consciencia de estar ante un verdadero problema estatal surge con la masiva entrada de población inmigrante a Estados Unidos desde mediados del siglo XIX. Este proceso migratorio, que alcanzaría cotas inusitadas¹²⁸, ponía en duda la capacidad real de absorción de tantos elementos culturales desconocidos. Todo ello llevará a formular a comienzos del s. XX una primera receta para atajar el problema, denominada «asimilacionismo» o americanización.

La ideología asimilacionista representaba un paradigma teórico, una técnica evaluativa, normativa y política de la realidad, que posibilitaba la puesta en contacto de dos o más grupos culturales en un espacio geográfico concreto. Según los principios que fundamentan esta corriente de pensamiento, la sociedad receptora era de por sí homogénea, estática, sólida, dominante y superior. En cambio, al foráneo sólo le quedaba

¹²⁷ Este ejemplo también constituye la primera vez en la historia norteamericana en que la convivencia de dos culturas se torna violenta. Según el historiador social ZINN, quien reconstruye dicho episodio, el líder de los indios powhatanos se mantuvo expectante ante la colonización inglesa de sus tierras, e incluso prestó sustento y morada a los ingleses que se le acercaban durante la hambruna del invierno de 1610. Posteriormente, siendo tales ingleses señalados como fugitivos, el gobernador de la colonia inglesa solicita al líder indio que los devuelva. Al parecer, quizás molesto por todo lo acontecido, el líder indio contesta de forma desapacible al inglés, por lo que en un acto de venganza este último envía soldados al asentamiento indio. Estos soldados mataron a quince o dieciséis indios, quemaron sus casas, cortaron el trigo que cultivaban y raptaron a la reina de la tribu y a sus hijos para después acabar con sus vidas. Tras un aumento exponencial de los poblados ingleses, la contraofensiva india llegaría doce años después en forma de incursión violenta que acaba con la vida de 346 hombres, mujeres y niños. Desde entonces se avivarían como nunca antes las hostilidades entre ingleses e indios. Finalmente, al constatar que no podían esclavizarlos ni convivir ellos, los ingleses deciden exterminarlos. ZINN, *La otra historia*, pp. 24-25. Para una perspectiva global y monográfica sobre los nativos americanos como víctimas de delitos de odio, véase PERRY, *Silent victims, passim*.

¹²⁸ Debido principalmente al despegue industrial del país, la población inmigrante en los Estados Unidos asciende de 2,2 millones en 1850 a 14,2 millones en 1930. SZMODIS/ENG, «Tolerance», p. 2077.

transigir y aceptar la vía unidireccional de modular todo su bagaje cultural previo (p.ej.: idioma, costumbres, *modus vivendi*, etc.) en un proceso de adaptación o mimetización identitaria¹²⁹. Esto es, su plena integración en un proyecto común anclado en valores incuestionables¹³⁰.

¹²⁹ Téngase en cuenta que el asimilacionismo al que se está aquí haciendo referencia es tan sólo una solución política al problema del encuentro cultural entre dos o más colectivos que aspiran a convivir juntos. Otra cuestión bien distinta es que las ideas asimilacionistas estuvieran presente mucho antes del s. XX. Remontándonos a los orígenes, la filosofía de Aristóteles (384 a.C.–322 a.C.) racionaliza la superioridad de ciertos grupos respecto a otros y, en definitiva, la jerarquía humana. En concreto, los griegos eran superiores a todos los que no lo eran (es decir, los bárbaros o, simplemente, los otros). Para sostener esta superioridad entre civilizaciones, Aristóteles desarrolló la teoría del clima, explicando que las condiciones climáticas extremas de frío o calor producen seres intelectual, física y moralmente inferiores, que además no tenían la capacidad de ser libres y de gobernarse por sí mismos. Mientras los griegos estaban dotados de cualidades superiores por situarse en un clima intermedio, la palidez extrema o el color oscuro de la piel eran atributos desagradables (p.ej.: Aristóteles catalogaba a los africanos como «rostros quemados»). Con todo, el principal interés era normalizar las prácticas de esclavitud de la Antigua Grecia y su dominio sobre el Mediterráneo, afianzando la idea de que la humanidad estaba dividida en dos: por un lado, los amos que tienen el derecho a dominar y gobernar, y por otro los esclavos que han nacido para obedecer. Posteriormente, tras el nacimiento de Cristo, los romanos emplearon la teoría del clima de Aristóteles para justificar sus prácticas de esclavismo. Pronto, el cristianismo también realizaría su aportación, de modo que para los primeros teólogos Dios fue el que ordenó la jerarquía humana. En el primer siglo de la Era Común, Pablo de Tarso (más conocido como san Pablo) introduce un orden jerárquico muy sugerente, como es el del dueño celestial en lo más alto, el dueño terrenal en una posición intermedia y el esclavo en lo más bajo. Dando ahora un salto al año 1377, uno de los más grandes pensadores musulmanes de todos los tiempos y discípulo de Aristóteles, el tunecino Ibn Jaldún, recoge en su afamada obra *Muqaddimah* una nueva aportación a la teoría del clima aristotélica. Según explica, a fin de justificar nuevamente el esclavismo islámico de personas de climas lejanos (africanos subsaharianos y esclavos de Europa del este), las condiciones inferiores a las que apuntaba Aristóteles no eran, como se creía, permanentes o hereditarias. Por ejemplo, constata que las personas negras que migraban hacia climas más fríos del norte tenían luego descendientes cuyo color de piel se volvía gradualmente más blanco. Esto es, se instaura la idea de una capacidad de asimilación física de las personas en otras sociedades con un clima diferente. Significa ello que existe un estado de inferioridad debido al entorno, pero que éste no era fijo sino reversible. En conclusión, se podría decir que Ibn Jaldún funda el asimilacionismo o, al menos, que los teóricos que continuaron y renovaron la teoría del clima de Aristóteles fueron los primeros asimilacionistas conocidos. KENDI, *Stamped from the beginning*, pp. 17, 20-21 y 32. Recientemente, véase también una traducción al castellano en: KENDI, *Marcados al nacer*, pp. 29, 32-33 y 45.

¹³⁰ PARK/BURGESS introdujeron una primera definición del concepto de asimilación en 1921. Según estos autores, «la asimilación es un proceso de interpenetración y fusión en el cual las personas y los grupos adquieren memorias, sentimientos y actitudes de otras personas y grupos que, compartiendo sus experiencias e historia, son incorporados con ellos a una vida cultural común». Según esta teoría, la asimilación es un proceso natural que conlleva que los inmigrantes vayan dejando atrás sus tradiciones culturales con cada nueva generación en la sociedad de acogida. En general, se pronosticaba que eran necesarias tres generaciones de inmigrantes para la plena asimilación. Por tanto, se trataba de un proceso paulatino, ya que aspectos como la raza, la lengua o la clase social tenían incidencia en la velocidad de la asimilación hasta el punto de ralentizarla en mayor o menor medida. El proceso se podía dilatar en el tiempo, pero no existía la posibilidad de que se alterara de tal forma que impidiera su consumación. Por ello, a esta primera propuesta clásica se la denominó *straight-line assimilation* (asimilación en línea recta). Sin embargo, se hizo cada vez más evidente el hecho de estar ante un proceso de sustracción. En efecto, los inmigrantes perdían sus características étnicas para ser absorbidos por una cultura dominante que, ante todo, imponía incluso el entendimiento mismo del concepto de asimilación. Lejos de considerarse etnocéntrica, esta visión se tenía por extremadamente beneficiosa para los nuevos inmigrantes. PARK/BURGESS, *Introduction*, p. 735 (traducción propia); PAUL, «Assimilation», pp. 104-105; GHAFAR-KUCHER, «Assimilation», pp. 61-62.

En parte, el asimilacionismo se explica también por la rivalidad imperialista de comienzos del s. XX. De hecho, siguiendo con un ejemplo previamente apuntado, el asimilacionismo se concretaba en que los alemanes de Pennsylvania debían dejar atrás aspectos tales como la lengua o sus hábitos sociales, debido a que Alemania era potencia enemiga durante la Primera Guerra Mundial¹³¹. Pero sin duda el aspecto que más nos concierne aquí es el de la convicción de que desaparecerían los prejuicios y las conductas discriminatorias tras una integración efectiva del diferente¹³². A este respecto, frente a la cultura pura y auténtica del asimilacionismo se puede contraponer la máxima de que «no hay cultura sino como diversidad». En efecto, la cultura es un hecho social que se produce y hereda por el dinamismo e intercambio que existe dentro y fuera de los grupos sociales. Asimismo, no cabe aludir a una única manifestación de diversidad sino a muchas y muy diferentes entre sí, por lo que en todo caso deberíamos referirnos a las diversidades culturales (en plural)¹³³.

Sin embargo, los esfuerzos de las políticas asimilacionistas no evitaron que se formaran enclaves de grupos étnicos alejados del ideal americano de convivencia¹³⁴. En respuesta, el modelo clásico asimilacionista se reinventa en clave regional a través del modelo propiamente norteamericano del *melting pot*¹³⁵. Más que la idea de una cultura

¹³¹ JOPPKE/MORAWSKA, «Integrating immigrants», p. 4.

¹³² Ahora bien, esto debe matizarse, pues como es obvio características fenotípicas tales como el color de la piel no eran renunciables.

¹³³ DE LUCAS MARTÍN, «Sobre el pluralismo político», p. 35. Igualmente, ya en la Declaración realizada con motivo de la Conferencia Mundial de la UNESCO sobre las Políticas Culturales (México, 1982) se apunta lo siguiente: “*la cultura es diálogo, intercambio de ideas y experiencias, apreciación de otros valores y tradiciones, se agota y muere en el aislamiento*”. UNESCO, *Declaración de México* (1982), Principio Rector Núm. 4 (resaltado añadido).

¹³⁴ Uno de los ejemplos más significativos es el de la comunidad china. A finales del s. XIX, la inmigración de este origen nacional se encontró en los Estados Unidos con una hostilidad en forma de política restrictiva. En efecto, el 6 de mayo de 1882 el Congreso aprueba la ley federal de exclusión de chinos (*Chinese Exclusion Act*), la primera ley americana sobre inmigración que, de forma discriminatoria, acabaría por afectar a los chinos como grupo étnico con independencia del país de origen. Esta ley, entre otros obstáculos, denegaba la entrada a Estados Unidos de trabajadores chinos (cualificados y no cualificados), mientras que también negaba el derecho a obtener la ciudadanía estadounidense a los que se encontraban dentro. Sin embargo, personas de clase social alta como los comerciantes, los funcionarios de gobierno o los profesores quedaban fuera de su ámbito de aplicación. Con todo, muchos chinos de toda condición social siguieron entrando de forma irregular al país, aunque quedaran desplazados de la sociedad americana tanto económica como físicamente. En concreto, muchos chinos se vieron obligados a desplazarse de pueblos pequeños a grandes ciudades como San Francisco o Los Ángeles, donde formaban sus enclaves y trabajaban de forma precaria (p.ej.: restaurantes o lavanderías). Este confinamiento hizo prácticamente imposible la asimilación. LIU, «Chinese Exclusion Act», pp. 289-291.

¹³⁵ N. del T.: El *melting pot* norteamericano se traduce al castellano a través de diferentes fórmulas (p.ej.: puré cultural, potaje cultural o crisol de razas) que representan una misma idea, la de que una sociedad heterogénea se vuelve homogénea. En otras palabras, los distintos elementos se funden en un todo armonioso y superior con respecto a cada elemento por separado.

superior esgrimida por el asimilacionismo se implantaba la de que «América se convertiría en una nación ciega a la raza, a la cultura y a la religión, en donde todos serían iguales»¹³⁶. No obstante, este modelo es frecuentemente referido como falacia o mito, ya que venía a camuflar la ideología puramente asimilacionista¹³⁷. Según WALKER, la fórmula del *melting pot* era más benigna que la americanización coercitiva representada por el asimilacionismo, aunque únicamente en el sentido de que no denigraba completamente las contribuciones de los grupos no anglosajones¹³⁸. A su vez, la literatura académica acuña el término de asimilacionismo liberal, a fin de distinguirlo del asimilacionismo conservador. Mientras este último subraya la idea de una cultura superior dominante, el asimilacionismo liberal «descarta hablar de cultura en favor de poner el foco en la presunción de igualdad de los individuos en una esfera pública culturalmente neutra»¹³⁹. Desde esta lógica, el asimilacionismo reinventado por el *melting pot* se vincularía con una «ideología política liberal, ya que la igualdad individual está antepuesta a la preservación de las culturas y comunidades tradicionales»¹⁴⁰. Pero lo cierto es que esta perspectiva igualitarista no eliminaba la diferencia, sino que hábilmente la transformaba en irrelevante para mantener el mismo efecto, esto es, la imposibilidad de reclamar un trato especial de favor basado en la diferencia. Además, incluso de anteponerse la igualdad al factor cultural, resultaba utópica una neutralidad jurídica del Estado, pues la esfera normativa siempre acaba siendo un reflejo de los rasgos culturales de la mayoría. De este modo, la igualdad formal de toda la ciudadanía se mostraría pronto como un velo que en realidad ocultaba diferencias de raza, etnia, religión, género, etc. En resumen, la monopolización cultural o la monoculturalidad era –o seguía siendo– la nota imperante.

¹³⁶ SZMODIS/ENG, «Tolerance», p. 2078 (traducción propia).

¹³⁷ Entre otros, LAMBERT/TAYLOR encuentran en el *melting pot* una nueva versión de la escuela asimilacionista. En contra, GORDON contempla el *melting pot* como una fórmula más bien alternativa, defendiendo su escisión y plena autonomía respecto a la del asimilacionismo. DE LUCAS MARTÍN insiste en que los modelos teóricos y generales de gestión de la diversidad, como es el caso del asimilacionismo, «no pueden ser identificados sin más con los paradigmas de gestión de la diferencia cultural que han seguido los distintos estados occidentales (i.e., el *melting pot* norteamericano, el republicanismo homogeneizador francés, el mosaico canadiense, etc.), más allá de la consideración de que estos paradigmas nacionales o regionales puedan tener semejanzas muy relevantes con los tipos ideales». Véase: LAMBERT/TAYLOR, *Coping with cultural*, p. 26; GORDON, *Human nature*, pp. 190-191; DE LUCAS MARTÍN, «Sobre los fundamentos», p. 29.

¹³⁸ WALKER, *Hate speech*, p. 34.

¹³⁹ JACKSON, *Muslims and Islam*, p. 12 (traducción propia).

¹⁴⁰ JACKSON, *Muslims and Islam*, p. 12-13 (traducción propia).

Por lo expuesto hasta el momento, se vuelve más interesante si cabe la postura que adoptan autores como DUNBAR, que relacionan directamente el fenómeno de los delitos de odio con el fracaso de la empatía y la aculturación¹⁴¹. La aculturación (también referida como asimilación conductual o asimilación cultural) es, según su más influyente ideólogo, el sociólogo americano Milton M. GORDON, la primera etapa del proceso asimilacionista. Esta primera etapa tiene lugar incluso cuando no concorra otra simultánea o posterior en el proceso hacia la asimilación plena, pudiendo mantenerse indefinidamente¹⁴². Se trata de la adopción de patrones culturales de la sociedad dominante, desde los más visibles (p.ej.: vestimenta, idioma, etc.) hasta la creencia religiosa o la forma de vida¹⁴³. Sin embargo, muchos inmigrantes nunca llegaban a la etapa posterior de la asimilación estructural, que implicaba ya la participación en organizaciones sociales, la implicación en actividades institucionales, o incluso el matrimonio mixto. Retomando el hilo anterior, resulta significativo que el nacimiento de legislación sobre delitos de odio en Norteamérica coincidiera –o se hiciera coincidir– con la quiebra del modelo asimilacionista a mediados de los años setenta¹⁴⁴. Es en esta década cuando realmente se perciben unas diferencias interétnicas más acentuadas y persistentes (p.ej.: el fracaso escolar, el paro o la tasa de delincuencia), sea respecto a nuevos inmigrantes o respecto a los de segunda o tercera generación. Ciertamente, los poderes públicos estadounidenses crearon de antemano el escenario propicio para ello, ya que favorecieron la entrada de la inmigración que tenía mayor capacidad de asimilación y denostaron aquella otra más alejada de lo anglosajón, de la raza blanca y del credo protestante (conocido como estándar WASP, esto es, *White Anglo-Saxon Protestant*). Hasta la fecha, la asimilación había resultado relativamente satisfactoria respecto al modelo de inmigración mayoritariamente europea, pero su aplicación resultaba

¹⁴¹ A mayor abundamiento, el autor se refiere a que «la identificación continuada con una cultura que está potencialmente en conflicto ideológico o político con el Estado o la cultura de acogida posee un riesgo acentuado de incrementar el rechazo de la nueva sociedad (de acogida)». DUNBAR, «Cultural and psychological characteristics», pp. 17-18 (traducción propia).

¹⁴² GORDON, *Assimilation in American life*, p. 77.

¹⁴³ Para conocer de forma concisa y esquemática las diferentes etapas que tienen lugar en el proceso asimilacionista desarrollado por este autor, véase GORDON, *Assimilation in American life*, p. 70.

¹⁴⁴ RUIZ VIEYTEZ, si bien sitúa las primeras reacciones de rechazo a las políticas asimilacionistas en torno a los años sesenta, expone que entre los años setenta y ochenta se consuman las reflexiones sobre la diversidad que lleva a muchas sociedades occidentales al cambio de modelo de gestión social. RUIZ VIEYTEZ, *Minorías, inmigración y democracia*, pp. 331-332.

Recuérdese, igualmente, que era en torno a la década de 1980 donde situábamos las primeras legislaciones sobre delitos de odio norteamericanas. Más si cabe, California se convierte en el primer Estado en incorporar normativa penal sobre delitos de odio en 1978. Véase el apartado «1.1. Enfoques y Modelos de Aproximación Previos» *supra*.

insostenible para otro tipo de inmigración (p.ej.: personas negras o latinas)¹⁴⁵. Por razones que seguramente estén vinculadas a la dicotomía del «nosotros-ellos», los altos niveles de aculturación evitaron crear el sentimiento de pertenencia de la inmigración no europea¹⁴⁶.

El sociólogo norteamericano John Milton YINGER intentó explicar cómo es posible que en una sociedad en la que se aplican políticas asimilacionistas algunos grupos étnicos conserven sus diferencias culturales¹⁴⁷. Ello recibiría el nombre de *dissimilation* (disimilación), no pudiendo entenderse el asimilacionismo sin este proceso opuesto. De hecho, algunas voces apuntaban a la necesidad de que exista disimilación dentro de un contexto político asimilacionista. En primer lugar, porque los grupos étnicos pueden y deben ejercer cierta oposición a un Estado coercitivo que, de otra forma, no podría darse. En segundo lugar, porque estos grupos étnicos son los garantes de que las diferencias culturales se conserven incluso en un entorno hostil que aspira a la desaparición de las mismas. En tercer lugar, porque muchas personas tienen dificultades para identificarse con una sociedad plural y cambiante, por lo que el grupo étnico les aporta un sentido de comunidad y pertenencia. Sobre estas ideas, YINGER sugiere que cuando los grupos étnicos no son muy antagónicos culturalmente, la aculturación puede ser por añadidura y no por sustitución. Esto es, un grupo étnico puede aumentar su cultura nativa con ciertos elementos de la cultura dominante (valores, normas o estilos) en vez de sustituirla por completo. A ello habría que sumarle que, como parece evidente, cuanto más diferencia exista con respecto a la cultura dominante menos probable será la asimilación de los

¹⁴⁵ La conocida como *cultural deficiency* (deficiencia cultural) representa un argumento teórico que nace a mediados del s. XX para explicar que existen ciertas prácticas o atributos culturales, asociados a menudo a grupos raciales o étnicos históricamente marginados (p.ej.: personas negras o latinas), que dificultan su asimilación dentro de la sociedad americana. Los ejemplos de este tipo de deficiencias abundan: el énfasis en la masculinidad y el honor, la iniciación temprana al sexo, la mujer relegada exclusivamente a las labores domésticas, actitud fatalista frente a la vida, un interés limitado en la educación, etc. Pues bien, estaba extendida la percepción de que estos grupos culturalmente deficientes desarrollan con el tiempo ciertas características con el único fin de adaptarse a la pobreza. De esta forma, dichas características eran legadas de una a otra generación y podían lastrar cualquier otra aspiración, lo que suponía un impacto cíclico sobre el colectivo de inmigrantes en cuestión. FERGUS, «Cultural deficiency», pp. 374-377.

¹⁴⁶ Para un breve acercamiento a las críticas, alternativas y expectativas de futuro relacionadas con el declive del asimilacionismo, véase: PAUL, «Assimilation», pp. 106-107; GHAFAR-KUCHER, «Assimilation», pp. 62-63.

¹⁴⁷ Y es que, a pesar de que muchos indios nativos han pasado a vivir en ciudades, acuden y se integran en colegios o incluso han ido perdiendo el conocimiento y uso de sus respectivas lenguas, también debido al asimilacionismo han optado por reafirmar y promover sus diferencias culturales. El hecho de que se funden institutos para indios o se celebren ceremonias indias son ejemplos de que se apuesta por preservar el significado de una pertenencia cultural. YINGER, «Toward a theory», p. 257.

grupos étnicos¹⁴⁸. Por todo lo anterior, esta teoría representa una forma de explicar por qué el asimilacionismo no consume sus expectativas de uniformidad y, en cambio, fortalece la continuidad de otras tradiciones culturales. La crisis de las políticas asimilacionistas estaba servida.

Aunque el liberalismo político defendiera la noción de ciudadanía igualitaria y neutralidad estatal, desmarcándose a simple vista del asimilacionismo clásico, se impidió finalmente una implicación más activa de los poderes públicos en la remoción de las causas de discriminación, así como en el reconocimiento de las diferencias culturales. Esta «ceguera estatal» era contraria al establecimiento de políticas positivas de reequilibrio social y estructural¹⁴⁹. La propuesta política del multiculturalismo vino a servir de marco teórico para tales reivindicaciones de gestión social. Se trataba de un intento estatal por despojarse del rígido corsé anterior mientras se promovía una ciudadanía diferenciada que atendiera a las características singulares de cada colectivo¹⁵⁰.

La lectura de esta transición también es posible hacerla desde el diferente significado político que adquirió la violencia racial en el marco de las movilizaciones sociales que se sucedían en Estados Unidos. En el período anterior a la década de los setenta, las campañas no violentas organizadas al abrigo del movimiento por los derechos civiles en Estados Unidos reflejaban la violencia racial como una patología socio-cultural e institucional fuertemente arraigada dentro del sistema. Precisamente uno de los cometidos de esa violencia racial era tratar de impedir que los afroamericanos ejercieran sus derechos como ciudadanos americanos. Como ya se ha comentado¹⁵¹, a finales de los setenta y siguiendo las estrategias de movilización ciudadana anteriores, se gestaría el conocido como movimiento social contra los delitos de odio (*anti-hate crime movement*). El movimiento en cuestión conectaría este tipo de violencia por odio con el desafío de resolver las diferencias intergrupales desde una recién instaurada forma de gobierno

¹⁴⁸ A mayor abundamiento, véase YINGER, “Toward a theory”, pp. 249-264.

¹⁴⁹ Véase, indistintamente: ALCÁCER GUIRAO, “Diversidad cultural, intolerancia”, p. 10; ALCÁCER GUIRAO, «Diversidad cultural, discurso del odio», pp. 90-91.

¹⁵⁰ De alguna forma, esto se quiso representar con la idea del *salad bowl* (ensaladera). Si en el *melting pot* decíamos más arriba que los diferentes componentes étnicos de la nación americana se fundían por completo, en este caso la integración se logra por la yuxtaposición de los mismos conservando su individualidad (como los ingredientes de una ensalada). De ahí que el multiculturalismo, representado en Estados Unidos por el modelo del *salad bowl*, nos presente una sociedad compuesta por un mosaico de culturas diferentes con igual valor.

¹⁵¹ En detalle, véase el apartado «1.1. Enfoques y Modelos de Aproximación Previos» *supra*.

multicultural¹⁵². Basándose en estos dos escenarios, el previo a la década de los setenta y el que se origina a finales de esa misma década, AARONSON explica el sentido político-criminal tan distinto que motivó la criminalización de la violencia racial. En el primer periodo, la legislación federal habilitaría al gobierno para proceder al procesamiento de delitos racialmente motivados y ligados a la negación del ejercicio legítimo de los derechos civiles. Bajo el pretexto de que estos delitos no se sancionaban prácticamente nunca por el Estado y las instituciones locales, el Derecho penal desempeñaría una función esencialmente expresivo-moralista en esta materia. En el segundo periodo, en cambio, la legislación penal intentaría desincentivar la comisión de delitos motivados por prejuicios raciales e incrementar la seguridad pública mediante el alargamiento de condenas a través de la agravación de delitos. De este modo, la *ratio legislatoris* consistía en la disuasión y la incapacitación prolongada para no volver a delinquir, ejerciendo el Derecho penal una función más utilitarista¹⁵³.

Por lo anterior, lo que verdaderamente ocupa nuestra atención en este momento será el reverso al ideal de convivencia instaurado por el multiculturalismo. En efecto, los delitos de odio reaccionan tanto ante el hecho fáctico del incremento de la diversidad como ante cualquier atisbo de privilegio concedido. Esta modalidad delictiva, por tanto, siembra un patrón de respuesta (a modo de goteo incesante) al orden preestablecido, que socava los valores más esenciales de convivencia y tolerancia en sociedad. La integración de personas con identidades dispares (p.ej.: étnica, nacional, cultural o religiosa) puede observarse como un desafío que acabe derivando, de no gestionarse adecuadamente, hacia el conflicto intergrupales. Según recogen STATHI/ROSCINI, desde este último escenario el conflicto puede progresar hacia la comisión de delitos de odio y, en el peor de los casos, hacia auténticas catástrofes con trasfondo terrorista o genocida¹⁵⁴. Se trata, en suma, de un reto a la credibilidad del ideal dominante. En estos términos se pronuncia PERRY, quien asegura que el delito de odio conlleva un daño distinto al constituir una violación de los derechos humanos, una amenaza a la dignidad humana y una amenaza a la inclusión, valores que por otra parte son los pilares de la ideología del multiculturalismo¹⁵⁵. Más aún, se refiere a que el delito de odio es «una forma de

¹⁵² AARONSON, *From slave abuse to hate crime*, pp. 167-168.

¹⁵³ AARONSON, *From slave abuse to hate crime*, pp. 14-15.

¹⁵⁴ STATHI/ROSCINI, «Identity and acculturation», p. 56.

¹⁵⁵ PERRY, «Disrupting the mantra», p. 1642.

intercambio intercultural, pero uno que de forma deliberada aumenta la distancia entre comunidades más que salvarla»¹⁵⁶. Finalmente, ante la pregunta de si la persistencia de los delitos de odio significaría un fracaso del multiculturalismo, PERRY responde que efectivamente ha sido justamente ésta la corriente narrativa dominante en Europa desde hace tiempo. Sin embargo, esta autora se posiciona en contra de tal afirmación, ya que también parecen extraerse resultados constructivos tras la comisión de los delitos de odio. En concreto, reproducimos a continuación las palabras de la autora: «[E]s fascinante que tanta gente exprese desconfianza, shock e indignación cuando piensan en los delitos de odio. Ello sugiere que permanecen comprometidos con todo lo que la ideología del multiculturalismo parece ofrecer»¹⁵⁷.

En suma, si bien a modo de hipótesis, los dos modelos clásicos de gestión de la diversidad enlazan de una u otra manera con los delitos de odio. El modelo de la asimilación plantea la posibilidad de rastrear los orígenes de la delincuencia por odio en la quiebra de dicho modelo en los Estados Unidos de América. Según este modelo, se relativiza la diversidad como factor definitorio en los delitos de odio, ya que acorde con los postulados del asimilacionismo no existiría tal diversidad. En cambio, esta criminalidad por odio encontraría su fundamento en la asfixiante monopolización cultural ejercida por los poderes públicos estatales. Mientras tanto, los delitos de odio en el multiculturalismo representan, cuando menos, un desafío constante al orden instaurado y a las políticas estatales dominantes en la actualidad.

1.3.3. Componente cultural de los delitos de odio

En este punto, es necesario referirnos a uno de los estudios más citados en la literatura especializada sobre los delitos de odio, que fue llevado a cabo por McDEVITT/LEVIN/BENNETT en el año 2002¹⁵⁸. En él se concluye, entre otros

¹⁵⁶ PERRY, “Disrupting the mantra”, p. 1648 (traducción propia).

¹⁵⁷ PERRY, “Disrupting the mantra”, pp. 1649-1650 (traducción propia).

¹⁵⁸ McDEVITT/LEVIN/BENNETT, “Hate crime offenders”, pp. 303-317. En realidad, esta contribución académica no es más que una actualización de la tipología originaria sobre la motivación de autor en los delitos de odio desarrollada y publicada en 1993. A su vez, una puesta al día de estas contribuciones se produciría en 2018. Véase: LEVIN/McDEVITT, *Hate crimes, passim*; LEVIN/McDEVITT, “Hate crimes: an updated”, pp. 33-48. A día de hoy existe un número importante de contribuciones académicas que parten, critican o simplemente se hacen eco del estudio anterior, revalorizando constantemente su interés. Entre otras, véase: LEVIN/RABRENOVIC, «Hate as cultural justification», pp. 41-53; HALL, *Hate crime*, pp. 102-103; HALL, «Understanding hate crimes. Perspectives», pp. 83-84; GARLAND/CHAKRABORTI, *Hate crime*, pp. 104-105; IGANSKI/LEVIN, *Hate crime*, pp. 43-57; PEZZELLA, *Hate crime statutes*, pp. 40-43; GERSTENFELD, *Hate crimes*, pp. 99-105.

aspectos, que la motivación de autor más común en la comisión de delitos de odio es la adrenalina o excitación que produce el acto (*thrill-seeking hate crimes*)¹⁵⁹. En concreto, 111 casos (el 66% de los analizados) se ajustaban a ese perfil de autor, de entre un total de 169. Por el contrario, tan sólo en un único caso (menos del 1% de los analizados) el influjo que induce al autor al acto era debido completamente al odio o a la intolerancia, o lo que es lo mismo, al fanatismo ciego (*mission hate crimes*)¹⁶⁰. Las otras dos alternativas de motivación con resultados intermedios fueron la motivación defensiva¹⁶¹ (*defensive hate crimes*; 43 casos, esto es, un 25% del total) y la vengativa¹⁶² (*retaliatory hate crimes*)¹⁶³; 14 casos, esto es, un 8% del total).

Refiriéndose a la tipología de motivaciones recogidas en el estudio de McDEVITT/LEVIN/BENNETT, asegura PHILLIPS que aproximadamente un tercio de los casos serían inclasificables, dado que las categorías propuestas son útiles para entender aquellos casos en que el prejuicio sea la única motivación posible, pero no así para aquellos otros en que el prejuicio represente una motivación periférica¹⁶⁴. Otra propuesta interesante es la que parte de considerar la victimización por odio como la vía de escape o expresión de alguna queja compartida por otras tantas personas además del autor, sirviendo la víctima como cabeza de turco¹⁶⁵. NELSON, en cambio, se refiere a que existen casos anecdóticos en que los delitos de odio traen causa de la amenaza a la imagen que se tiene de uno mismo. Por ejemplo, apunta, «la violencia contra un hombre gay por otro heterosexual puede estar desencadenada por amenazas percibidas a la masculinidad»¹⁶⁶.

¹⁵⁹ Ampliamente, sobre esta categoría, véase LEVIN/McDEVITT, *Hate crimes revisited*, pp. 67-75.

¹⁶⁰ Ampliamente, sobre esta categoría, véase LEVIN/McDEVITT, *Hate crimes revisited*, pp. 91-98.

¹⁶¹ Ampliamente, sobre esta categoría, véase LEVIN/McDEVITT, *Hate crimes revisited*, pp. 77-89.

¹⁶² Para contabilizar los delitos de odio con motivación defensiva se optó por aquellos destinados a proteger el vecindario de individuos intrusos o extranjeros, de tal forma que se mandara un mensaje de reubicación física en cualquier otro sitio a todos los miembros del grupo de pertenencia de la víctima. Mientras tanto, los delitos de odio de motivación vengativa vendrían definidos por su propio nombre, teniendo lugar con independencia de si el hecho anterior que habría motivado la conducta se hubiera o no concretado. En McDEVITT/LEVIN/BENNETT, "Hate crime offenders", pp. 308-309.

¹⁶³ Según LEVIN/McDEVITT, algunos de los delitos de odio con una motivación defensiva (*defensive hate crimes*) son, por naturaleza, auténticos delitos de odio vengativos (*retaliatory hate crimes*). El autor del delito de odio se venga de algún otro delito cometido anteriormente contra un miembro de su grupo. LEVIN/McDEVITT, *Hate crimes revisited*, p. 88.

¹⁶⁴ PHILLIPS, "The prosecution", pp. 883 y 902.

¹⁶⁵ IGANSKI/LEVIN, *Hate crime*, p. XV (Prefacio).

¹⁶⁶ NELSON, *Handbook of prejudice*, p. 232 (traducción propia).

Como vemos, la identificación de la motivación de autor no resulta sencilla. No obstante, volvamos un momento al estudio de McDEVITT/LEVIN/BENNETT. En función de los resultados obtenidos en el mismo, LEVIN/RABRENOVIC advierten de que, aunque nos veamos tentados a caracterizarlo como desviación, irracionalidad y patología, el odio no depende de tales variables. No existe una desviación desde el punto de vista de la corriente social dominante, sino que el odio en sí mismo es perfectamente normal, racional y convencional. De hecho, se llega a la siguiente conclusión: «[el odio] Es parte de la cultura –la forma de vida– de la sociedad en la que existe, apelando típicamente a los miembros más convencionales y tradicionales de la misma. (...) Cuando concebimos el odio como un aspecto de la cultura, lo concebimos como parte de la totalidad de las experiencias, incluidas las creencias, valores, actitudes, roles aprendidos y posesiones materiales acumuladas. El odio se intensifica en la medida en que incorpora mitos y estereotipos ampliamente compartidos y se desplaza a la comunidad moral de un grupo de personas»¹⁶⁷. Por otro lado, otra gran aportación de estos autores es que el odio cultural ha jugado y juega un rol importante en la justificación de este tipo de delincuencia. En efecto, LEVIN/RABRENOVIC sostienen que, debido a una inmersión cultural acumulada a lo largo de los años, el sujeto activo del delito de odio es capaz de identificar al enemigo o, en otras palabras, conocer «exactamente qué grupos le están prohibidos y qué grupos pueden ser atacados con impunidad moral»¹⁶⁸. Sucede también que el odio reaparece tras el acto para excusar del daño y del sufrimiento ocasionado, a fin de racionalizar la violencia. A través de la psicología social se puede explicar el hecho de que los prejuicios se desarrollen, o al menos que se fortalezcan, con el objetivo de justificar el comportamiento –discriminatorio o violento– anterior. LEVIN/NOLAN consideran probable que esta línea de argumentación sea aplicable al caso específico de los delitos de odio¹⁶⁹. Se trata, en última instancia, de dar coherencia y consistencia al comportamiento realizado, forzando incluso el fuero interno de la persona (p.ej.: intensificar los prejuicios)¹⁷⁰.

¹⁶⁷ LEVIN/RABRENOVIC, «Hate as cultural justification», p. 42 (traducción propia).

¹⁶⁸ LEVIN/RABRENOVIC, «Hate as cultural justification», p. 46 (traducción propia).

¹⁶⁹ Desde la visión de LEVIN/NOLAN, si el autor de un delito de odio concibiera a su víctima como alguien de carne y hueso, que tiene amigos y familiares, probablemente se sintiera culpable tras el acto. En cambio, de aceptar una imagen totalmente deshumanizada de la víctima ello facilitaría la justificación del delito. Y a medida que se repitiese la participación de este sujeto en la comisión de otros delitos de odio, más se iría modificando su pensamiento en relación con los grupos victimizados. LEVIN/NOLAN, *The violence of hate*, pp. 2-3.

¹⁷⁰ A fin de mejorar la comprensión de esto último, STERNBERG/STERNBERG ofrecen una explicación concisa al respecto. Según estos autores, ciertas personas experimentan una discrepancia entre actitudes y comportamientos, frecuentemente referida como «disonancia cognitiva». Se trata de una situación en la que

Siguiendo a WANG, estamos ante un circuito cerrado o bucle que se retroalimenta: la ideología cultural inspira y premia –social, psicológica, material o económicamente¹⁷¹– a los autores de delitos de odio, y dichos delitos perpetúan el contexto social dominante en donde los agresores pueden anticipar tales recompensas. Esta reciprocidad estaría especialmente ligada a las formas más mundanas de intolerancia, siendo tal la presión social que se sufre que algunas víctimas prefieren sumarse al comportamiento estereotípicamente esperado de un grupo social para evitar así atraer su atención. E, incluso, los colectivos que no están en riesgo y que condenan o repudian los actos de odio encuentran cierto confort en la capacidad de diferenciarse hábilmente de los grupos más vulnerables¹⁷². En suma, parece evidente a raíz de todo lo expuesto que «la agravación en el delito de odio conduce a un mayor castigo penal sobre la base de prejuicios influenciados por una pertenencia cultural»¹⁷³.

En una línea que podría considerarse más escéptica, DANCYGER/GREEN indican que, si bien es probable que los autores de delitos de odio tomen prestado ciertos aspectos del repertorio cultural disponible, el debate se sitúa más allá. En concreto, se plantean si existe algún tipo de vinculación entre la inclinación ciudadana a cometer delitos de odio y el trasfondo histórico que arrastran consigo ciertos Estados. A modo de ejemplo, se refieren a la violencia anti-inmigratoria que asoló Alemania a principios de 1990 y al

las actitudes de una persona no concuerdan con los comportamientos, tanto que se puede acabar discriminando o ejerciendo violencia sobre alguien sin que se hubiera concebido dicha posibilidad. Aun así, se puede mitigar esta incómoda situación de dos formas diferentes que devuelven el equilibrio deseado, sea modificando la actitud o sea modificando el comportamiento. El problema radica en que cuando una persona racionaliza el odio, no deja de ser odio, por lo que se entra en una espiral peligrosa: el odio aviva la violencia, que aviva el odio por ambas partes, que aviva todavía más la violencia, y así sucesivamente. STERNBERG/STERNBERG, *La naturaleza*, p. 19.

¹⁷¹ La aceptación social que existe al atacar a un hombre homosexual por su condición de tal se confirma cuando los agresores reciben un castigo insignificante o cuando son conscientes de que otras figuras relevantes de la sociedad –como los padres, los agentes del orden público, los líderes políticos o religiosos, etc.– le restan importancia al acto que se disponen a cometer o que acaban de cometer. Insinuar que la víctima homosexual ha sido la que ha invitado al agresor a cometer el delito por razón de un comportamiento inapropiado, o que el comportamiento delictivo es una «chiquillada pasajera», son claras muestras de esta aceptación social tan extendida. Igualmente, también existen supuestos en que el agresor busca exclusivamente una recompensa material o económica. De hecho, las personas homosexuales son especialmente vulnerables a los delitos contra la propiedad, debido a que el agresor extorsiona económicamente a su víctima mediante amenazas de destapar o de dar publicidad a la orientación sexual o las prácticas sexuales de la misma. En este caso los agresores también se están valiendo de la indiferencia o desconsideración social hacia la homosexualidad, ya que las víctimas tienen miedo a la posible reacción de familiares, compañeros de trabajo, agentes de policía o jueces que vaya a conocer de la noticia. Haciendo un balance general, las víctimas homosexuales acaban optando, en la mayoría de los casos, por entregar el dinero o no resistirse al agresor ante el riesgo de revelar una información tan sensible y con tantas implicaciones para ellos. WANG, «Hate crime», pp. 159-160.

¹⁷² Ampliamente desarrollado en WANG, «Hate crime», pp. 156-168.

¹⁷³ MERLE, “Cultural defense, hate crimes”, p. 8 (traducción propia).

resurgimiento simultáneo de partidos violentos de extrema derecha. En este contexto, era ciertamente tentador vincular de alguna forma esa nueva violencia al horror nazi. La conclusión a la que se llega es que no existen evidencias ni consenso académico suficiente al respecto¹⁷⁴.

Con todo, según lo previsto, asumimos cuando menos que existe un condicionamiento cultural que influye en la actitud de autor para la ejecución de los delitos de odio¹⁷⁵. No obstante, la doctrina también advierte de que es insuficiente este contexto cultural de cara a un entendimiento amplio del fenómeno. Al respecto, IGANSKI/LEVIN plantean un interrogante sugerente: «[S]i el prejuicio y la intolerancia están intrincadamente tejidos dentro de la fábrica socio-cultural de varias naciones, (...) entonces, ¿por qué sólo ciertas personas cometen actos de violencia por odio mientras otras en las mismas circunstancias no lo hacen?»¹⁷⁶. En busca de una respuesta válida, estos autores se decantan por adoptar una posición más bien ecléctica. A su entender, se debe buscar la interacción de lo cultural con el carácter, la motivación y las circunstancias personales o situacionales que convergen en el sujeto activo en algún momento determinado. HALL también lo entiende así, aunque para ello se descargue en el modelo propuesto por WALLER¹⁷⁷ y lo extrapole a la materia de los delitos de odio. De forma cumulativa, habríamos de referirnos a aquellos factores que hacen a los humanos iguales (la naturaleza del prejuicio) y aquellos

¹⁷⁴ DANCYGIER/GREEN, «Hate crime», p. 302.

¹⁷⁵ A mayor abundamiento, IGANSKI/LEVIN recogen algunas de las motivaciones que comportan la posterior comisión violenta de determinados delitos de odio. En específico, reflejan la violencia racial, la étnica y xenófoba, la homófoba y transfoba, y la ejercida contra personas con discapacidad. Para cada una de estas motivaciones con resultado delictivo, estos autores apuntan a la labor de legitimación y normalización que proyecta el contexto cultural en el agresor. IGANSKI/LEVIN, *Hate crime*, pp. 15-16, 18-21 y 26-27. «N. del T.»: Debido a que en el idioma originario del texto citado se usa el término *transphobic*, se ha hecho uso de la licencia de castellanizar este adjetivo (usado también como sustantivo) como «tránsfobo/a», a fin de salvaguardar su sentido originario. Si bien este vocablo no consta expresamente recogido por la RAE, se entenderá que se refiere a una persona que tiene o manifiesta «transfobia». Este último término, a su vez, alude a la discriminación, conductas y actitudes negativas hacia las personas transgénero o transexuales. Nuevamente, «transgénero» no es un vocablo aceptado por la RAE, aunque su extendido uso social justifica que con esta palabra nos refiramos a las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo que se les asignó al nacer.

¹⁷⁶ IGANSKI/LEVIN, *Hate crime*, p. 27 (traducción propia).

¹⁷⁷ Como explica el mismo HALL, en la obra *Becoming evil: how ordinary people commit genocide and mass killing* (2002) WALLER entiende que, aunque un acto de genocidio es claramente extraordinario, tal afirmación sólo puede explicarse a través de lo ordinario. Para ello se debe poner el foco de atención en el autor y no en el acto que indudablemente es fruto de una mezquindad extraordinaria. Siendo ello así, la imagen de autores psicóticos o adictos al sadismo se desmorona en casos como las más de 500.000 personas que participaron en el Holocausto judío o los más de 150.000 hutus del genocidio de Ruanda. Por tanto, como se viene proponiendo en el presente estudio, parece evidente que el odio es una expresión lógica y ordinaria del prejuicio que subyace a cualquier sociedad. Véase: HALL, *Hate crime*, pp. 120-121; WALLER, *Becoming evil* (2002).

factores que hacen a los humanos diferentes (pensamientos, sentimientos y comportamientos), contextualizando todo dentro de las influencias culturales y situacionales, dando igualmente cabida a los procesos psicológicos por los que las víctimas se vuelven excluidas¹⁷⁸.

Sobre los procesos conductuales y psicológicos que guían la voluntad delictiva de autor abundan las teorizaciones¹⁷⁹. De igual forma, además de lo cultural, es innegable que existen otros factores macro-causales (p.ej.: políticos, geográficos, económicos, etc.) que ayudan a aprehender mejor la compleja realidad detrás de este tipo de criminalidad¹⁸⁰. Sin ir más lejos, un reciente estudio elaborado por un grupo de investigación de la Universidad de Cardiff apunta a que la intoxicación alcohólica del agresor ha servido para explicar el 90% de los delitos de odio examinados en la muestra. Así, la ingesta de alcohol sirve como detonante para visibilizar actitudes y conductas de autor que, de otro modo, quedarían reprimidas en el fuero interno de la persona¹⁸¹. En cualquier caso, lo que interesa reflejar en este apartado es que el contexto sociocultural impacta de lleno en las creencias, las emociones y las tendencias conductuales de las personas¹⁸².

1.3.4. Reconocimiento y protección: diversidad e identidad cultural

La identidad cultural y la diversidad cultural son realidades indisociables¹⁸³, y de ahí el tratamiento unitario que se dispensará para ambas. Además, se construyen en torno al concepto matriz de cultura, que las colma de sentido. Por tanto, comenzaremos por asentar una definición operativa del concepto de cultura para que actúe de sostén y puente hacia las primeras. Antes bien, conviene tener presente que no se va a presentar una relación exhaustiva de documentos jurídicos sobre la materia, sino que se realizará un

¹⁷⁸ HALL, *Hate crime*, p. 121.

¹⁷⁹ Para un recorrido por las principales teorías propuestas desde la psicología social y la criminología, véase TURPIN-PETROSINO, *Understanding hate crimes*, pp. 77-102.

¹⁸⁰ Véase, al respecto, HALL, «Understanding hate crimes. Perspectives», pp. 81-91.

¹⁸¹ El estudio se basa en las experiencias personales de pacientes de servicios de urgencias hospitalarios en el *Royal Blackburn Hospital*, el *University Hospital of Wales* y la *Leicester Royal Infirmary*. Estos hospitales pertenecen a tres ciudades de Inglaterra y Gales (Blackburn, Cardiff y Leicester) escogidas precisamente porque la población residente es particularmente multiétnica, multicultural y multireligiosa. En total, fueron identificadas 23 víctimas de interés de entre 124 participantes en el estudio. Por tanto, en 101 casos la víctima no consideraba que el ataque sufrido estuviera motivado por prejuicios u hostilidad. De entre los autores de esas 23 víctimas, todos menos dos (21/23) actuaron bajo influencia alcohólica en el momento de los hechos. SIVARAJASINGAM/READ/SVOBODOVA/WIGHT/SHEPHERD, “Injury resulting from targeted violence”, pp. 295-308.

¹⁸² LEVIN/NOLAN, *The violence of hate*, p. 4.

¹⁸³ UNESCO, *Declaración de México* (1982), Principio Rector núm. 5.

rastreo general para identificar aquéllos cuyo reflejo suscite mayor interés al hilo de la argumentación que se vaya dando.

Según reza el preámbulo de la Declaración de la Conferencia Mundial de la UNESCO sobre las Políticas Culturales (1982), la cultura se define como “*el conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o un grupo social*”, especificando acto seguido que ello engloba, “*además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales al ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias*”¹⁸⁴.

De esta suerte, las diferentes formas que adquiere la cultura en un espacio-tiempo determinado son las que construyen la idea de diversidad cultural como patrimonio común de la humanidad¹⁸⁵. Además, lo que adquiere especial interés para el presente estudio, la diversidad cultural se manifiesta “*(...) a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados*”. Así reza precisamente el tenor literal del art. 4.1 de la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (2005), ratificada y vinculante para España. Más aún, se promueve la adopción de medidas estatales para crear un entorno que invite a ejercer, individual o grupalmente, tales expresiones de contenido cultural (art. 7.1.a de la Convención). Y se hace una llamada genérica a cuantas medidas se consideren necesarias para la protección y preservación de estas expresiones culturales (arts. 4.7 y 8.2 de la Convención).

Como decimos, la diversidad cultural se manifiesta a través de la originalidad y la pluralidad de sus identidades¹⁸⁶. Precisamente, la identidad cultural se determina por el conjunto de referencias culturales ya referidas¹⁸⁷, a través de las cuales, según se dispone en la Declaración de Friburgo de la UNESCO sobre Derechos Culturales (2007), “*(...)*

¹⁸⁴ UNESCO, *Declaración de México* (1982), Preámbulo.

¹⁸⁵ UNESCO, *Declaración universal* (2001), art. 1.

¹⁸⁶ UNESCO, *Declaración universal* (2001), art. 1.

¹⁸⁷ A las ya contenidas en la definición de cultura del 1982, la Declaración de Friburgo de la UNESCO sobre Derechos Culturales (2007) añade referencias a “*(...) las convicciones, los idiomas, los saberes (...), instituciones y modos de vida por medio de los cuales una persona o un grupo expresa su humanidad y los significados que da a su existencia y a su desarrollo*”. UNESCO, *Declaración de Friburgo* (2007), art. 2.a).

una persona, individual o colectivamente, se define, se constituye, comunica y entiende ser reconocida en su dignidad” (art. 2.b) de la Declaración de Friburgo). Esto equivale a tener que otorgar la consideración que merecen los derechos culturales como expresión y exigencia de la dignidad humana y, precisamente por ello, como parte integrante del acervo histórico de los derechos humanos (Considerando 2 y art. 1 de la Declaración de Friburgo). Por tanto, nada extraña que la promoción de su respeto sea la nota característica de numerosos instrumentos jurídicos internacionales, ya sea que estén más o menos especializados en su reconocimiento. En la medida que la salvaguarda de la dignidad constituye un imperativo ético y normativo, los derechos culturales “(...) *deben garantizarse sin discriminación alguna por motivos de color, sexo, idioma, religión, convicciones políticas o de cualquier otra índole, ascendencia, origen nacional o étnico, origen o condición social, nacimiento o cualquier otra situación a partir de la cual la persona define su identidad cultural*” (art. 1.a) de la Declaración de Friburgo).

En suma, el reconocimiento y compromiso estatal de tutela de estos extremos no admite lugar a dudas en el ámbito internacional. Más aún, encontramos una alusión explícita y positiva en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). En el art. 8.2 de la misma, se indica que “*los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica; (...); d) Toda forma de asimilación o integración forzada; e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos*”.

Y lo cierto es que el constitucionalismo español recoge varios focos relacionados con el multiculturalismo. En términos generales, se podría decir que se dispensa protección a la diversidad cultural a través del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), de la libertad de conciencia y religiosa (art. 16 CE) y del principio de igualdad (arts. 1.1, 9.2 y 14 CE) y no discriminación (art. 14 CE). Sin olvidar por ello que España es un Estado social y democrático de Derecho fundado en la dignidad de la persona y en los derechos inviolables que le son inherentes, así como en el respeto a los derechos de los demás (art. 10.1 CE). Aún más, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE).

Dentro de este marco constitucional que lleva a la génesis de un Derecho penal intercultural, PORTILLA CONTRERAS sostiene una argumentación clara y concisa: «España está obligada (...) a valorar penalmente la identidad cultural, lo que comporta la obligación de tener en cuenta las características o condiciones sociales y culturales de los integrantes de comunidades que afectan derechos tutelados por las normas ordinarias». En esta línea, el autor parece tenerlo claro cuando habla de la «*exigencia* dirigida a los jueces penales consistente en tomar en consideración las condiciones socio-culturales o costumbres del infractor (...) siempre que la conducta haya estado condicionada por aquellas circunstancias». En conclusión, «deben permanecer abiertas las figuras penales que permiten graduar el juicio de culpabilidad del infractor culturalmente motivado»¹⁸⁸.

Con todo lo referido hasta el momento se está en disposición ya de abordar la decisión político-criminal de tipificar los delitos de odio en el Código penal español. Como se verá en breve, esta categoría conecta de lleno con la filosofía del multiculturalismo. Para ello, es preciso presentar las dos grandes corrientes de pensamiento en las que se divide el debate del multiculturalismo: la de matriz comunitaria (comunitarismo) y la de corte liberal (liberalismo)¹⁸⁹. En general, sin entrar al detalle de las distintas derivas teóricas a las que se llega en ambas corrientes, se puede decir que los comunitaristas apelan al compromiso de que el Estado sea garante, custodio y promotor de las más variadas expresiones culturales, y que además lo sea de forma proactiva. Se revalorizan las diferencias culturales como bien esencial compartido y se consolida el respeto por las identidades culturales que dan cohesión a los colectivos. Desde el comunitarismo, sin duda alguna, se refuerza el compromiso estatal e internacional por preservar la diversidad cultural. Por tanto, desde una perspectiva político-criminal, los delitos de odio se pueden entender como defensa de lo culturalmentepreciado mediante el impedimento de su lesión o puesta en peligro (es decir, sea de forma anticipada o no). Desde estos postulados, la técnica de la agravación de la pena por motivos discriminatorios representa una respuesta eficaz a esa necesidad de protección¹⁹⁰.

¹⁸⁸ PORTILLA CONTRERAS, «El Derecho penal», p. 432. La referencia que hace el autor a la graduación de la culpabilidad como categoría de la teoría del delito se entenderá mejor más adelante, en el apartado «1.5.2. Agravante genérica del art. 22.4 CP: los claroscuros de su fundamento dogmático» *infra*.

¹⁸⁹ Sobre esta distinción, véase CARNEVALI RODRÍGUEZ, “El multiculturalismo”, pp. 10-16. Recuérdense también el estado de la cuestión anticipado en el apartado «1.1. Enfoques y Modelos de Aproximación Previos» *supra*, si bien en aquel momento el objetivo era guiar al lector por las diferentes sensibilidades de reconocimiento del carácter histórico de las victimizaciones por odio.

¹⁹⁰ Así se sugiere en BERNAL DEL CASTILLO, «Protección penal de minorías», pp. 19 y 23. En lo concerniente a la provocación a la discriminación, al odio y a la violencia, no ya a la agravación de la pena,

La agravante genérica por motivos discriminatorios representa el reverso de la denominada defensa cultural (*cultural defense*), la cual viene a permitir una atenuación o exención de la responsabilidad penal cuando nos encontremos ante un delito cometido por ideas, valoraciones o convicciones propias de una identidad cultural minoritaria. Lo que es delictivo para un sistema de cultura dominante es, a su vez, un acto sin trascendencia para el grupo cultural del delincuente. De ahí que parte de la doctrina marque cierta distancia entre lo que podría denominarse como un delito cometido por motivos culturales, en realidad, cualquier delito de odio (p.ej.: agresión a una persona con diversidad funcional), y un delito cultural o culturalmente motivado, esto es, una defensa cultural (p.ej.: la mutilación genital femenina)¹⁹¹. No obstante, MERLE subraya lo controvertido de afirmar que ambas realidades circulen en direcciones opuestas. De hecho, ambas estarían orientadas a proteger y beneficiar, parcial o completamente, a las mismas personas ante la aplicación de leyes ordinarias cuyo fundamento resida en una pertenencia cultural. De este modo, «mientras que la categoría de delitos de odio está supuestamente configurada para proteger a las minorías culturales de una mayor criminalidad de las que son víctimas, la defensa cultural pretende protegerlas de ser perjudicadas o castigadas con demasiada dureza por la aplicación de la ley»¹⁹².

La lógica del liberalismo es bien distinta. Aun cuando la prevención de lesión a los derechos de las minorías culturales sigue siendo una apuesta de control social, no se aprecia ningún atisbo de reconocimiento a la diferencia. Más bien todo lo contrario, puesto que se busca diluir las diferencias en favor de la neutralidad estatal. Desde este escenario tan particular, «lo que [de verdad] interesa tipificar es la negación de los

ALCÁCER GUIRAO se pronuncia en los siguientes términos de interés: «[E]l comunitarismo justificará la restricción del discurso del odio en aras a proteger el honor de las personas y de las propias comunidades étnicas, raciales o religiosas. En efecto, si la pertenencia a una determinada comunidad étnica o religiosa es *constitutiva* de la identidad de la persona, todo discurso dirigido contra las características que definen esa comunidad supondrá, *per se*, un daño a la identidad –al honor, a la dignidad– de la persona»¹⁹⁰. Véase, indistintamente: ALCÁCER GUIRAO, “Diversidad cultural, intolerancia”, p. 14; ALCÁCER GUIRAO, «Diversidad cultural, discurso del odio», p. 96. Ampliamente, para un mayor desarrollo, véase: BROWN, *Hate speech law*, pp. 160-186; HAREL, «Hate speech», pp. 306-326.

¹⁹¹ En esta línea se sitúa SANZ MULAS, quien defiende que los delitos culturales o culturalmente motivados son una «expresión no sólo de la cultura del individuo sino también del grupo étnico, minoritario en el país de acogida, al que éste pertenece, de modo que se podría afirmar que todos sus componentes se habrían comportado del mismo modo». Sobre los delitos culturalmente motivados en particular, concluye lo siguiente: «[D]elito culturalmente motivado sólo es aquél que constituye el ejercicio del derecho a la propia cultura, pues al cometerlo el autor permanece fiel, consciente o inconscientemente, a su propia cultura minoritaria. Esto es, el que actúa motivado por su cultura, lo hace creyendo obrar bajo el convencimiento de que el Derecho penal no obliga a quienes, como él, se comportan de acuerdo con las normas imperantes de su comunidad». SANZ MULAS, *Delitos culturalmente motivados*, p. 34.

¹⁹² MERLE, “Cultural defense, hate crimes”, pp. 8-9 (traducción propia).

derechos que son comunes a todos los ciudadanos (Derecho penal antidiscriminatorio), con independencia de que aquellas características que son propias de las personas: raza, religión, etc. impidan el acceso a esos derechos y libertades ciudadanas»¹⁹³. Y, quizás, esa pulsión por la igualdad de derechos ante la ley haya motivado la intervención penal expansiva como política-criminal antidiscriminatoria vigente en nuestro entorno cultural. De hecho, en esta línea anterior, BERNAL DEL CASTILLO critica la desmesura en la enumeración de características protegidas por la agravante genérica por motivos discriminatorios en España. No obstante, también señala otros expansionismos punitivos que orbitan sobre pretextos libelares. Este sería el caso de la negación a una persona de derechos concretos y particulares mediante la comisión de delitos de corte discriminatorio directamente tipificados por el Código penal, o mediante la anticipación punitiva característica de los actos delictivos de incitación o provocación a la discriminación¹⁹⁴.

1.3.5. Tutela penal de grupos/colectivos protegidos

El uso de etiquetas tales como «grupo social», «grupo cultural» o «minoría» está hoy muy extendido en el lenguaje jurídico-político¹⁹⁵. Por ello, en la medida de lo posible, conviene aclarar primero las fronteras de tales términos, partiendo como haremos desde una perspectiva en clave sociológica.

Según LUCAS MARÍN, con la alusión a *grupo social* no nos estaríamos refiriendo en modo alguno a un mero agregado o acumulación de individuos. Muy al contrario, para que exista un grupo deben darse varias condiciones: i) una pluralidad de personas (dos o más); ii) una situación en que esa pluralidad de personas interaccione mutuamente y de forma relativamente duradera entre sí; y iii) relaciones específicas que distingan al grupo de otros. De esta forma, el autor sostiene lo siguiente: «[L]a interacción específica continuada es la que hace nacer la conciencia de grupo, que los sujetos que lo componen tomen sentido de pertenencia y empiecen a distinguir entre el «nosotros» (*in group*) y el «ellos» (*out group*). El sentido de la pertenencia se manifiesta normalmente en el

¹⁹³ BERNAL DEL CASTILLO, «Protección penal de minorías», p. 20.

¹⁹⁴ BERNAL DEL CASTILLO, «Protección penal de minorías», pp. 21-22.

¹⁹⁵ Mención aparte merece el uso (y abuso) que se ha hecho en la literatura más especializada del término «colectivo vulnerable», el cual ha ido ganando un interés notable de un tiempo a esta parte. No obstante, es un término que no ha estado falto de críticas, por lo que nos reservamos para más adelante el tratamiento diferenciado y particular que recibirá en este estudio. En concreto, véase el apartado «3.3.2.1. Vulnerabilidad del colectivo y afectación supraindividual» del *Bloque III*.

fenómeno del etnocentrismo, que tiende a considerar superior lo perteneciente al propio grupo»¹⁹⁶. No obstante, CISNEROS ÁVILA rehúye de lo anterior y subraya las carencias de esta visión puramente sociológica, ya que no concreta lo que debe entenderse por grupo social en el marco de la diversidad cultural (esto es, lo que se conoce como «grupo cultural»). A este fin, delega los esfuerzos de mayor concreción al campo de la filosofía política o de la filosofía del derecho¹⁹⁷. Rastreando tales disciplinas, entendemos que el análisis de GIANNI¹⁹⁸ puede servir de referencia para aclarar en base a qué criterios se determina si un grupo constituye un *grupo cultural* o no. Según este autor, en función del significado que atribuyamos al concepto cultura, serán dos las principales concepciones que doten de sentido al multiculturalismo. En concreto, la concepción estricta/restringida y la concepción amplia.

La concepción estricta/restringida se asienta sobre una definición formal de cultura, para valorar acto seguido qué grupos sería posible que encajasen en tal definición y, por tanto, se configurasen como grupos culturales. Para este autor, la definición de KYMLICKA sobre cultura sociológica o cultura societal (*societal culture*) sería la definición formal más completa. Así, la definición de cultura societal es la siguiente: «[U]na cultura que proporciona a sus miembros unas formas de vida significativas a través de todo el abanico de actividades humanas, incluyendo la vida social, educativa, religiosa, recreativa y económica, abarcando las esferas pública y privada. Estas culturas tienden a concentrarse territorialmente, y se basan en una lengua compartida»¹⁹⁹. De esta forma, solamente encuentran encaje en esta definición los grupos completos, esto es, aquellos que ostenten un conjunto más o menos estable y coherente de rasgos identitarios (p.ej.: una religión, un idioma, un origen étnico, una historia, una tradición, etc.). Este sería el caso de los aborígenes, las minorías nacionales o los grupos de inmigrantes²⁰⁰. Con todo, nótese que ciertos grupos socialmente desfavorecidos o relegados al ostracismo social (piénsese, por ejemplo, en los homosexuales, las mujeres o las personas con

¹⁹⁶ LUCAS MARÍN, *Introducción a la sociología*, pp. 93-94.

¹⁹⁷ CISNEROS ÁVILA, *Derecho penal y diversidad cultural*, p. 55.

¹⁹⁸ Matteo GIANNI es Profesor Asociado en el Departamento de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Universidad de Ginebra (Suiza), así como Vicedecano de la Facultad de Ciencias Sociales de la misma Universidad. Su campo de especialización es la teoría política contemporánea, y en particular la teoría de la ciudadanía, de la integración y del multiculturalismo. En lo sucesivo y por su especial interés, las remisiones que se realicen en el texto deben entenderse realizadas a GIANNI, “¿Cuál podría ser la concepción liberal?”, pp. 13-58.

¹⁹⁹ KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural*, p. 112.

²⁰⁰ ARLETTAZ, “Dos modelos frente a la diversidad cultural”, pp. 202 y 214 (véase la nota al pie núm. 6).

discapacidad) no encajarían en esta forma de entender el multiculturalismo a través de la concepción estricta/restringida. Se trata, en suma, de colectivos que comparten algunos trazos particulares, en forma de cruce de variables, que los diferencian de la mayoría social en aspectos tales como los valores, estilos de vida e intereses, aunque sin llegar a satisfacer las notas de estabilidad, inmutabilidad y coherencia identitarias predicables de aquellos otros grupos que sí constituyen una cultura sociológica.

En cambio, al contrario de lo que se ha dicho para la concepción estricta/restringida, la concepción amplia no hace uso de una definición formal de cultura. Es decir, no fía todo a que los diferentes grupos que aspiran a constituir un grupo cultural deban primero encajar en ella. Esta concepción amplia, según indica el autor, «se concentra más directamente en lo que hacen (en el ámbito social y político) diferentes individuos situados en diferentes culturas». Por ello, se deduce, «la visión amplia incluye un mayor espectro de grupos sociales y culturales que son considerados como parte de la realidad multicultural». Y, si acaso, lo que es más importante: «[E]l multiculturalismo no afecta únicamente a las demandas expresadas por los miembros de culturas sociológicas, sino también a las demandas expresadas por los miembros de subculturas en una cultura sociológica determinada. Esto significa que diferencias como el sexo, la orientación sexual, la discapacidad, incluso la edad (...) también forman parte de la realidad multicultural. Las personas que pertenecen a dichos grupos se considera que comparten una identidad considerada “importante” con respecto a la interpretación de su autonomía, preferencias, elecciones y concepción del bien»²⁰¹. La máxima valedora académica de la concepción amplia del multiculturalismo es YOUNG, quien destaca el sentimiento de afinidad de los integrantes como clave identificativa de grupo²⁰².

Por otro lado, DE LUCAS MARTÍN realiza una afirmación en torno al concepto de *minoría* que es lo suficientemente sugerente como para captar cómo se sobredimensiona

²⁰¹ GIANNI, “¿Cuál podría ser la concepción liberal?”, pp. 28-29.

²⁰² Se recogen a continuación unas breves palabras de YOUNG, quien alude directamente a grupo social en vez de grupo cultural: «[U]n grupo social es un colectivo de personas que se diferencia de al menos otro grupo a través de formas culturales, prácticas o modos de vida. Los miembros de un grupo tienen afinidades específicas debido a sus experiencias o forma de vida similares, lo cual los lleva a asociarse entre sí más que con aquellas otras personas que no se identifican con el grupo o que lo hacen de otro modo. Los grupos son expresiones de las relaciones sociales; un grupo existe solo en relación con al menos otro grupo. Es decir, que la identificación de un grupo acontece cuando se produce el encuentro e interacción entre colectividades sociales que experimentan diferencias en su forma de vida y en su forma de asociación, aun si consideran que pertenecen todas a la misma sociedad». YOUNG, *La justicia*, pp. 77-78.

este concepto en comparación con los dos anteriores (grupo social y/o grupo cultural). Y es que «no hay definición de minoría sin el carácter cuantitativamente reducido del grupo y sin la referencia a signos de identidad, pero lo decisivo es la referencia a un contexto social o jurídico-político/institucional más amplio, que define los cánones de normalidad/desviación y (dis)valora históricamente esas características diferenciales, *produciendo la minoría, minorizando al grupo en cuestión*». Precisamente, a raíz de lo anterior, podemos referirnos también a «mayorías minorizadas», cuyo mejor ejemplo sigue siendo el de la mayoría negra que sufrió el sistema político de segregación racial, más conocido como *apartheid*, en Sudáfrica²⁰³. En definitiva, según PÉREZ DE LA FUENTE, «una minoría depende más que de la posesión de unos rasgos determinados, de la valoración contextual de la importancia de esos rasgos en el marco de una relación política o jurídica»²⁰⁴.

Llegados a este punto, es preciso explorar la utilidad que tienen estas pre-comprensiones en el contexto de la criminalidad por odio. Para ello, sirva de antemano una pequeña muestra de las tendencias legislativas dominantes en esta materia en relación con la protección de colectivos. Desde un enfoque regional, la OSCE facilita información sobre las categorías protegidas (p.ej.: raza, etnia, religión, etc.) –a su vez, vinculadas a ciertos colectivos (p.ej.: personas negras, árabes, etc.)– que tendrían mayor presencia a nivel legislativo en el conjunto de Estados miembros de esa organización. De esta forma, según la prevalencia de aparición, la OSCE destaca las categorías «más frecuentemente protegidas», seguidas de las «frecuentemente protegidas» y de las «raramente protegidas». Dentro del escalafón más alto se contemplan las siguientes: raza, racismo, color, origen nacional, nacionalidad, ascendencia, descendencia, etnia, origen étnico, etnicidad y religión. Según la OSCE, estas características citadas se corresponden con las originarias de aquellos primeros periodos en que se puso en marcha la maquinaria legal para combatir la criminalidad por odio. En suma, aglutinan la esencia misma de toda legislación contra los delitos de odio²⁰⁵. En el segundo nivel, en cambio, se nombran las categorías de género, edad, discapacidad física o mental y orientación sexual²⁰⁶. En último

²⁰³ DE LUCAS MARTÍN, “Algunos problemas”, p. 101 (véase la nota al pie núm. 13).

²⁰⁴ PÉREZ DE LA FUENTE, *Pluralismo cultural*, p. 232. Esta lógica de lo que se entiende por minoría nos retrotrae a la lectura anteriormente referida, implantada por PERRY, sobre el entendimiento de los delitos de odio como fenómeno estructural de fuerte raigambre social. Véase el apartado «1.1. Enfoques y Modelos de Aproximación Previos» *supra*.

²⁰⁵ OSCE/ODIHR, *Hate crime laws* (2009), pp. 40-43.

²⁰⁶ OSCE/ODIHR, *Hate crime laws* (2009), pp. 43-44.

término, encontramos ejemplos de categorías residuales o ciertamente anecdóticas, como puedan ser el estado civil, el nacimiento, el nivel educativo, la riqueza, la clase, la propiedad, la posición social, la ideología o afiliación política y el servicio militar²⁰⁷.

Por otro lado, como se verá más adelante, la legislación penal española también se ha ido reinventando con el paso de los años de una forma proclive a la ampliación de categorías protegidas. De esta suerte, los preceptos de nuestro Código penal han partido de conductas estrictamente xenófobas, esto es, de las recogidas en el primer nivel de la clasificación de la OSCE, para acabar diluyéndose como una parte más del todo. Es decir, se ha transitado lenta pero ininterrumpidamente hacia una tutela penal sin contenciones de ningún tipo. De hecho, LANDA GOROSTIZA recuerda en este sentido la influencia en el legislador del principio de igualdad *in toto*, o lo que es lo mismo, «la idea de la igualdad como objeto genérico de regulación sin hacer distinciones entre los variados fenómenos de trato arbitrario diferencial o discriminatorio según el origen étnico, la ideología, el sexo, etcétera»²⁰⁸. En todo caso, una aproximación literal se alejaría del concepto de minoría antes referido, puesto que «parece prescindir de esta mirada selectiva de protección del débil frente al fuerte, del necesitado frente al empoderado», mientras lo que se estaría sugiriendo sería más bien «abrir el arco de tutela penal a cualquier trato injusto y arbitrario lesivo del principio de igualdad»²⁰⁹.

No obstante, según desarrolla MASON, esta línea de evolución legislativa liberal plantea paradojas interesantes. El *statu quo* de privilegiar a ciertas víctimas que han conseguido acceso legislativo para dejar otras en el camino, por más reformas de inclusión que se realicen²¹⁰, seguirá poniendo en cuestión el principio de igualdad ante la ley. Aún más, esta dinámica vaciaría de sentido toda disposición sobre delitos de odio que proteja ciertas categorías y no otras, puesto que no podría justificarse tal vocación dispersiva por parte del legislador. A su vez, teniendo en cuenta el sentido marcadamente antixenóforo de las categorías contenidas en las legislaciones contra los delitos de odio

²⁰⁷ OSCE/ODIHR, *Hate crime laws* (2009), p. 44.

²⁰⁸ LANDA GOROSTIZA, “El modelo político-criminal”, p. 172.

²⁰⁹ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, p. 46.

²¹⁰ Recientemente, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia ha incorporado, por ejemplo, la *aporofobia* o la *edad* como categorías protegidas dentro de la agravante genérica por motivos discriminatorios del art. 22.4 CP (DF 6, apdo. 1). Véase el apartado el apartado «1.5.2. Agravante genérica del art. 22.4 CP: los claroscuros de su fundamento dogmático» *infra*.

originarias, parece razonable pensar que el principal objetivo de tales legislaciones fue paliar toda manifestación de intolerancia exclusivamente contra minorías oprimidas o estigmatizadas²¹¹. Por todo lo anterior, nuevamente LANDA GOROSTIZA deja abierta la puerta a una interpretación típica que supere la anterior aproximación liberal, de tal forma que nos lleve a «subrayar criterios de identificación de los ataques penalmente relevantes como aquéllos que afectan a colectivos que arrastran un cierto estigma en términos de marginación, vulnerabilidad, discriminación u hostilidad empírica e históricamente constatada en términos de realidad social»²¹². En esta misma línea, según BAKALIS, la idea es que se protejan y preserven «valores sociales más amplios» (*broader societal values*), si bien no podemos ser completamente ajenos a la realidad en la que vivimos: los delitos cometidos contra determinados grupos son mucho más nocivos y perjudiciales para la sociedad que los dirigidos frente a otros²¹³.

En conclusión, parece evidente que existe una tensión terminológica que condiciona la construcción conceptual posterior del fenómeno de los delitos de odio. Esta tensión, a su vez, hunde sus raíces en la polarización y riqueza de aportaciones existente en el debate sobre la gestión de la diversidad, que supera con mucho las fronteras del Derecho penal. Por tanto, en lo que al presente estudio respecta, nos referiremos indistintamente a *minorías y grupos sociales o culturales*²¹⁴, siendo conscientes ya de las causas e implicaciones que conlleva un posicionamiento de estas características. En todo caso, teniendo en cuenta las categorías legalmente recogidas en la actualidad por las normas penales vinculadas a los delitos de odio, parece evidente que toda referencia a grupos sociales o culturales estará supeditada a una concepción amplia de multiculturalismo.

1.4. Estándares Supranacionales de Proscripción

En abstracto, el marco internacional y regional europeo de protección ofrece en la actualidad una amplia y rica panorámica en materia de delitos de odio. Aun así, supera con mucho los límites del presente estudio analizar con profusión todos los textos legales

²¹¹ MASON, «Legislating», p. 64. Véase cómo nacen y con vocación de qué nacen las legislaciones contra los delitos de odio en el apartado «1.1. Enfoques y Modelos de Aproximación Previos» *supra*.

²¹² LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, p. 46.

²¹³ BAKALIS, «Gender as a protected characteristic», pp. 74-75.

²¹⁴ Recuérdese, asimismo, que el concepto de *colectivos vulnerables* también recibirá tratamiento propio y diferenciado en el presente estudio. Ampliamente, véase el apartado «3.3.2.1. Vulnerabilidad del colectivo y afectación supraindividual» del *Bloque III*.

vinculados a esta temática, ya que incluso la mera voluntad de hacerlo se antoja poco menos que impracticable si lo que se pretende es dibujar una línea expositiva clara. En función de esta lógica que guiará la redacción, se asume la labor de presentar al lector los instrumentos jurídicos más representativos sobre la materia objeto de estudio. Una materia que, siguiendo la estructura que sigue el estudio en su conjunto²¹⁵, debe adecuarse a los fines previamente estipulados para la elaboración del *Bloque I*. Por ello, atenderemos desde diferentes ángulos de aproximación (ámbito universal, ámbito regional europeo y ámbito de la Unión Europea) los instrumentos que conecten con el modelo agravatorio de pena (delitos de odio *stricto sensu*).

Antes bien, se expondrán las dos formas tan diferentes de abordar un mismo problema a ambos lados del Atlántico (tendencias político-criminales). Si bien en este punto se pondrá un mayor énfasis en el sistema de justicia penal estadounidense, ello se debe a que la cuna del modelo agravatorio de pena por motivos discriminatorios radica justamente en ese lugar²¹⁶, al margen de que más adelante haya pasado a convivir –en ordenamientos jurídicos europeos como el español– con figuras autóctonas europeas, como pudiera ser el caso del delito de la provocación al odio, discriminación o violencia²¹⁷. En concreto, con mayor o menor alcance, países como Italia (1993), Francia (1994) y Portugal (1995) fueron pioneros en el desplazamiento trasatlántico del modelo político-criminal estadounidense de la agravación de la pena, interviniendo antes de que lo hiciera España a través de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Tras este primer apartado introductorio, entonces sí, pasaremos a explicar los instrumentos jurídicos más importantes en materia antidiscriminatoria y/o de delitos de odio.

A partir de aquí, se empleará una estructura piramidal para organizar contenidos. En primer lugar, conviene partir de una base formada por múltiples instrumentos jurídicos que proscriben los delitos de odio esencialmente desde una vertiente generalista de prohibición de la discriminación. En segundo lugar, como se verá, destacan los escasos instrumentos jurídicos que asuman frontalmente la lucha contra los delitos de odio como tales. Finalmente, y no por ello menos importante, se observará el auge expansivo de una

²¹⁵ Nos remitimos aquí al bloque relativo a la *Introducción*, previo al *Bloque I* en el que nos encontramos.

²¹⁶ Sobre la génesis de las legislaciones contra los delitos de odio en los Estados Unidos, nos remitimos al apartado «1.1. Enfoques y Modelos de Aproximación Previos» *supra*.

²¹⁷ Esta última figura será ampliamente estudiada a lo largo del *Bloque III* del presente estudio.

serie de concreciones de documentos no vinculantes o de *soft law* (p.ej.: en forma de declaraciones, recomendaciones, resoluciones, programas de acción, etc.), que tienden a ofrecer un alto grado de especialización sobre la materia a examen.

1.4.1. Tendencias político-criminales. Especial atención al modelo agravatorio de pena en el sistema de justicia estadounidense y los medios de control constitucional a su alcance

La lucha político-criminal centrada en los delitos de expresión nos plantea una «doble pre-comprensión hermenéutica alternativa»²¹⁸ (dimensión individual y dimensión colectiva), que abrirá de alguna forma la senda más o menos garantista que los Estados decidan transitar. Por un lado, como decimos, se tiene la opción de ser más o menos garantista a la hora de poner «frenos» al derecho fundamental a la libertad de expresión (dimensión individual), lo que tiende a corresponderse inversamente con un reconocimiento más o menos acusado a los diferentes colectivos históricamente discriminados (dimensión colectiva).

La pre-comprensión hermenéutica de base colectiva, de matriz europea, habría tratado de evitar que se sienten las bases para un escenario pre-genocida que tan presente está en la memoria histórica colectiva del continente europeo. Se opta entonces por situar en la centralidad de la legislación penal figuras (p.ej.: delito de incitación al odio, discriminación o violencia) que filtren y depuren el contenido expresivo que sea idóneo para la movilización de masas²¹⁹. Con ello los diferentes ordenamientos jurídicos se decantan por el adelantamiento de la intervención penal con vistas a evitar un «mal mayor», pero con el riesgo siempre presente de estar contribuyendo con ello a un expansionismo desmedido e intolerable del Derecho penal. Mientras tanto, la pre-comprensión hermenéutica de base individualista, de matriz estadounidense, promueve la igualdad entre individuos. De esta forma, la igualdad indiferenciada evita la realización de cribados y la imposición de filtros al lenguaje por razón de supuestas deudas históricas que pareciera que nunca terminan de saldarse del todo para compensar el daño ocasionado por décadas a determinados colectivos oprimidos. En este caso, la espina dorsal de la

²¹⁸ En estos mismos términos y resumiendo la misma idea que pasa a exponerse a continuación, véase: GÓMEZ MARTÍN, «¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad?», pp. 188-192; GÓMEZ MARTÍN, «Incitación al odio y género», pp. 2-6; GÓMEZ MARTÍN, «Incitación al odio y género», pp. 178-181; GÓMEZ MARTÍN, «Incitación al odio y a la discriminación de género», pp. 186-190.

²¹⁹ Sobre el modelo jurídico de excepción que se diseña en Europa tras la II Guerra Mundial, véase la introducción al apartado «3.2.2.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos» del *Bloque III*.

legislación penal la ocupan las disposiciones relativas a la agravación de la pena por la comisión de un delito por motivos discriminatorios. El modelo de agravación de la pena, como se verá en breve, es el que ha logrado prevalecer y ha salvado su conformidad a la Constitución americana sorteando cualquier tipo de conflicto con la Primera Enmienda²²⁰.

Con todo, algunas legislaciones como la española han decidido aunar esfuerzos y plantear un modelo mixto de acción penal, de tal forma que actualmente se combinan figuras de provocación junto con otras de agravaciones de pena, dejando eso sí demasiado margen a la labor exegética de jueces y tribunales para fijar –y, muchas veces, acotar– el ámbito de aplicación de cada una. Junto con lo anterior, cabe recordar que existe una clara inercia expansiva de traslado de la política-criminal europea a la política-criminal nacional, a consecuencia de los compromisos que derivan de las directrices y pautas a escala supranacional. Y el hecho de que existan realidades nacionales muy variadas (p.ej.: realidad constitucional, sensibilidad y puesta en valor de los diferentes intereses en juego, conformación interétnica de una sociedad, etc.), unido a que los instrumentos supranacionales nunca llegan a condicionar del todo el margen de maniobra estatal, enriquece la variabilidad en la redacción de los tipos penales. Es decir, los tipos penales podrán tener una mayor o menor capacidad de absorción de conductas punibles. Por tanto, el círculo se cierra creando una cultura jurídica, sea española o europea, que en este caso sí que entiende de fronteras.

El modelo híbrido o mixto español, como tantos otros, es deudor en parte del estadounidense, al menos en tanto que este último exporta las figuras de agravación de la pena para pasar a convivir con las figuras autóctonas –o más reconocibles– de incitación o provocación. Por lo demás, Estados Unidos representa el epicentro en que tuvieron lugar los primeros debates judiciales y extrajudiciales, e incluso posibles interferencias y solapamientos, entre los distintos modelos. Por todo lo anterior, y porque la visión europea trufará el resto del trabajo por su relevancia e influencia sobre el ordenamiento jurídico español, nos centraremos ahora en ofrecer una visión mínima pero muy ilustrativa sobre los perímetros de sanción penal de ciertos discursos y acciones con marca de odio en los Estados Unidos. Esto de seguro ayudará a comprender mejor cómo ha quedado configurada la doctrina estadounidense moderna en torno a la libertad de expresión.

²²⁰ La Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos reza lo siguiente: “*El Congreso no hará ley alguna (...) que coarte la libertad de expresión*”.

Pues bien, se podría decir que las *fighting words* o «expresiones beligerantes» han constituido las figuras delictivas que vendrían a ser homologables a los tipos o conductas de provocación en Europa²²¹, siendo así que representan una parcela pequeña del fenómeno más amplio conocido como discurso de odio (*hate speech*). En palabras de VIVES ANTÓN, que irán ganando peso según se avance en este estudio, la *fighting words* representan más bien «injurias absolutas»²²². En el caso *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), el Tribunal Supremo de los Estados Unidos desarrolla la doctrina de las *fighting words* y expone que existen unas determinadas clases de expresiones²²³ que, al quedar extramuros de la libertad de expresión²²⁴ –el bien superior alegado en el caso concreto– su sanción penal no reviste mayores impedimentos constitucionales. Parafraseando al Tribunal Supremo, “*se ha observado acertadamente que estas expresiones no constituyen un componente esencial de la exposición de ideas y que revisten un valor social tan insignificante para la búsqueda de la verdad que cualquier beneficio que pudieran aportar se ve ampliamente superado por el interés social en el orden y la moralidad*” (traducción propia). Así, entre las expresiones en cuestión, “*(...) se incluyen las de carácter lujurioso y obsceno, las groseras, las difamatorias y las insultantes o beligerantes*” (traducción propia), siendo así que todas ellas, por su mera exposición, causan un daño (*inflict injury*) o tienden a incitar una perturbación inmediata de la paz (*tend to incite an immediate breach of the peace*)²²⁵.

²²¹ LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal*, p. 109.

²²² VIVES ANTÓN, «Sobre la apología», p. 506.

²²³ Décadas más tarde se sentaría doctrina sobre lo que hoy en día se entiende por «expresión» sujeta a protección constitucional a través de la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos. En concreto, en el caso *Spence v. Washington* (1974), se estipula que tanto palabras como acciones constituyen «expresión» si (i) existe la intención de expresar un mensaje en particular y, (ii) tomando en consideración las circunstancias que rodean el acto, sea muy probable que el mensaje se comprenda por parte de los que ven o escuchan.

²²⁴ En las líneas que siguen se irá desarrollando cuáles son, además de las *fighting words*, las áreas/nichos históricamente exceptuados de la protección constitucional que brinda la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, posibilitando con ello el siempre controvertido control gubernamental de contenidos expresivos.

²²⁵ El fallo de *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942) trajo consigo numerosas críticas por las presunciones que en él se hacían. En concreto, se parte de la idea de que existen ciertas palabras que, de forma mecánica y según sean expresadas, o bien causan un daño o bien tienden a incitar una perturbación inmediata de la paz. Se trataría de una eficacia inherente al propio discurso al articularse ciertas palabras. Todo ello parece darse por sentado sin importar en absoluto el receptor concreto del mensaje y sus circunstancias (p.ej.: experiencias personales o diferentes sensibilidades con según qué temas). Además, la asunción de que existe una correlación directa entre discurso y la eficacia del mismo en los llamados a una u otra acción no es exclusiva de la doctrina de las *fighting words*. Otras doctrinas, igualmente emparentadas con eventuales restricciones al discurso expresivo de odio (p.ej.: *clear and present danger test*) y que se introducirán al lector en las líneas que siguen, también habrían asumido este enfoque. Si bien en estos casos no se contienen pronunciamientos tan explícitos como el contenido en *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), sí que los Tribunales han articulado en sus opiniones –y de forma velada– estas mismas suposiciones sobre la eficacia inherente del discurso. Con todo, un análisis más sosegado sobre este aspecto se posterga para más adelante,

Sin embargo, la evolución judicial americana realizó un giro copernicano a comienzos de los noventa, a raíz de la archiconocida resolución judicial que pone fin al caso *R.A.V. v. St. Paul* (1992)²²⁶. En este caso, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos sucumbió ante el denominado libre mercado de las ideas y la primacía de la libertad de expresión. En particular, la sentencia matiza que la razón por la cual las expresiones beligerantes están categóricamente excluidas de la protección constitucional a la libertad de expresión “(...) *no es porque su contenido comunique alguna idea particular, sino porque su contenido personifica una particularmente intolerable (y socialmente innecesaria) forma de expresión con independencia de cuál sea la idea que el emisor desee expresar*” (traducción propia). En suma, se instaura en este ámbito la doctrina del «discurso como conducta» (*speech-as-conduct rationale*), permitiendo restringir expresiones no por su contenido expresivo, sino por los aspectos no-expresivos²²⁷. De esta forma, la legislación no puede ser selectiva (*content-neutrality test*) a la hora de imponer limitaciones al discurso (como lo sería al invocar la raza, el color, el género o la religión), ya que existiría la posibilidad de que se esté persiguiendo dificultar la expresión de ideas particulares, a la vez que se permite usar *ad libitum* cualesquiera expresiones beligerantes que no caigan dentro de las redes de esas restricciones tasadas. Por todo lo expuesto, parece frustrarse definitivamente el enfoque americano en este campo de batalla legal (es decir, el de los

concretamente para el apartado «3.1.2. *La eficacia del discurso incitador y la crítica desde la filosofía de la comunicación de BAILEY*» del Bloque III.

Esta doctrina de las *fighting words* se irá relativizando fundamentalmente a partir de la década de los sesenta. Se va perdiendo la asunción de que ciertas palabras generan por sí mismas un efecto determinado. A partir de aquí, NEIER resume la doctrina de las *fighting words* refiriéndose a que buscan «permitir el castigo a una persona que, en un encuentro personal, cara a cara, dice algo que resulta tan insultante a título personal que provoca una reacción inmediata y no planeada». De esta forma, las palabras tienen que tener la capacidad de provocar ese efecto en unas circunstancias determinadas. En tales casos, será la paz y la tranquilidad pública aquello que se perturba. Véase NEIER, *Defendiendo a mi enemigo*, p. 121. Para las críticas alrededor de esta doctrina según quedó instaurada, así como para un desarrollo posterior de la misma, véase HERBECK, «Chaplinsky v. New Hampshire», pp. 85-99.

²²⁶ A continuación, una breve síntesis de los hechos: «[E]l acusado, junto con unos amigos, prendió durante una noche tres cruces de fuego en las inmediaciones de la casa de una familia de raza negra. Se le imputaba haber transgredido la prohibición de «*expresiones provocadoras*» [esto es, beligerantes] (*fighting words*) que proscriben determinadas palabras y conductas, entre otras expresamente la quema de cruces, cuando el autor sabe o debería saber que su conducta enoja, atemoriza o altera los estados de ánimo por razón de la raza, el color, la confesión, la religión o el sexo. El acusado sostenía que su comportamiento estaba amparado por la libertad de expresión y que, por ello, el precepto prohibitivo en cuestión era anticonstitucional». LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal*, pp. 109-110.

²²⁷ En *R.A.V. v. St. Paul* (1992) se explica que “*las características no protegidas [por la Primera Enmienda] de las palabras son, a pesar de su carácter verbal, esencialmente un elemento de comunicación "no verbal". Las fighting words [o expresiones beligerantes] son, por lo tanto, análogas a un camión que resulta ser muy ruidoso. (...) El Gobierno no puede regular el uso basado en la hostilidad –o el favoritismo– hacia el mensaje subyacente expresado*” (traducción propia). Es decir, siguiendo con el símil, el Gobierno puede prohibir el hecho de superar determinados decibelios (*content-neutral regulation*), pero no puede entrar a determinar si el sonido del camión es el que hay que prohibir por encima de otros sonidos artificiales (o humanos) que sean igualmente ruidosos o molestos (*content-based restrictions of speech*).

tipos penales de provocación al odio) que es de candente actualidad –todavía hoy– en la vieja Europa.

Sin embargo, el principio instaurado de «*la conducta es punible, el discurso se protege*» no pareció convencer a todo el mundo, por lo que el debate acerca del por qué ciertas expresiones no quedaban amparadas por la Primera Enmienda se volvería a abrir. VOLOKH fue uno de los que estimularon el debate a nivel académico, recordando que existen áreas o nichos²²⁸ que históricamente han servido como excepciones a la protección que otorga la Primera Enmienda (*true-exception rationale*)²²⁹. Lo que han venido haciendo los tribunales es ir delineando las fronteras de tales áreas/nichos, de tal forma que en este momento no representan simples «casos especiales» al principio antes referido de que sólo el discurso como conducta –y no el contenido del discurso– caería fuera del amparo constitucional. Son, en cambio, «reglas diseñadas de forma separada», que permiten al Gobierno castigar discursos sobre la base de su contenido y en circunstancias particulares, en las que entrará en juego tanto el daño proyectado como el valor de lo expresado. Además, lo anterior será dependiente del área concreta históricamente exceptuada de la protección constitucional, ya que cada una ha ido desarrollándose con rasgos propios e incomparables²³⁰. Sin ir más lejos, desde el origen fundacional del test de las expresiones beligerantes con *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942) y hasta *R.A.V. v. St. Paul* (1992), dicha doctrina se iría refinando a la vez que se definían sus contornos.

A modo de resumen, durante ese *impasse* de medio siglo se articularon hasta cinco elementos que debían estar presentes para que se pudiera sostener una condena por la doctrina de las *fighting words*: i) Que las expresiones constituyan ofensas extremadamente provocativas (*extremely provocative insults*); ii) Que las expresiones

²²⁸ Un listado de tales áreas/nichos se recoge en *United States v. Alvarez* (2012): incitación a una acción ilegal inminente siendo probable que se cumpla dicha acción (*advocacy intended, and likely, to incite imminent lawless action*), obscenidad (*obscenity*), difamación (*defamation*), el discurso como parte integral de la conducta delictiva (*speech integral to criminal conduct*), expresiones beligerantes (*fighting words*), pornografía infantil (*child pornography*), amenazas reales (*true threats*) y el discurso que presenta alguna amenaza grave e inminente que el gobierno tiene el poder de prevenir (*speech presenting some grave and imminent threat the government has the power to prevent*).

²²⁹ Tomando como hilo conductor un acto preparatorio punible, como es el delito de conspiración, para saber más sobre cómo el debate iniciado superaría pronto el plano académico y se iría instalando en los diferentes fallos judiciales, los cuales acabarían implicando –en mayor o menor medida– a las diferentes áreas excepcionadas de protección, véase EK, “Conspiracy”, pp. 917-922.

²³⁰ VOLOKH, “Speech as conduct”, pp. 1337-1338.

sean proclives a producir una respuesta violenta e inmediata a un destinatario medio (*direct tendency to cause an immediate, violent response by the average recipient*); iii) Que las expresiones sean realizadas cara a cara (*face-to-face encounter*); iv) Que las expresiones se dirijan a un individuo concreto y no a un grupo (*directed toward a specific individual, not a group*); y v) Que la legislación que prohíba las *fighting words* no sea tan amplia como para abarcar expresiones constitucionalmente protegidas (*law prohibiting the fighting words must not be broadly drawn to encompass constitutionally protected expression*)²³¹.

Pues bien, toda esta doctrina que limita contenidos de carácter expresivo y prejuicioso, al menos hasta la llegada de *R.A.V. v. St. Paul* (1992), conecta tan sólo con uno de los múltiples test sobre la Primera Enmienda que ha desarrollado el Tribunal Supremo desde finales del primer cuarto del siglo XX. El test de las *fighting words* coexiste así con otros que sirven también para evaluar el grado de conformidad constitucional que alcanzan las legislaciones estatales que tratan de prohibir determinadas constelaciones de discursos hostiles o, si se quiere, odiosos. No obstante, algunos estándares vigentes no se entenderían si no partiéramos de un contexto más amplio sobre cómo se instauran las bases fundacionales contemporáneas en materia de libertad de expresión²³². A ello nos dedicaremos en las líneas que siguen, para luego referirnos a los estándares vigentes y cerrar por último este apartado retomando el curso de la evolución de la doctrina de las *fighting words* desde el caso *R.A.V. v. St. Paul* (1992) en adelante.

Pues bien, aunque ampliamente documentado, conviene recordar que a comienzos del siglo XX los tribunales estadounidenses se conformaban con asociar la libertad de expresión con una garantía de ausencia total de restricciones previas (*previous restraints*) al lenguaje (en otras palabras, la interdicción de la censura previa). Siendo este el cometido principal de la Primera Enmienda, lo que sí acostumbraba a plantearse era el castigo de la «(mala) tendencia» –si se quiere, natural– de algunas expresiones que se

²³¹ Según MOORE, el caso *R.A.V. v. St. Paul* (1992) no trajo sino un sexto elemento en discordia, el de que la legislación debía sancionar todas las *fighting words*, sin distinción en cuanto a los contenidos proscritos (*content-neutral standard*). Sobre un análisis minucioso de la doctrina de las *fighting words*, examinando el caso *R.A.V. v. St. Paul* (1992) recién resuelto como punto de inflexión de tal doctrina, véase MOORE, *R.A.V. v. City of St. Paul*, pp. 1252-1281.

²³² Además de lo que se explicará en breve, si se quiere ampliar información, véase: SMITH, «*Schenck v. United States*», pp. 20-35; DEE, «*Whitney v. California*», pp. 36-51; BARNETT, *Untangling*, pp. 30-40, 96-102 y 180-183; RIVERA, *La libertad*, pp. 14-26; ARIAS CASTAÑO, *Clear and present danger, passim*; MARTÍN HERRERA, *Extreme speech*, pp. 71-129.

presumía *iuris et de iure* que podían producir un determinado resultado delictivo prohibido por ley (idoneidad delictiva). En cambio, el dolo –y, en su caso, la intención del orador (elemento subjetivo específico)– se establecía mediante una presunción *iuris tantum*, en tanto que, salvo prueba en contrario, se tenía por probado con la simple ejecución del acto expresivo que se sabía tendía al resultado proscrito. De esta forma, quedó configurado el conocido como test de la mala tendencia (*bad tendency test*), evidenciando que el derecho a la libertad de expresión no era irrestricto.

Con todo, todo este enfoque tradicional de cauces para restringir la libertad de expresión se vería cuestionado por una minoría disidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Y es que, al calor del primer gran conflicto bélico a escala internacional, surge en 1917 la controversia socio-política acerca del ingreso de los Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial (1914-1918). Los discursos contrarios a esa participación en las hostilidades que tenían lugar en suelo europeo se encontraron pronto con la Ley de Espionaje de 1917 (*1917 Espionage Act*), que justamente prohibía discursos que, por ejemplo, alentaran a la insubordinación o deslealtad dentro de las fuerzas armadas, o hicieran peligrar el reclutamiento. Precisamente, la preparación y distribución de un panfleto de esta naturaleza supuso la condena de Charles T. Schenck, miembro del partido socialista. En *Schenck v. United States* (1919) la Corte Suprema confirmó dicha condena, pero se desabrocharon los primeros botones que llevarían a la conveniencia de reflexionar acerca de lo que debía o no amparar la Primera Enmienda.

El juez Holmes –hablando en nombre de la Corte Suprema– sería el encargado de dibujar ese primer estándar fundacional de las restricciones contemporáneas al lenguaje, superando en todo caso el enfoque tradicional recién examinado: “[E]l carácter de cada acto depende de las circunstancias en las que es realizado. La más estricta protección de la libertad de expresión no protegería a un hombre que falsamente gritara «fuego» en un teatro causando pánico (...). La cuestión en cada caso radica en si las palabras utilizadas lo son en circunstancias tales y de tal naturaleza que pueden crear un peligro claro y actual de que se produzcan los daños sustanciales que el Congreso tiene el derecho de evitar. Es una cuestión de proximidad y de grado”²³³. Más que implantarse, el estándar

²³³ Traducción extraída de RIVERA, *La libertad*, p. 15.

del peligro claro y actual (*clear and present danger test*) quedaría simplemente anticipado en sus palabras, puesto que el caso sería resuelto conforme a la doctrina conocida.

Dejando de lado otros casos con similar suerte de ese mismo año, el estándar se consagra finalmente en *Abrams v. United States* (1919), siendo aquí la voz de Holmes – junto con la del juez Brandeis– la que disienta de la opinión mayoritaria. Según Holmes, los límites a la libertad de expresión coincidirían con aquel discurso que implique el peligro de un mal inminente (*speech that produces a clear and imminent danger*), aun sin intención por parte de quien lo genera, o bien con el discurso en que medie la intención de producir ese mismo mal (*speech intended to produce a clear and imminent danger*), sin ser necesariamente inminente. De cualquier forma, al menos durante estos primeros años, el requisito de la intención se veía fácilmente satisfecho instando al jurado a que especulara sobre los posibles efectos del discurso. El resultado siempre era incierto y muy variable. Como vemos, el «peligro claro y actual» se convierte ahora en «peligro claro e inminente», estableciendo así un estándar probatorio más elevado. Por lo demás, el juez Holmes defendió la libre competencia de ideas y el no intervencionismo estatal. En principio, salvo excepciones como las referidas, las ideas debían ser combatidas con más expresión (*counter-speech*).

En los años que siguieron, los jueces Holmes y Brandeis fueron refinando su propio estándar mientras la Corte Suprema seguía mostrándose reacia a asumirlo. La Corte tenía la firme convicción de que las expresiones que entendiera el Congreso que implicaban un peligro de un mal no debían dar lugar a elucubraciones probabilísticas. Esta posición de la mayoría de los jueces de la Corte quedó bien reflejada en *Gitlow v. New York* (1925): “Una sola chispa podría encender un fuego que, ardiendo por un tiempo, podría estallar en una destructiva conflagración. No puede afirmarse que el Estado actúa arbitraria o irrazonablemente cuando, en el ejercicio de su propio juicio respecto de las medidas necesarias para proteger la paz y la seguridad pública, busca extinguir la chispa sin esperar a que haya encendido la llama (...)”²³⁴. Entre otros pronunciamientos que salieron al paso de esta postura mayoritaria, destaca el del juez Brandeis en *Whitney v. California* (1927). Aunque en un voto concurrente con la mayoría, al que se sumaría también el juez Holmes, Brandeis destaca que hay que evitar planteamientos cercanos a

²³⁴ Traducción extraída de RIVERA, *La libertad*, p. 20.

la responsabilidad objetiva por los hechos cometidos. La determinación del incumplimiento de la norma, así como una eventual responsabilidad penal derivada, debía concretarse caso por caso. A efectos de castigo, lo expresado debía, o bien generar actos de violencia inmediatos y graves, o bien constituir una incitación a un acto violento inmediato y grave (*immediate serious violence was to be expected or was advocated*). Se introduce, como puede observarse, el criterio de la gravedad del mal.

A partir de la década de los treinta, la Corte iría poco a poco aceptando el test de peligro claro y actual/inminente. Sin embargo, *Dennis v. United States* (1951) fue el principio del fin de este test, puesto que sería reformulado por la Corte Suprema. La gravedad del mal, que el juez Brandeis ya había introducido en *Whitney v. California* (1927) como requisito adicional, cambió de función en este caso. Ya no era un añadido, sino un factor a considerar a la hora de valorar la inminencia de ese mal y, por tanto, de la necesidad de restringir la libertad de expresión. En concreto, el nuevo juicio valorativo suponía que los tribunales se planteasen caso por caso “(...) *si la gravedad del mal, descontando su improbabilidad, justifica la invasión de la libertad de expresión como necesaria para evitar el peligro*”²³⁵. Era un enfoque que pretendía que, en cada caso, se contrapesara (*balancing*) la gravedad del mal resultante de la incitación con la improbabilidad de que se produjera. En suma, el peligro claro y actual que supuestamente resultara de un discurso no tenía por qué atender a criterios de inminencia. Esto suponía que una mínima señal de acción violenta, por más remota que fuera, quedaba en teoría expuesta a posibles consecuencias penales. De esta forma, el margen de subjetividad se amplió notablemente, tanto que logró desacreditar la validez del estándar²³⁶. Su mantenimiento suponía, a menudo, la criminalización de la disidencia política en una época tan sensible en lo político e ideológico como lo fue la de la Guerra Fría. Aun así, este estándar ayudó a

²³⁵ Traducción extraída de RIVERA, *La libertad*, p. 25.

²³⁶ De forma crítica con esta reconfiguración del estándar, la Corte Suprema se referiría más adelante en *Yates v. United States* (1957) a que el castigo de la incitación debía estar dirigido a la promoción de acciones, presentes o futuras, pero no a la promoción de ideas o creencias. La mera justificación doctrinal (*doctrinal justification*), aunque pronunciada con la esperanza que a la larga ello condujera a la violencia, estaba demasiado alejada de la acción concreta como para sostener un cargo por incitación. Ahora bien, el hecho de que se pusiera el foco en la incitación a la acción violenta no inminente supone, en opinión de BARNETT, que este test pasara a ser especialmente adecuado para su aplicación en el entorno virtual. Al parecer, según este autor, sería razonable pensar que el material de odio colgado en Internet fuera «capaz de inspirar a un pequeño grupo de individuos a actuar violentamente contra el gobierno», al margen del debate de fondo sobre si Holmes ideó o no este estándar para ser aplicado exclusivamente en un periodo de guerra. BARNETT, *Untangling*, pp. 30-35, 96-101 y 180-183.

conformar y/o a abrir el camino para otros muchos²³⁷ contemporáneos o posteriores. Entre otros, además del relativo a las expresiones beligerantes (*fighting words test*) antes desarrollado²³⁸, es posible destacar hoy los siguientes:

- test de la acción ilegal inminente (*imminent lawless action test*)²³⁹;

²³⁷ En lo sucesivo se delinearán las líneas maestras de entendimiento sobre algunos estándares a partir de sus casos fundacionales. Cuando proceda, también se contendrán nociones interesantes sobre la aplicabilidad online de dichos test, a fin de facilitar el entendimiento de referencias futuras –sobre este u otros aspectos– que puedan realizarse en el *Bloque III*. Sin embargo, un análisis detallado de todos y cada uno de los estándares desarrollados por el Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos excede con mucho los límites fijados para este apartado. De hecho, la mayoría de ellos tienen una aplicabilidad muy limitada –o cuestionada– respecto a los nuevos retos que plantea la canalización online de discursos intolerantes. Por ejemplo, si bien hay quien defiende que el *fighting words test* podría emplearse para captar determinados discursos de odio online (p.ej.: discurso racista dirigido a una persona o a un grupo reducido de personas), lo cierto es que el requisito de que las expresiones tiendan directamente a generar una respuesta violenta e inmediata, o el de que sean realizadas cara a cara, son difícilmente conciliables con los nuevos canales de comunicación de la era en que vivimos. No sólo eso, sino que según BARNETT este test sería, de entre todos los dirigidos a actuar sobre discursos odiosos (*hateful speech*) y «con mucha diferencia», el que menos aplicabilidad presenta a sitios web con este tipo de contenidos. En opinión de este autor, de entre los estándares que preceden a Internet pero que mejor se adaptan a él (*Internet-specific tests*) destacarían el *true threats test* y el *Miller test*. Y si bien estos dos son de alcance más específico, el *clear and present danger test* y el *bad tendency test* son lo suficientemente amplios como para desempeñar su labor también en el entorno virtual. Al menos, cabe añadir, esto sucede así en la teoría. Mientras que el primero se vio reemplazado *de facto* por el *imminent lawless action test*, que constituye en la actualidad el test prevalente sobre incitación, el segundo ha quedado totalmente desacreditado e inoperante en la práctica, por chocar frontalmente con el rumbo mucho más garantista que adoptaría la moderna doctrina sobre libertad de expresión en los Estados Unidos. En detalle, véase BARNETT, *Untangling*, pp. 63-105.

²³⁸ Sirva aquí con apuntar un matiz adicional a todo lo desarrollado más arriba. Según GUIORA, la diferencia entre la incitación (*incitement*) contenida en diferentes test y las palabras beligerantes sería más bien «sutil». En concreto, esta diferencia tendría que ver con la intención del orador, siendo así que el discurso incitador [*inciting speech*] se caracteriza por la intención del orador de hacer de otra persona el instrumento de su voluntad ilícita [*intent to make someone else the instrument of her unlawful will*], mientras que las palabras beligerantes aspiran a provocar [*to be intended to cause*] que el oyente reaccione [*to react*] al orador. GUIORA, *Tolerating intolerance*, p. 146.

²³⁹ El «test de la acción ilegal inminente» (*imminent lawless action test*) es la consagración del entendimiento moderno acerca de las expresiones que incitan a la violencia y a la realización de conductas delictivas. La Corte Suprema, tras el fin del estándar –al menos tal y como se conocía– del *clear and present danger* en *Dennis v. United States* (1951), mantuvo durante los siguientes años cierta preocupación por el hecho de que se protegiera el peligro claro y actual resultante de un discurso en que no fuera atendido el criterio de la inminencia. Como hemos visto, esta preocupación ya se percibía en *Yates v. United States* (1957) a que el castigo de la incitación debía estar dirigido a la promoción de acciones, presentes o futuras, pero no a la promoción de ideas o creencias. Como en tantos otros casos, en *Brandenburg v. Ohio* (1969) también se recogía esta misma idea: “[L]a mera enseñanza en abstracto de la propiedad moral o aun la necesidad moral del recurso a la fuerza no es igual a la preparación de un grupo para la acción violenta o la incitación a tal acción”. Los hechos relativos a este caso se podrían resumir de la siguiente forma. En verano de 1964, Clarence Brandenburg, líder del *Ku Klux Klan* en Ohio, invitó a un periodista a que cubriera diferentes encuentros que iban a tener lugar entre miembros de esa organización. La filmación realizada por el camarógrafo que acompañaba al periodista mostraba a doce personas con sus respectivas túnicas y capirotos blancos, algunas incluso con armas de fuego, alrededor de una cruz de madera que hacían arder en llamas. Estas personas murmuraban expresiones vejatorias que, aunque incomprensibles en su mayoría, algunas sí que se llegarían a conocer (entre otras, destacan: «esto es lo que le vamos a hacer a los negros», «salvemos a América», «enterramos a los negros», «un sucio negro», «libertad para los blancos» o «enviemos a los judíos de vuelta a Israel»). La filmación también mostraba a Clarence tomando la palabra y, dentro en un discurso más amplio, realizar la siguiente afirmación: «No somos una organización vengativa, pero si nuestro Presidente, nuestro Congreso, nuestra Corte Suprema continúan suprimiendo la raza blanca caucásica, es posible que tengamos que vengarnos (...)». En otro encuentro, eran seis las personas con la indumentaria descrita, viéndose a Clarence opinar lo siguiente:

- test de la difamación colectiva (*group defamation test*)²⁴⁰;

«Personalmente, creo que los negros deberían ser devueltos a África y los judíos a Israel». Clarence Brandenburg sería condenado conforme a una ley del estado de Ohio que la Corte Suprema acabó declarando inconstitucional. Además, se articula un nuevo estándar más garantista que el del *clear and present danger*. De esta forma, la única opción para el Estado de prohibir la promoción del uso de la fuerza era que esa misma promoción “*estuviera dirigida a incitar o producir una acción ilegal inminente [imminent lawless action] y fuera suficiente para probablemente incitar o producir tal acción*”. Salvo esta excepción, el resto de discursos que simplemente promovieran la realización de una acción delictiva quedaban amparados por la libertad de expresión. A partir de aquí, no quedaba nada claro –y ha sido objeto de disputa permanente– si las incitaciones indirectas o encubiertas debían entenderse comprendidas. Tampoco quedaba claro la gravedad de la acción ilegal inminente, por lo que muchos recurrían al voto concurrente del juez Brandeis en *Whitney v. California* (1927) para sostener nuevamente que se estaría apuntando a una acción ilegal de cierta gravedad. Por otro lado, que en el estándar se aluda a una suerte de probabilidad objetiva de que lo expresado incite o produzca una acción ilegal grave refleja bien la protección reforzada que se dispensa al orador. Por último, existen características sumamente importantes que, según relata BARNETT, alejarían al estándar de una posible aplicación a un entorno virtual. En la medida en que el test estaba pensando para atajar discursos que incitaran a revueltas (*riots*) o violencia grupal (*group violence*) inmediata, este autor cree prácticamente imposible que los discursos de odio en Internet pudieran llegar a cumplir estas condiciones. Más si cabe cuando en *Hess v. Indiana* (1973) no fuera de aplicación para el caso de una manifestación antibélica en que uno de los manifestantes gritó «*tomaremos la puta calle más tarde*» y «*volveremos a tomar la puta calle*», reivindicando aparentemente el deseo de que el resto de manifestantes presentes, entre cien y ciento cincuenta personas, se rebelaran contra las autoridades que habían tomado el control de la situación. En ese mismo caso, se consideró que el requisito de la inminencia debía suponer un lapso muy breve de tiempo entre aquello expresado y la acción ilícita. Además, el orador no se dirigía a ningún individuo o grupo en concreto, por lo que tampoco cabía suponer que se promovía acción ilícita alguna. En detalle, véase: PARKER, «Brandenburg v. Ohio», pp. 145-159; BARNETT, *Untangling*, pp. 52-54 y 94-96; RIVERA, *La libertad*, pp. 26-29.

²⁴⁰ El «test de la difamación colectiva» (*group defamation test*) se establece originariamente en el caso *Beauharnais v. Illinois* (1952). La difamación colectiva, aunque muchas veces derive a demandas civiles, puede hacerse descansar alternativamente sobre acciones penales que busquen sancionar todo menosprecio racial, étnico, religioso, etc. que adquiera dimensiones grupales. El Tribunal Supremo, aunque dividido en su decisión, abordó precisamente una de estas legislaciones que posibilitaba el encauzamiento penal de expresiones racistas por la vía de los discursos difamatorios. Según BARNETT, el Tribunal recurriría a tres teorías que resumen bien los contornos que en su día bastaron para salvar la constitucionalidad de la legislación en cuestión: i) *Teoría de la difamación*: una difamación colectiva, al ser homologable a la difamación individual realizada a cada uno de los miembros de un colectivo, no queda protegida por la Constitución, ya que no se cuestiona que las difamaciones individuales puedan ser objeto de sanción penal; ii) *Teoría del peligro*: el discurso de odio, en forma de difamación colectiva, puede ser el cauce para que se produzca violencia intergrupala, lo que tampoco escapaba –en el caso concreto– a la memoria reciente sobre revueltas raciales del estado de Illinois. Por otro lado, la posibilidad de que exista este tipo de violencia por la publicados online de contenidos es, como poco, dudosa; iii) *Teoría de la dignidad humana*: no se puede negar que la reputación de la que gozan ciertos colectivos (p.ej.: raciales o religiosos), a los que muchas veces sus miembros pertenecen les guste o no, afecta a dichos miembros (p.ej.: profesionalmente, a nivel de oportunidades educativas o a la dignidad humana). Ahora bien, en el caso *Beauharnais v. Illinois* (1952) no se contemplaba sólo la verdad como forma de eximir de responsabilidad (*defence*), sino que el estado de Illinois exigía además que lo declarado se hubiera hecho “*con buenos motivos y para fines justificados*” (*with good motives an for justifiable ends*).

Dicho todo lo anterior, cabe apuntar que la validez de la decisión adoptada en *Beauharnais v. Illinois* (1952) ha sido cuestionada y fuertemente relativizada por casos posteriores que amplían la protección para discursos ofensivos (*offensive speech*), hasta el punto de considerarla –explícita o implícitamente– como un precedente judicial no vinculante. De hecho, se comenzó por rechazar que la difamación estuviera desprotegida del amparo constitucional, que era el punto desde el que parecía partir *Beauharnais v. Illinois* (1952). Asimismo, se fue consolidando la idea de que la protección abarca todo discurso que trate de asuntos de interés público, se dirija contra personas públicas o privadas, requiriéndose para la sanción penal que la falsedad fuese conocida o realizada con temeridad (*knowing or reckless falsehood*). Además, quedaría claro que las legislaciones difamatorias no actuaban sobre declaraciones veraces, si bien quien alegara difamación lo que debía probar seguía siendo la falsedad. A todo lo anterior, recuérdese que en *R.A.V. v. City of St. Paul* (1992), en relación con las *fighting words*, se estableció que la legislación no podía ser

- test de Miller (*Miller test*)²⁴¹; y
- test de las amenazas verdaderas (*true threats test*)²⁴².

selectiva a la hora de imponer limitaciones al discurso (p.ej.: sancionar sólo difamaciones racistas o xenófobas y no otras). A buen seguro, esta doctrina de las *fighting words* salpicaría hoy por hoy el ámbito que nos ocupa ahora (difamación colectiva). Finalmente, en *United States v. Alvarez* (2012) se abriría todavía más la brecha entre la protección constitucional y la posibilidad de sanción penal: “*Incluso cuando existe un amplio consenso académico sobre un asunto particular, se sirve a la verdad permitiendo que ese consenso sea cuestionado sin temor a represalias. La sabiduría aceptada hoy en día a veces resulta ser errónea. Y en estos contextos, “[c]ualquier declaración falsa puede ser considerada como una contribución valiosa al debate público, ya que produce ‘la percepción más clara y la impresión más viva de la verdad, [precisamente por estar] producida por su colisión con el error’*” (opinión discrepante del juez Alito, en conformidad con la mayoría en este punto). Entre otros, junto con los casos clave que aquí se citan, véase: BARNETT, *Untangling*, pp. 50-52 y 88-94; VOLOKH, *Beauharnais* (2020).

²⁴¹ El «test Miller» (*Miller test*), fijado en el caso *Miller v. California* (1973), es empleado para evaluar el carácter obsceno de determinados contenidos o materiales distribuidos. Para ello, y por tanto para que se trate de contenido no protegido por la Primera Enmienda, se precisan tres factores: i) si la persona media, aplicando estándares contemporáneos de la comunidad (*contemporary community standards*) entendiera que el contenido o material, tomado en su conjunto, recurre al interés lascivo (*appeals to the prurient interest*); ii) si el contenido o material representa o describe, de manera claramente ofensiva (*patently offensive way*), una conducta sexual o funciones excretoras (*sexual conduct or excretory functions*) así definidas específicamente por la legislación estatal aplicable; y iii) si el contenido o material, tomado en su conjunto, carece de un valor literario, artístico, político o científico serio (*lacks serious literary, artistic, political, or scientific value*). En este caso, la porción de discurso de odio que podría llegar a superar este test es ciertamente limitada. Esto es todavía más acusado en el caso del ciberespacio. Aun salvando el resto de requisitos, el examen de los estándares contemporáneos de la comunidad difícilmente casa con un medio tan universal como Internet, donde cualquier persona conectándose en cualquier lugar no busca, sino que se encuentra con este tipo de contenidos o materiales. Es difícil conciliar sensibilidades provenientes de bagajes geográfico-culturales tan dispares a escala nacional, y mucho menos conformar un estándar consensuado y único de comunidad, lo que evitaría que se juzgaran casos conforme al estándar de la comunidad que se ha visto ofendida. Entre otros, véase: TUMAN, «Miller v. California», pp. 187-202; FRALEIGH, «Reno v. ACLU», pp. 298-312; BARNETT, *Untangling*, pp. 72-85. Por su particular interés, nos remitimos asimismo a los siguientes fallos judiciales: *Reno v. ACLU* (1997); *Ashcroft v. ACLU* (2002); *Ashcroft v. ACLU* (2004); *United States v. Kilbride* (2009).

²⁴² El «test de las amenazas verdaderas» (*true threats test*) debe su aparición al caso *Watts v. United States* (1969). El acusado, un joven afroamericano de 18 años, había realizado unos comentarios antibelicistas delante de algunas personas y durante una reunión al aire libre, la cual en todo momento mantuvo un trasfondo político sobre temas muy variados y en el marco más amplio de una manifestación. El comentario, tras el cual todos rieron, incluso el acusado, fue del tenor siguiente: “*Siempre nos gritan para que nos eduquemos y sin embargo ya he recibido mi clasificación de reclutamiento 1-A [notificación que marca la disponibilidad del candidato varón para que ingrese al servicio militar] y tengo que presentarme este lunes para mi examen físico. No voy a ir. Si alguna vez me hacen llevar un rifle, el primer hombre que quiero tener en el punto de mira es L.B.J. [presidente Lyndon B. Johnson]. No me harán matar a mis hermanos negros*” (traducción propia). Watts sería condenado por una ley federal que elevaba a delito la amenaza al presidente. Aunque el Tribunal Supremo estimó que la ley era constitucional, ya que la Primera Enmienda no protege las «amenazas verdaderas» de violencia, en contraste con aquellas otras que conllevan una acción futura incierta, también entiende que el comentario era una exageración política (*political hyperbole*) y que como tal quedaba protegida. Además, destaca que “*el lenguaje en el ámbito político (...) es a menudo injurioso, ofensivo e inexacto*” (traducción propia), lo que, aunado al contexto, naturaleza condicional de la declaración efectuada y la reacción de los allí presentes, no dejaba lugar a dudas.

Lo que sí que generó dudas tras la decisión fue la indeterminación acerca de cuándo debía entenderse una amenaza como «verdadera». Para ello habría que esperar hasta el caso *Virginia v. Black* (2003), que giraba en torno a una ley por la cual era delito quemar una cruz (símbolo inequívoco del *Ku Klux Klan*) en una propiedad privada ajena o terrenos públicos si se hace con la intención de intimidar a una persona o a un grupo de personas, pero sin importar la motivación de autor. El problema era que la ley estipulaba que cualquier quemado de cruces constituía prueba *prima facie* de la intención. El Tribunal determinó que lo anterior ignoraba todo factor de contexto, y que el acto en sí representaba una forma de expresión simbólica. Sobre las amenazas verdaderas que pueden ser objeto de sanción penal, indica que son aquellas que “*abarcan declaraciones en las que el orador se propone comunicar una expresión seria de una intención*

Todo ellos entroncan con las diferentes áreas/nichos (p.ej.: la incitación a una acción ilegal inminente siendo probable que se cumpla dicha acción, las amenazas verdaderas, las expresiones beligerantes, etc.) que históricamente se han exceptuado del amparo constitucional. Ello, a su vez, es lo que ha permitido limitar el contenido expresivo de uno u otro discurso (*content-based limitations*) siempre que éste conectara con tales áreas/nichos específicos. Áreas/nichos que, como ya hemos visto para el caso del *fighting words test*, irían poco a poco ganando en detalle y complejidad.

Todos estos test asociados a diferentes áreas de restricción de la libertad de expresión suelen, junto con otros que no se apoyan en una restricción de contenidos o puntos de vista, distinguirse por pertenecer a alguno de los tres grandes criterios interpretativos o estándares (*strict scrutiny*, *intermediate scrutiny* y *rational basis test*) que sirven para medir y controlar la constitucionalidad de las leyes que afectan a la libertad de expresión. De hecho, para conocer qué criterio habrá de utilizarse en el caso concreto, los jueces y tribunales deben primero determinar si la legislación local, estatal o federal encaja en la categoría de *content-based laws* (legislaciones basadas en el contenido) o en la de *content-neutral laws* (legislaciones no basadas en contenidos concretos)²⁴³. Este modelo, como

de cometer un acto de violencia ilícita [unlawful violence] a una persona en particular o a un grupo de personas” (traducción propia). Así, la quema de la cruz constituirá una amenaza verdadera si se demuestra que se hizo para intimidar, ya que la intimidación en sí misma es un tipo de amenaza verdadera. Amenaza, en concreto, que intenta que la víctima tema por posibles daños físicos o por su vida. Incluso, no se precisa siquiera que el orador tenga la intención de llevar a cabo la amenaza, ya que el *true threats test* también protege “*a los individuos del temor a la violencia [fear of violence] y de la perturbación [disruption] que genera el temor, así como de la posibilidad de que la amenaza de violencia se concrete*” (traducción propia). En cualquier caso, parece evidente que el peligro inminente de violencia no opera en este test. Simplemente corresponde al tribunal evaluar si el mensaje tomado en su conjunto (p.ej.: mensaje compuesto por palabras, representaciones gráficas, simbología, etc.) y bajo unas circunstancias concretas (p.ej.: cruz en llamas en un jardín de una familia afroamericana) era concebido como intimidante. Pero la clave no residía tanto en evaluar lo anterior desde las lentes de un hombre medio (*reasonable person standard*), sino de verificar que el orador buscaba transmitir esa idea a una persona o a un grupo de personas. En detalle, incluyendo referencias acerca de cómo se opta por emplear este test en los primeros casos de odio online que se irían decidiendo desde mediados de los noventa en adelante, véase BARNETT, *Untangling*, pp. 54-59, 64-72 y 102-103. Recientemente, véanse algunas reflexiones en TESIS, *Free speech*, pp. 89-95.

²⁴³ A pesar de las críticas hacia esta clasificación teórica, ya que es raro que las leyes no contengan trazos de ambas (conocidos como «casos de justificación doble» o *dual motive cases*), lo cierto es que se sigue empleando. Las *content-based laws* regulan el tema que se aborda mediante las ideas que se expresan, mientras que las *content-neutral laws* regulan la oportunidad de expresarlas en base al momento, lugar o forma de expresión que se emplea. En los casos en que no está claro si la legislación entronca con una u otra categoría, se sostiene que la razón dominante de lo que regula la legislación debe extraerse examinando su contenido (p.ej.: no será lo mismo la protección ultra-reforzada del discurso político que la de un discurso comercial o de propaganda), modalidad expresiva (p.ej.: no será lo mismo la protección que se brinde a la expresión escrita, que la oral o que a la conducta expresiva), contexto (p.ej.: expresión manifestada en entorno universitario o la realizada en una escuela secundaria), naturaleza de la restricción expresiva (p.ej.: no es lo mismo la restricción en temas de discusión más generales y con opiniones ampliamente compartidas en sociedad que la expresión de puntos de vista disidentes o más particulares) y alcance (p.ej.: no será lo mismo que se regulen expresiones o que se restrinja el lugar o momento de realizarlas). Este

vemos, se basa en un sistema de clasificación predeterminado²⁴⁴. En cuanto a los criterios interpretativos, el estándar más alto lo representa el *strict scrutiny* (evaluación o revisión rigurosa), que se emplea cuando el discurso se examina –y discrimina en base a una preferencia– en función de su contenido. En este caso, la regulación estatal sobre el derecho a la libertad de expresión se presume inconstitucional. Por ello, el deber de probar lo contrario le compete al estado, que alegará algún tipo de finalidad imperante que haya movido la regulación que cercena tal derecho, defendiendo además que el resultado en forma de regulación está en armonía con la finalidad pretendida (estrechamente diseñada o *narrowly tailored*). El estándar intermedio, *intermediate scrutiny* (evaluación o revisión intermedia), se usa cuando los límites discursivos no los marca el contenido sino otro factor externo al discurso (p.ej.: el lugar, momento o forma en que tiene lugar la expresión; o, incluso, un interés público no relacionado con la expresión, como el interés nacional), que se contrapone –y a veces se impone por su importancia (no preferencia)–

estándar multi-factorial (denominado *constitutional calculus*), basado en variables, se recogía en la opinión o voto concurrente con la mayoría, aunque separadamente desarrollado por el Juez John Paul Stevens, en *R.A.V. v. St. Paul* (1992). El Juez Stevens, eso sí, formula lo anterior no para contradecir la opinión mayoritaria de que la regulación a examen se basaba en los contenidos, sino para sostener que todas las *content-based laws* no son iguales y que ello condiciona el grado de intromisión al derecho a la libertad de expresión y la cantidad de evidencia probatoria que precisa presentar el Gobierno para justificar la restricción. Stevens contrapone este modelo de variables con el dicotómico del *content-based* o *content-neutral laws*. De hecho, considera este último modelo como demasiado simple para examinar la constitucionalidad de las leyes que afectan a la expresión. Según entendemos, el hecho de emplear estos factores para determinar precisamente si cae de uno u otro lado en el modelo dicotómico tiene que ver con que cada factor dará como resultado una necesidad de mayor o menor protección, lo que a su vez determinará un tipo de escrutinio más o menos acusado, lo que también a su vez conecta –con carácter general– con *content-based* o *content-neutral laws*. Sin embargo, según KELSO, sería mejor reconocer directamente que los tribunales se centran en valorar si la razón de introducir el aspecto de contenido neutro de la legislación obedece a un propósito real o verosímil (*actual or plausible*) de acción del Gobierno (en ese caso, se aplicará un estándar intermedio, que se explicará en breve) o si es un pretexto para justificar una regulación basada simplemente en contenidos (en ese caso, se aplicará un estándar superior de evaluación rigurosa, que igualmente se explicará en breve). Pero como decimos, tratar de destapar la intención de una legislación para saber cuál es el estándar de constitucionalidad aplicable, lo cual se estableció en el caso *Ward v. Rock Against Racism* (1989), ha traído consigo críticas. Estas voces críticas plantean mayormente que lo que debe observarse es el efecto de esa legislación (y no su intención). En detalle, véase: HUHNS, “Assessing”, pp. 801-861; KELSO, “The structure”, pp. 291-405.

²⁴⁴ Este modelo, que se basa como decimos en que el juez dirima de antemano a qué categoría dicotómica se deriva el caso en concreto planteado, recibe el nombre de aproximación categórica (*categorical approach*) a la libertad de expresión. Un modelo también recurrente y que se contrapone habitualmente al anterior es el del equilibrio (*balancing approach*). Antes de tomar cualquier decisión sobre una eventual cobertura de la protección constitucional a la libertad de expresión, los jueces realizan una ponderación de intereses o derechos en juego (es decir, entre el interés de las autoridades gubernamentales de restringir tal derecho y el que ampara al individuo para poder expresarse libremente a través de la Primera Enmienda) mediante la observancia de los hechos concretos. Esto, en realidad, conecta con un análisis de coste-beneficio (*cost-benefit analysis*) de otorgar mayor peso e importancia a uno u otro argumento. Un ejemplo que ya hemos visto es el propuesto por el juez Holmes en el caso *Schenck v. United States* (1919), al referirse a gritar «¡fuego!» en un teatro atestado de gente cuando realmente no se daba tal eventualidad. Así, el coste que trae consigo poner en valor –y, por extensión– proteger la libertad de expresión de dicho individuo a toda costa no supera de ningún modo el beneficio de poder limitarla.

al interés ciudadano a la libertad de expresión. La evaluación o revisión será menos rigurosa porque, se entiende, estas leyes proyectan un peligro de censura menor que las relacionadas con el contenido. Al presumirse también inconstitucional, el estado deberá probar que la legislación en cuestión apunta a un interés de importancia gubernamental (*substantial governmental interest*) con una adecuación medio-fin²⁴⁵. Entre otras, adquiere notoriedad la doctrina sobre lenguaje simbólico (*symbolic speech*)²⁴⁶ sentada en el caso *United States v. O'Brien* (1967)²⁴⁷, que es considerada como una forma de evaluación o revisión intermedia²⁴⁸. Finalmente, como estándar más débil o laxo radica

²⁴⁵ Al igual que en el *strict scrutiny*, en este estándar intermedio también se exige que la regulación esté estrechamente diseñada (*narrowly tailored*) para lograr tal fin de servir a un interés de importancia gubernamental. Sin embargo, la diferencia radica en que cuando se emplea el *intermediate scrutiny* el Gobierno no precisa de usar el medio menos restrictivo para la regulación (*least restrictive means of regulation*), como sí que sucede en el estándar más alto del *strict scrutiny*.

²⁴⁶ La interpretación de lo que se entiende por «libertad de expresión» (Enmienda I, Constitución de EE.UU.) adquirió pronto connotaciones más amplias que la simple comunicación de ideas con palabras. En el caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (1943) y en relación con la capacidad comunicativa de gestos y conductas simbólicas, el Tribunal Supremo explicaba lo siguiente: “*El simbolismo es una forma primitiva pero efectiva de comunicar ideas. El uso de un emblema o bandera para simbolizar algún sistema, idea, institución o personalidad, es un atajo de mente a mente*” (traducción propia). Acto seguido, el Tribunal parece concluyente al afirmar que “*una persona obtiene de un símbolo el significado que le da, y lo que es el consuelo y la inspiración de un hombre es la broma y el desdén de otro*” (traducción propia). Pronto, a este lenguaje simbólico se le empezaría a conocer como «expresión plus» (*speech plus*), en referencia abreviada a «(libertad de) expresión plus/más conducta» [*Thomas v. Collins* (1945)]. También se le ha denominado «conducta expresiva» (*expressive conduct*), ya que es una forma de expresión que combina acción y discurso –es decir, un «todo» híbrido– para transmitir una idea. Los actos que involucran este tipo de conductas plagadas de simbolismo se vendrían contraponiendo así a los actos de «pura expresión» (*pure speech*), término que no sería expresamente acuñado hasta el caso *Cox v. Louisiana* (1965). Entre otros, en detalle, véase MCGOLDRICK, “Symbolic speech”, pp. 1-82.

²⁴⁷ El «test O'Brien» (*O'Brien test*), establecido a raíz del caso *United States v. O'Brien* (1968), es todavía hoy el dominante a la hora estimar la legitimidad del lenguaje simbólico como categoría diferenciada de la expresión basada simplemente en el lenguaje (escrito o verbal), que además era la orientación más tradicional que recibía la doctrina de la Primera Enmienda. Más allá de superar esta concepción conservadora, era preciso hallar los límites –especialmente problemáticos– entre estas dos realidades expresivas. Así lo exponía el Tribunal: “*No podemos aceptar la opinión de que una variedad aparentemente ilimitada de conductas pueda ser etiquetada como "discurso" siempre que la persona que participa en la conducta tenga la intención de expresar por esa vía una idea*” (traducción propia). Para ello, y para que esta forma híbrida de «discurso-conducta» pueda llegar a protegerse, el principio general que se desprende de la argumentación del Tribunal es que sólo un interés gubernamental lo suficientemente importante como para regular el elemento conductual (no el discursivo) podrá justificar restricciones a las libertades de la Primera Enmienda. Por esta razón, la controversia no está en el contenido del discurso o las opiniones que se vierten, sino en un comportamiento que daña un interés nacional (*intermediate scrutiny*). Acto seguido, se propone un test cuatripartito para evaluar ese supuesto interés: i) la regulación debe corresponderse con el poder constitucional del gobierno para regular; ii) la regulación debe promover un interés gubernamental importante o significativo; iii) el interés gubernamental no debe estar relacionado con la supresión de la libertad de expresión; iv) la regulación gubernamental no debe ir más lejos mayor de lo que sea esencial para promover el interés deseado. Entre otros, véase FISHMAN, «United States v. O'Brien», pp. 130-144. Este tipo de contenido, el simbólico, también tiene presencia en Internet vía imágenes, vídeos, animaciones generadas por ordenador, etc. Entre otros, véase: BARNETT, *Untangling*, pp. 153-176; GOLUMBIC, *Fighting*, pp. 74-80.

²⁴⁸ El estándar –general o prototipo– de evaluación o revisión intermedia está sujeto a ligeras variaciones en función del problema específico relacionado con la libertad de expresión que se esté considerando. Por ejemplo, en cuanto al lenguaje simbólico (conducta expresiva no verbal), una diferencia que se aprecia en el test O'Brien respecto al *intermediate scrutiny* es que en el primero acabaría exigiendo la condición de

el *rational basis test* (test de base o fundamento racional) o *reasonableness test* (test de razonabilidad), partiéndose de la presunción de constitucionalidad de la legislación en discordia. Será quien emite el discurso quien tenga que demostrar que la legislación²⁴⁹ no se sostiene desde ningún planteamiento lógico.

Con todo, y aunque con carácter general pueda sostenerse que las leyes que regulan contenidos (*content-based laws*) quedan sujetas al estándar de la evaluación rigurosa, esto no siempre será así. Ello se debe a que la constitucionalidad de las leyes que regulan la expresión se puede compartimentar en función del valor del discurso que se regula. Por ejemplo, mientras que los discursos políticos, artísticos, literarios y científicos tienen la consideración de gran valor (*high value speech*), y por ello deben superar el estándar más alto de entre los expuestos (*strict scrutiny*), el discurso más comercial o propagandístico es considerado como de valor medio (*middling value speech*) y deberá superar la evaluación o revisión intermedia (*intermediate scrutiny*). Finalmente, la constrictión de ciertas categorías de discurso podría ser constitucional sin mayor evaluación o revisión (*low value speech*). Piénsese, por ejemplo, en la doctrina de las *fighting words* que se recogía en *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942). Por otro lado, en cuanto a las leyes neutras de contenido (*content-neutral laws*), generalmente se aplicará el test O'Brien (*intermediate scrutiny*).

Sentado lo anterior y volviendo a la culminación de la doctrina de las *fighting words* que vino de la mano de *R.A.V. v. St. Paul* (1992), ésta era lo suficientemente ambigua como para dar pie a no pocos equívocos sobre su alcance real. En concreto, generaba

que cualquier legislación que sea neutra en cuanto a contenidos (*content-neutral law*) debía dejar abiertos amplios canales de comunicación alternativos para que el orador pudiera expresar su mensaje. Otra conocida variante del *intermediate scrutiny* trata de regular el momento, lugar o forma (*time, place or manner*) de la actividad expresiva en un foro público (véase *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association* [1983], que estableció tres diferentes categorías de foros: foros públicos [*public forums*], foros cuasi-públicos [*quasi-public forums*] y foros no públicos [*nonpublic forums*]), factores todos que pueden obstaculizar y frustrar objetivos legítimos del Gobierno. A pesar de las variaciones, no han dejado de existir inercias contrarias que tienden a unificar y estandarizar un único test de evaluación o revisión intermedia. Por ejemplo, en *R.A.V. v. St. Paul* (1992), citando *Clark v. Community for Creative Non-Violence* (1984), se afirma que el test O'Brien difiere poco de las restricciones al momento, lugar o forma de la actividad expresiva en foro público. Para un análisis en profundidad sobre estas y otras cuestiones, nos remitimos aquí a BHAGWAT, "The test", pp. 783-837.

²⁴⁹ Legislación que, además, deberá ser aplicable a expresiones que tengan lugar en espacios que no formen parte de foros públicos. Tratándose de foros públicos, como ya hemos indicado, sería de aplicación el *intermediate scrutiny*. Nos remitimos nuevamente al caso *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association* [1983], que estableció tres diferentes categorías de foros: foros públicos [*public forums*], foros cuasi-públicos [*quasi-public forums*] y foros no públicos [*nonpublic forums*]).

cierta incertidumbre conocer si la doctrina del contenido neutro recién instaurada salpicaría a las disposiciones sobre agravaciones de la pena por delitos motivados por cuestiones raciales (*enhanced penalties for racially motivated crimes*)²⁵⁰. Por ejemplo, poco antes de que el Tribunal de Apelaciones del Quinto Distrito de Florida confirmara la ley de ese estado sobre agravaciones de pena en *Dobbins v. Florida* (1992)²⁵¹, el Tribunal Supremo de Wisconsin anulaba la suya en *State v. Mitchell* (1992)²⁵².

Precisamente siguiendo el rastro judicial del último caso apuntado encontramos que es en la década de los noventa que se terminaría por consolidar el predominio de la técnica legislativa de agravación de delitos comunes en las legislaciones norteamericanas. En concreto, esto se produce casi un año después del caso *R.A.V. v. St. Paul* (1992), al dictarse el fallo relativo al caso *Wisconsin v. Mitchell* (1993), en que la figura legal en disputa preveía agravaciones para delitos comunes cuando el autor eligiera conscientemente a la víctima por razón de su raza o religión, su confesión, su orientación

²⁵⁰ Con gran detalle sobre esta cuestión, véase GRANNIS, "Fighting words", pp. 178-230.

²⁵¹ El Tribunal, con buen tino, aclaraba lo siguiente a la hora de resolver el caso *Dobbins v. Florida* (1992): "R.A.V. lidiaba con una norma que expresamente elevaba a la categoría de delictiva (...) la expresión pública de una opinión intolerante. (...) Pero [la legislación de Florida sobre la agravación de la pena] no castiga opiniones intolerantes. Tampoco castiga las expresiones escritas u orales de tales opiniones. Sólo cuando uno actúa sobre la base de esa opinión y para causar daño a otro que la ley permite la agravación". (traducción propia). Según seguiría razonando el Tribunal, las actividades expresivas no verbales (p.ej.: seleccionar a una víctima de raza negra para cometer un delito) son un tipo de expresión (*type of speech*) y pueden ser prohibidas no por las ideas que quieran darse a entender, sino por acción que involucran. Si bien el motivo se admite que pueda estar involucrado de alguna manera en la selección de la víctima (p.ej.: alguien odia a los judíos por cualquier razón), ello no impide que se acuda a la agravación de la pena para el acto concreto de discriminación. No se están prohibiendo determinados contenidos expresivos, sino la evidencia objetiva de que se ha dado una selección consciente basada en prejuicios para cometer el delito correspondiente.

²⁵² Como la legislación podría estar invadiendo derechos consagrados en la Primera Enmienda, la carga de la prueba se desplazaba al estado de Wisconsin para defender la constitucionalidad de su ley estatal. Pues bien, según afirmaba este último en *State v. Mitchell* (1992), la legislación sólo castigaba la «conducta» de seleccionar intencionadamente a la víctima. Sin embargo, el Tribunal disenta de lo anterior, ya que la selección de la víctima es un elemento del delito base agravado, formando parte de la intención de cometer el delito (p.ej.: en toda agresión hay una selección de la víctima). A juicio del Tribunal, lo que vendría haciendo la legislación era sancionar la razón (*the «because of» aspect*) de dicha selección. La legislación sobre delitos de odio estaba castigando los motivos detrás de la selección, o lo que es lo mismo, el pensamiento intolerante de quien ejecutaba la acción delictiva. Y eso no se puede desvirtuar alegando que lo que realmente se sanciona es la conducta de la selección consciente. En otras palabras, "una legislación específicamente diseñada para castigar los prejuicios de autor infringe de forma inadmisiblemente los derechos de la Primera Enmienda de un individuo, sin importar cuán cuidadosa o inteligentemente se disponga en la legislación" (traducción propia). Se hace preciso un examen subjetivo de las razones que llevan a un sujeto a seleccionar a la víctima (proceso mental), por mucho que la ley no haga referencia expresa a una cláusula tipo como la de «por razón de» la raza, religión, color, etc. Con todo, el Tribunal distingue claramente entre las *fighting words* que ocuparon al caso *R.A.V. v. St. Paul* (1992) y a la criminalización del pensamiento intolerante de un individuo, lo cual le ocupaba en estos momentos. Si bien el sustrato ideológico es idéntico en ambos casos (p.ej.: un móvil racial), no se puede sancionar el contenido ideológico de los pensamientos, por cuanto sobre él se despliega sin problemas la protección constitucional.

sexual, su lugar de nacimiento o su origen²⁵³. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos estimó que no se castiga un pensamiento intolerante (una actitud), sino únicamente la conducta de seleccionar a una víctima determinada. Y ello no genera ningún tipo de conflicto de intereses porque la libertad de expresión no actuaría en este ámbito concreto en el que se parte además de una conducta de base violenta y causante de un daño —es decir, lesiones graves— distinto al que se deriva del mero impacto comunicativo corriente de unas expresiones. De hecho, se aclara, “*la Primera Enmienda (...) no prohíbe el uso probatorio del discurso para establecer los elementos de un delito o para probar la motivación o la intención*” (traducción propia)²⁵⁴.

En suma, con este pronunciamiento se valida el hecho de que ciertos colectivos continúen protegidos bajo un paraguas legal —es decir, las agravaciones de pena de delitos comunes— que bordea la libertad de expresión esgrimida en la sentencia *R.A.V v. St. Paul* (1992) y, por ende, su estándar de conformidad constitucional para las expresiones beligerantes.

1.4.2. Principales instrumentos jurídicos

En lo sucesivo, se tratará de ofrecer al lector una visión de conjunto de los principales instrumentos jurídicos supranacionales que combaten, desde el marco de agravación penológica de delitos comunes, la intolerancia en general y los delitos de odio en particular (delitos de odio *stricto sensu*).

²⁵³ A continuación, una breve síntesis de los hechos: «[U]n grupo de jóvenes hombres negros discutían una secuencia de la película *Mississippi Burning* en la cual un hombre blanco apaleaba a un joven negro que estaba rezando. Tras la conversación sobre esta escena preguntó el acusado al grupo: «¿queréis dar una paliza a unos cuantos blancos?... Por allí va un joven blanco. ¡Id a por él!». A continuación, el grupo apaleó a un joven blanco de 14 años causándole graves heridas. El acusado fue condenado por lesiones graves y además el jurado dio por probado que la víctima había sido escogida por razón de su raza. El precepto agravatorio elevaba el marco penal máximo de las lesiones desde los 2 años a un máximo de hasta 7 años. El condenado, sentenciado a una pena privativa de libertad de 4 años, alegaba que tal ley era anticonstitucional porque le castigaba por sus pensamientos y los pensamientos, al igual que el lenguaje y los meros actos concluyentes (...), quedan amparados en la Constitución». LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal*, pp. 113-114.

²⁵⁴ En el caso *United States v. Curtin* (2007), el juez Kleinfeld realiza una alusión al caso *Wisconsin v. Mitchell* (1993), recordando que lo que probaba la intención de seleccionar a la víctima concreta —y, por tanto, posibilitaba la agravación del delito— no era el hecho fáctico de haber visto la película *Mississippi Burning* y decidir «pasar a la acción», sino la discusión entre amigos donde hay un rechazo frontal al mensaje que transmite la película.

1.4.2.1. Consideraciones previas

a) *Agravación penológica de delitos comunes y discurso de odio*

Como ya se ha tenido ocasión de adelantar²⁵⁵, tres son los grandes modelos normativos a los que se recurre hoy para atajar la criminalidad por odio a través de cauces penales: i) modelo de agravación de la pena (*penalty enhancement model*); ii) modelo agravación en sentencia (*sentence aggravation model*); y iii) modelo de infracción penal sustantiva (*substantive offence model*). Por tanto, el hecho de limitar en este momento el estudio a los instrumentos jurídicos supranacionales relativos al modelo de agravación de la pena necesita ser mínimamente razonado.

Antes que nada, cabe matizar que el modelo de agravación en sentencia o modelo agravatorio en la fase de determinación de la pena es considerado una subespecie del modelo de agravación de la pena. Este planteamiento es seguido por la OSCE, que dentro del modelo de agravación de la pena incorpora los casos en los que el autor tiene que ser considerado culpable del delito común previamente para que luego el tribunal pueda entrar a valorar si existe evidencia mínima suficiente del prejuicio como para aplicar una agravación de la pena (agravación en sentencia)²⁵⁶. El hecho de que en este trabajo se hayan presentado ambos modelos de forma separada contribuirá seguro a que el lector se vaya familiarizando con la perspectiva comparada anglosajona que será objeto de tratamiento más adelante²⁵⁷.

Por otro lado, la problemática de los discursos de odio nos lleva a asumir la siguiente afirmación de partida: no todo discurso de odio constituye un hecho delictivo. Es decir, no todo discurso de odio es delito de odio, ya que la infracción penal sigue siendo requisito indispensable para esto último²⁵⁸. Lógicamente, todo delito implicará una

²⁵⁵ Véase el apartado «1.2.1. Infracción penal» *supra*.

²⁵⁶ La OSCE también sitúa la importancia de lo que en este estudio se denomina «*sentence aggravation model*» en las diferencias procesales penales de derecho comparado. Así, se especifica que en las jurisdicciones de *common law* existe una fase diferenciada de determinación de la pena, mientras que para las jurisdicciones de derecho continental tanto la determinación de la culpabilidad como la determinación de la pena no constituyen fases separadas. OSCE/ODIHR, *Hate crime laws* (2009), p. 33.

²⁵⁷ Véase el *Bloque II* relativo a los subsistemas legales de Reino Unido. Por lo demás, las disposiciones agravatorias en la fase de determinación de la pena operan, entre otros lugares, en Canadá, Gran Bretaña, Nueva Zelanda, Australia e incluso en algunos países europeos. MASON, «Legislating», p. 61.

²⁵⁸ Como se ha tenido ocasión de adelantar anteriormente, el primer requisito para la consideración de un delito de odio como tal es que nos encontremos ante una infracción penal según el ordenamiento jurídico de referencia. Véase el apartado «1.2.1. Infracción penal» *supra*.

prohibición, pero incluso sin superar el umbral de lo delictivo el discurso de odio puede quedar amparado por el derecho fundamental a la libertad de expresión²⁵⁹. No así, en cambio, el delito de odio. Las dificultades surgen cuando en el punto exacto de confluencia entre el discurso de odio y la libertad de expresión se plantea un conflicto de prevalencia. Una vez ponderado y resuelto, en el hipotético caso de que no se imponga la libertad de expresión²⁶⁰, nacerá la respuesta político-criminal del Estado sobre la proscripción del discurso de odio²⁶¹. Más aún, tomando como referencia el reducto punible sobre discurso de odio delimitado por el poder coercitivo estatal, coexisten dos dinámicas de incorporación penal.

- La primera incluye la prohibición de formas particularmente graves de discurso de odio, entre las cuales destacan la «incitación al genocidio» y las manifestaciones más graves de la «apología del odio que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o violencia»²⁶². La implementación obligatoria²⁶³ de estas conductas delictivas en la legislación penal nacional se lleva a cabo preferentemente a través del modelo de la infracción penal sustantiva. Sobre este modelo, MASON asegura que no es inusual que se centre en palabras, imágenes o conductas delictivas consideradas gravemente amenazantes o que inciten a ciertas formas de odio²⁶⁴.
- La segunda dinámica incluye, entre otras, determinadas modalidades de amenaza o acoso que estén motivadas por prejuicios. Se trata de las formas discursivas que no constituyen incitación y que se dirigen a una víctima individual e identificable²⁶⁵. Son formas de discursos de odio que los Estados deciden prohibir

²⁵⁹ Algunos autores llegan a diferenciar entre discurso de odio «duro» (*hard hate speech*), cuando el discurso abarca formas prohibidas y enjuiciables, y discurso de odio «blando» (*soft hate speech*), cuando el discurso es perfectamente legal, aunque reprochable en términos de tolerancia, civismo y multiculturalismo que debieren presidir las relaciones sociales en comunidad. BAIDER/ASSIMAKOPOULOS/MILLAR, «Hate speech in the EU», p. 4.

²⁶⁰ Y, aun cuando se trate de un discurso protegido por la libertad de expresión, ello no significará que automáticamente pierda su consideración de discurso de odio. Ahora bien, también es cierto que se vienen empleando expresiones tales como «discurso ofensivo» o «discurso impopular» para marcar la diferencia con respecto al discurso de odio punible.

²⁶¹ Ampliamente, véase el apartado «3.3.1. Libertad de expresión y sus límites» del *Bloque III*.

²⁶² Véase: ARTICLE 19, *'Hate speech' explained* (2015), pp. 20-21 y 26; NACIONES UNIDAS, *United Nations* (2020), pp. 12-14.

²⁶³ A mayor abundamiento, y por poner el foco en algún instrumento concreto que sea jurídicamente vinculante, nos remitimos aquí a lo dispuesto sobre el art. 20(2) del PIDCP en el apartado «3.2.1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)» del *Bloque III*.

²⁶⁴ MASON, «Legislating», p. 61.

²⁶⁵ Véase: ARTICLE 19, *'Hate speech' explained* (2015), pp. 22 y 27; NACIONES UNIDAS, *Promoción (A/74/486)* (2019), párr. 23; NACIONES UNIDAS, *United Nations* (2020), p. 14.

—ya que no existe obligación para ello— con vistas a proteger los derechos de los demás²⁶⁶. En este caso, tanto el modelo de agravación de la pena como el de la infracción penal sustantiva pueden tener cabida a nivel normativo. En concreto, según entendía David KAYE, Relator Especial de NN.UU. sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (2014-2020), los Estados suelen optar preferentemente por restringir estas expresiones a través de la técnica de agravación de delitos comunes²⁶⁷.

Y al margen de todo lo anterior, existe un discurso de odio que no tiene relevancia penal sustantiva pero que puede complementar la ejecución de cualquier delito de odio. Se trata de lo pronunciado inmediatamente antes, durante o después de la comisión de un delito, que puede considerarse como un indicador muy autorizado de la motivación prejuiciosa de autor y, por tanto, como un elemento probatorio más. En resumen, la acción reprochable sigue siendo la del acto que acompaña al discurso de odio, mientras este último sirve como fuente de información que puede ser determinante para evidenciar la motivación prejuiciosa. Tal es su importancia que, a modo de ejemplo, la Comisión de Derechos Humanos de Los Ángeles indicó en el año 1997 que el discurso de odio o los símbolos empleados en la comisión del delito fueron cruciales para catalogar hasta el 90% de los incidentes de odio registrados²⁶⁸.

En conclusión, es evidente que existen otras constelaciones de casos de discursos de odio que se solapan con la vertiente penológica agravada de los delitos de odio²⁶⁹. Esta vertiente, además, se viene considerando la más común entre las legislaciones sobre

²⁶⁶ A mayor abundamiento, siguiendo un poco la línea marcada por la remisión anterior al art. 20(2) del PIDCP, nos remitimos aquí a lo dispuesto sobre el art. 19(3) del PIDCP en el apartado «3.2.1.2. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)*» y «3.2.1.4. *Plan de Rabat (2012)*» del *Bloque III*.

²⁶⁷ NACIONES UNIDAS, *Promoción (A/74/486)* (2019), párr. 23. Ya en 2012, en una declaración conjunta de, entre otros, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión, y el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), se abrió la puerta a esta posibilidad. En concreto, dentro de la obligación estatal de adoptar medidas legales para prevenir delitos contra la libertad de expresión en países en que exista riesgo de que se cometan y en situaciones en que las autoridades de dicho país sepan o debieren haber sabido de la existencia de un riesgo real e inmediato de que se produzcan tales delitos, está la del reconocimiento penal de esta categoría específica de delitos. Este reconocimiento puede llevarse a cabo por dos vías, como son la del reconocimiento explícito y sustantivo o la de la circunstancia agravante teniendo en cuenta la naturaleza más grave respecto a la del delito base. OSCE, *Joint Declaration* (2012), párr. 2.a) y b).i.

²⁶⁸ McDEVITT/LEVIN/BENNETT, “Hate crime offenders”, p. 310.

²⁶⁹ A mayor abundamiento, nos remitimos aquí al apartado «1.5.3. *Intersección con los delitos de expresión*» *infra*.

delitos de odio en la región OSCE y, por extensión, en EE.UU. y Europa²⁷⁰. Desde una óptica legislativa, en cambio, lo anterior no obsta para que los delitos de odio (delitos de odio *stricto sensu*) y el discurso de odio (delitos de odio *lato sensu*) puedan obedecer a una lógica o razón de ser diferente. Según WALDRON, si en los delitos de odio se muestra cierta preferencia por determinar la motivación de quién actúa, en la legislación sobre discurso de odio el «odio» es relevante no como catalizador de ciertas acciones, sino como un efecto que tienen o que pueden tener ciertas formas discursivas. En el discurso de odio se trata de entender el «odio» como objetivo o finalidad, es decir, como algo que las personas se esfuerzan por sembrar en otras²⁷¹.

b) Legislación sobre delitos de odio y antidiscriminatoria

La distinción indicada al comienzo del presente apartado²⁷² entre intolerancia en general y delitos de odio en particular no es casual ni accidental. De hecho, nos permite realizar un deslinde claro entre legislación antidiscriminatoria y legislación sobre delitos de odio propiamente dicha²⁷³. Ello es necesario por varias razones. La primera es el *contexto de gestación histórica* de las anteriores, que ha obedecido a una lógica diferente en cada caso. Y la segunda es que existen *motivos sustantivos o de fondo* que sugieren un tratamiento diferenciado entre ambos escenarios legislativos. Con todo, la legislación antidiscriminatoria es prácticamente inabarcable, por lo que será solamente referenciada en sus elementos nucleares. En cambio, es importante tener presente que la legislación más específica sobre delitos de odio representa nuestro objeto de estudio principal.

Ahora bien, mientras la primera razón apuntada ganará visibilidad a lo largo del presente apartado, interesa en este momento afianzar los motivos de fondo que aconsejan tal distinción de tratamiento. BRUDHOLM subraya que existen riesgos en la integración de la legislación sobre delitos de odio dentro de la lógica de una legislación antidiscriminatoria²⁷⁴. Así, en los llamados «casos estándar» de discriminación un mismo

²⁷⁰ Véase: OSCE/ODIHR, *Hate crime laws* (2009), p. 33; MASON, «Legislating», p. 60.

²⁷¹ WALDRON, *The harm in hate speech*, p. 35. A mayor detalle, nos remitimos aquí al apartado «3.1.1. Notas introductorias: rasgos destacados de los discursos de odio online y su idiosincrasia» del Boque III.

²⁷² Véanse las palabras con las que se abre el apartado «1.4.2. Principales Instrumentos Jurídicos» *supra*.

²⁷³ Nótese que, si bien se puede hacer una distinción clara, ello no significa que no tengan relación en absoluto o que puedan desentenderse la una de la otra. Nos remitimos aquí al apartado «1.5.3. Intersección con los delitos de expresión» *infra*.

²⁷⁴ Curiosamente, autoras como TAPIA BALLESTEROS navegan justo en la dirección opuesta. Es decir, el riesgo es que se diluya la vieja terminología (delitos antidiscriminatorios) dentro de la nueva (delitos de odio). La autora, en concreto, cree equivalentes tales categorías, decantándose expresamente por la de

acto (p.ej.: contratación de personal) sin que exista prejuicio no será delictivo. No obstante, matiza, de extrapolar apresuradamente este modelo al marco de los delitos de odio, debemos ser conscientes de que asumimos un riesgo. Y no se trata de uno cualquiera, sino del riesgo de que la lucha por el reconocimiento del elemento discriminatorio ensombrezca precisamente ese injusto independiente vinculado al tipo básico²⁷⁵. Esto es, los casos prototípicos de discriminación que afecten a alguna característica identitaria de la víctima parecen apuntar a una lógica diametralmente opuesta que, aplicada a los delitos de odio, descuidan la infracción penal de base. Esta infracción penal, como ya se ha tenido ocasión de apuntar, es un requisito imprescindible para la apreciación del delito de odio. El prejuicio no es determinante para sostener el hecho delictivo, sino que representa un gravamen sobre un hecho incuestionablemente delictivo.

Además, esta línea de argumentación es idéntica a la que reproduce la OSCE, afirmando categóricamente que «las legislaciones antidiscriminatorias no son legislaciones sobre delitos de odio»²⁷⁶, y ello a pesar de que en la mayoría de jurisdicciones se haya pasado de ofrecer respuestas civiles a respuestas penales a la discriminación. Con todo, también existen autores menos inflexibles, como es el caso de STREISSGUTH, quien sugiere que las legislaciones sobre delitos de odio están emparentadas con las antidiscriminatorias. A este respecto, se refiere a las primeras como una «extensión lógica» de las ampliamente aceptadas legislaciones que prohíben la discriminación²⁷⁷. En la misma línea, BORJA JIMÉNEZ defiende que estamos ante una «prolongación» del concepto de discriminación, en el sentido de que «la materialización de la discriminación llega a ser de tal gravedad que se circunscribe al marco delictivo»²⁷⁸.

delitos antidiscriminatorios por ser la otra designación fuente inagotable de críticas. Aun así, esta autora no ignora el consenso tan amplio que existe actualmente alrededor de esta materia, empezando por un reconocimiento supranacional y comparado incuestionable sobre los *hate crimes*. Recientemente, haciéndonos eco de sus palabras, la autora afirma que «arroja la toalla» en esta batalla que da por perdida. Los efectos, insiste, son nocivos. Tanto que, como lluvia fina, se va deslegitimando la normativa antidiscriminatoria. Actualmente, señala, diferentes conductas guiadas por sentimientos negativos extremos, como la rabia, la ira o el mismo odio, parece que predisponen a pensar, sin mayor detenimiento, en un mayor injusto de la conducta delictiva. En detalle, véase: TAPIA BALLESTEROS, «Identificación de las víctimas», p. 360; TAPIA BALLESTEROS, «El discurso de odio», p. 313.

²⁷⁵ BRUDHOLM, «Conceptualizing hatred globally», p. 34.

²⁷⁶ OSCE/ODIHR, *Hate crime laws* (2009), p. 25.

²⁷⁷ STREISSGUTH, *Hate crimes*, p. 35. De hecho, este enfoque nos interesa muy especialmente, tanto que nos valdremos de él más adelante para avanzar y profundizar en la materia a tratar en el apartado «1.5.3. Intersección con los delitos de expresión» *infra*.

²⁷⁸ BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad*, p. 270. De ahí también que, en una reflexión interesante que nos traslada REY MARTÍNEZ, se infiera un claro alegato en favor de mantener la discriminación en

En cambio, SPADE considera que las leyes sobre delitos de odio «enmarcan la violencia» en el plano de la delincuencia individual, en vez de hacerlo en el plano de lo sistemático-estructural. Por ello, estas leyes representan un ejemplo más claro si cabe de una «concepción de opresión desde la perspectiva del autor» ciertamente limitada²⁷⁹.

En resumen, la presentación que sigue del *corpus* normativo de ámbito universal, regional europeo y de la Unión Europea obedecerá a varios criterios. Primero se antepondrá, en cada uno de los ámbitos referidos, la legislación más cercana a lo que podría llegar a considerarse como legislación sobre delitos de odio, aunque en todo caso vinculada al modelo de agravación de la pena. Posteriormente, o en caso de no existir tal legislación, se dará paso a los instrumentos legislativos propios de la legislación antidiscriminatoria, aunque con las limitaciones propias de un estudio jurídico que no está especializado en esa materia. Tras todo lo anterior, el criterio será el cronológico. Situándonos en los orígenes legislativos, se irán seleccionando los textos normativos más relevantes en función de sus características, naturaleza o contexto de gestación particular. Igualmente, trataremos de destacar aquellos instrumentos vinculantes, es decir, los que impongan obligaciones de incorporación de disposiciones penales a nivel nacional. Finalmente, aunque la vocación analítica sea omnicomprensiva, cabe notar que la categoría racial guiará la redacción en forma de hilo conductor, con la ventaja de que ésta ostenta un papel destacado en todos y cada uno de los impulsos legislativos que se han ido dando en prácticamente cualquier ámbito de interés.

1.4.2.2. **Ámbito universal**

El Derecho internacional público ha orientado la articulación jurídica contra la intolerancia por la vía exclusiva de la tutela antidiscriminatoria. En otro orden de ideas, es posible adelantar ya la ausencia total de legislación sobre delitos de odio. Ahora bien,

la centralidad del debate, sin necesidad de realizar elongaciones conceptuales innecesarias: «El *odio* es una actitud interna del sujeto que se puede traducir en una conducta discriminatoria que, a su vez, puede ser o no violenta. El *odio* es, pues, la munición ideológica de la discriminación. Y la violencia es una especie del género *discriminación*. En otras palabras, el concepto central es el de la discriminación». De igual manera, LASCURAIN SÁNCHEZ defiende el uso de *delitos de discriminación* como forma más certera de catalogar un mismo fenómeno. Según este último autor, lo que nos debería preocupar como sociedad es que el sujeto activo del delito «discrimine, que acompañe una agresión a su discriminación y que pretenda condicionar la vida de los miembros del grupo discriminado». Véase: REY MARTÍNEZ, «Discurso del odio», p. 54; LASCURAIN SÁNCHEZ, «¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación?», p. 24.

²⁷⁹ SPADE, «What's wrong with rights?», p. 391. En relación con esto último, como se verá más adelante, pareciera como si se estuviera apostando por algo similar para el caso español. En detalle, véase el apartado «1.5.3. Intersección con los delitos de expresión» *infra*.

se puede decir que el Derecho internacional de los derechos humanos apremia a los Estados, aunque no exige, a la adopción de legislaciones sobre delitos de odio. De hecho, se opta por que los Estados decidan libremente acerca de si deben hacer o no uso preferente de la técnica de agravación de delitos comunes²⁸⁰. Por todo ello, en ausencia de previsiones específicas o jurídicamente vinculantes, la conclusión es que se deja la puerta abierta y simplemente se invita a legislar en materia de delitos de odio. Por tanto, cobra más sentido si cabe centrarnos a continuación en la normativa antidiscriminatoria promovida desde instancias internacionales.

Los gérmenes históricos del término *discrimination* dentro de documentos normativos internacionales parecen situarse en el contexto de la Sociedad de las Naciones y el periodo de entreguerras (1918-1939). Tras la Primera Guerra Mundial, la garantía de los derechos a la igualdad y la no discriminación se incorpora a una serie de tratados que protegen a determinados grupos conocidos como minorías²⁸¹. Pero en esta etapa se produce una migración del sentido de protección que se dispensaba con la protección a la no discriminación. Siguiendo en este punto a LANDA GOROSTIZA, el cambio de mentalidad se debía a «la idea de que el medio adecuado para proteger a todas las

²⁸⁰ Así lo recoge HUMAN RIGHTS WATCH, refiriéndose además a la Resolución de 25 de abril de 2002 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH) [E/CN.4/2002/L.12 (2002)], que hacía una llamada a que los Estados consideraran la inclusión en su legislación nacional de motivaciones racistas o xenófobas como factores agravantes para la determinación de la pena. Lo cierto es que no se apostaba por una estrategia de configuración penal única y bien definida para los delitos motivados por prejuicios. En alguna otra ocasión, antes incluso de la resolución referida, la CDH se había pronunciado ya en términos similares: “[La CDH] *Insta a todos los Estados a que actúen con decisión para enjuiciar a los autores de delitos motivados por el racismo e insta a los Estados que no lo hayan hecho a que consideren la posibilidad de incluir la motivación racista como circunstancia agravante a la hora de dictar sentencias*”. Véase: HUMAN RIGHTS WATCH, *Dangerous indifference* (2005), p. 11 (véase también la nota al pie núm. 30); NACIONES UNIDAS, *El racismo (E/CN.4/RES/2000/14)* (2000), apdo. 3; NACIONES UNIDAS, *El racismo (E/CN.4/RES/2001/5)* (2001), párr. 4.

También la Asamblea General de NN.UU. tuvo ocasión de pronunciarse al respecto con una fórmula de redacción –en términos potestativos– que se asemeja mucho a la empleada por la CDH: “[La Asamblea General de NN.UU.] *Exhorta a todos los Estados a que no duden en someter a la acción de la justicia a los autores de delitos motivados por el racismo y exhorta a los que no lo hayan hecho a que consideren la posibilidad de incluir la motivación racista como circunstancia agravante al imponer la pena*”. Véase NACIONES UNIDAS, *Tercer Decenio (A/RES/55/84)* (2001), párr. 5. Más adelante, la Asamblea aludiría a la “*responsabilidad de adoptar medidas eficaces*” por parte de los Estados, entre las que se incluía la agravación de la pena. La CDH, a su vez, instaba también a la adopción de tales medidas. A modo de ejemplo, véase: NACIONES UNIDAS, *El racismo (E/CN.4/RES/2002/68)* (2002), apdo. 45; NACIONES UNIDAS, *Conferencia Mundial (E/CN.4/RES/2003/30)* (2003), apdo. 8; NACIONES UNIDAS, *Actividades (A/RES/58/160)* (2004), apdo. 6

²⁸¹ En otras palabras, “*cuando estalló la Primera Guerra Mundial en 1914, las preocupaciones nacionales o de las minorías estaban en el primer plano de la política internacional, al menos en Europa*”. Años después, los tratados sobre minorías únicamente se aplicarían “*a un pequeño número de Estados derrotados o nuevos*”. NACIONES UNIDAS, *Promoción y protección* (2012), pp. 2-3. Sobre el término *minoría*, véase lo adelantado en el apartado «1.3.5. Tutela penal de grupos/colectivos protegidos» *supra*.

personas, incluidos los miembros de las minorías, lo constituían los derechos humanos generales y la prohibición de toda discriminación»²⁸², y no la protección específica de los miembros de ciertas minorías por razón de su pertenencia al colectivo concreto. Esta protección de tipo universalista irá adquiriendo autonomía y una línea evolutiva propia, sin perjuicio de las tensiones propias que sobrevinieron entre la dimensión individualista (regulación normativa sobre minorías) y la dimensión colectiva (tutela general antidiscriminatoria). De cualquier forma, se acaba consolidando el término discriminación como sinónimo de diferenciación arbitraria o irrazonable de trato en relación con ciertas características personales no dependientes del sujeto diana (sentido peyorativo sobrevenido), desvinculándose así de la mera separación, distinción o diferenciación (sentido neutro originario)²⁸³.

Con todo, en sentido estricto, el sistema jurídico de protección contra la discriminación se consolida con las reacciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial llevadas a cabo por Naciones Unidas contra el nacionalsocialismo. Ello se debe a que esta última ideología representaba la forma de discriminación racial más característica en aquel escenario histórico posbélico²⁸⁴. Pero además del genocidio nacionalsocialista, la comunidad internacional también aprovecha la ocasión para condenar de forma enérgica otros fenómenos de calado perpetrados y perpetuados durante la primera mitad del s. XX, como eran el colonialismo y las prácticas o sistemas de segregación racial.

En esta misma línea de argumentación, RODRÍGUEZ YAGÜE señala que «en la conformación de los textos internacionales que surgen en este primer momento están presentes los tres fenómenos históricos [nacionalsocialismo, prácticas segregacionistas o de *apartheid* y colonialismo], razón que va a determinar su orientación hacia la prohibición y el recurso penal de las conductas de discriminación racistas o xenófobas»²⁸⁵. Aun así, como indica esta autora, «la necesidad de recurso a la sanción penal de determinadas conductas racistas y xenófobas» tan sólo se vería reflejada finalmente en tres instrumentos jurídicos de la ONU que se irán trayendo a colación más

²⁸² LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal*, pp. 61-62.

²⁸³ Para una visión introductoria más amplia y detallada sobre la gestación del proteccionismo antidiscriminatorio en el marco jurídico internacional, véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal*, pp. 58-62.

²⁸⁴ LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal*, p. 67.

²⁸⁵ RODRÍGUEZ YAGÜE, «La política criminal europea», p. 333.

adelante. Lo que preveía la inmensa mayoría restante eran poco más que «referencias generales en alusión al tipo de medidas necesarias para la lucha contra el racismo y la discriminación»²⁸⁶.

Desde el plano meramente introductorio en el que nos movemos, la Carta de las Naciones Unidas (1945)²⁸⁷ es la piedra basal que reitera hasta en cuatro ocasiones una misma fórmula, cuya idea fundamental refundida consiste en el respeto y la realización de los derechos humanos y libertades fundamentales para todos, “(...) *sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*” (arts. 1.3º, 13.1.b), 55.c) y 76.c) de la Carta). Pero más allá de esta plasmación de propósitos, el objetivo prioritario era reunir tales derechos y libertades en único documento jurídico, que concretase su identificación y la definición individualizada de cada uno de ellos. Este proceso desembocaría en la Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, relativa a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDDHH). En ella, se garantiza el derecho de todos a igual protección “(...) *contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación*” (art. 7 de la DUDDHH).

En evidente contraste con la Carta de las Naciones Unidas, destaca la mención expresa al término «discriminación» en la DUDDHH, llevando a cabo una incursión normativa vacilante al coexistir con el de «distinción» en otro pasaje del mismo texto legal²⁸⁸. En concreto, se trata del art. 2.1 de la DUDDHH²⁸⁹, cuyo verdadero factor distintivo reside en la expansión casuística que hace con respecto a la Carta de las Naciones Unidas. En suma, se vaticinaban unas notas de aperturismo sin precedentes hasta la fecha. Nótese además que el ámbito de aplicación de los arts. 2.1 y 7 de la DUDDHH difieren sustancialmente, al ser el primero una norma subordinada y el segundo una norma autónoma, lo que se traduce en que respecto al art. 2.1 se prohíbe la discriminación solamente en el disfrute de derechos y libertades descritos en el propio instrumento,

²⁸⁶ RODRÍGUEZ YAGÜE, «La política criminal europea», pp. 334-335.

²⁸⁷ Firmada el 26 de junio de 1945 en la Conferencia de las Naciones Unidas en San Francisco, con entrada en vigor el 24 de octubre de ese mismo año.

²⁸⁸ Como recoge LANDA GOROSTIZA, la aparición de esta novedosa alusión a la «discriminación» es intencionada. Mientras que de esta última siempre se predica su carácter arbitrario, la «distinción» puede ser razonable. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal*, pp. 64-65.

²⁸⁹ Art. 2.1 DUDDHH: “*Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*”.

mientras que el art. 7 contempla una protección general no dependiente²⁹⁰. Sea como fuere, la DUDDHH no nace originariamente como un tratado jurídicamente vinculante²⁹¹, sino que se erige como baluarte político y de concienciación moral. Debido a este extremo y antes incluso de lograr la aprobación de la DUDDHH, se alcanza un consenso en la comunidad internacional acerca de la imposición de obligaciones estatales directas para la salvaguarda de tales derechos y libertades. Todo ello quedaría enmarcado en un sistema emergente de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas.

Siguiendo con esta línea expositiva, los tratados vinculados a la proscripción de toda discriminación se van sucediendo en el tiempo a partir del año 1948. Sin embargo, la materialización del principio de no discriminación en clave de interdicción generalista y aplicable a todo el sistema legal del Estado firmante, así como al conjunto de ámbitos recogidos en la Carta de las Naciones Unidas y la DUDDHH, sólo sería posible dieciocho años después. En cambio, el alcance menguado de los tratados previos no hace menguar la enorme importancia de la experiencia codificadora específica que se aborda durante este periodo (1948-1966).

Precisamente uno de los primeros tanteos de articulación jurídica se materializa en el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 260 (A) III, de 9 de diciembre de 1948. A su vez, se trata de la primera ocasión en que Naciones Unidas preconiza la sanción penal obligatoria de conductas racistas o xenófobas. En concreto, el art. 3 del Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), en conjunción con el art. 5 de la misma, insta a sancionar penalmente a las personas responsables de la comisión de “*genocidio*”²⁹², de “*asociación para cometer genocidio*”, de “*instigación*

²⁹⁰ MOECKLI, *Human rights*, pp. 63-64.

²⁹¹ Ahora bien, en la actualidad está ampliamente reconocido por la comunidad internacional que la prohibición de discriminación está dotada de sustantividad y autonomía propia, al existir de forma independiente a su eventual manifestación en tratados. En suma, obliga jurídicamente el Estado en todo caso. Ello es así porque constituye en sí misma una regla de Derecho Internacional consuetudinario y/o un principio general del Derecho Internacional. La no discriminación vendría considerándose una norma de derecho imperativo o de *ius cogens* y, como tal, generadora de obligaciones *erga omnes*. MOECKLI, *Human rights*, pp. 66 y 68. A este respecto, y más concretamente con referencia expresa a la discriminación racial, se citan con frecuencia dos decisiones influyentes de la Corte Internacional de Justicia (CIJ): 1) SCIJ, *Casos Relativos al África Sudoccidental (Etiopía c. Sudáfrica y Liberia c. Sudáfrica)*, de 18 de julio de 1966, Opinión Disidente del Juez Kotaro Tanaka, apdo. 3; y 2) SCIJ, *The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España)*, de 5 febrero de 1970, Puntos 33-34.

²⁹² Según el art. 2 del Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), se entiende por genocidio cualquiera de los siguientes actos “*perpetrados con la intención de destruir, total o*

directa y pública a cometer genocidio”, de “*tentativa de genocidio*” y de “*complicidad en el genocidio*”. Desde un enfoque cualitativo, el genocidio puede considerarse como una de las manifestaciones más extremas de discriminación racial. Sin embargo, mayor interés suscita el debate sobre su eventual afinidad con los delitos de odio. En este caso, además de lo cualitativo, cabe apuntar que también existen las alternativas de valoración cuantitativa²⁹³. Otras voces, en cambio, cuestionan de raíz esa aparente vinculación entre el genocidio y los delitos de odio. Según recogen MCGARRY/WALKLATE, «el genocidio no es un simple ‘estallido de odio’, sino que requiere de una aceptación generalizada de legitimación y una aceptación de las políticas que lleva a cabo el Estado. Es un acto planificado, racional y burocrático de violencia directa o indirecta y de exclusión social extrema, legitimado a través de un esencialismo basado en la diferencia y posicionado al servicio y protección de intereses públicos»²⁹⁴. En resumen, la estética recién descrita del genocidio parece conferir ciertas notas de singularidad al fenómeno.

Además de la anterior, entre otras referibles, destacan la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados* (1951), el *Convenio núm. 105 sobre la Abolición del Trabajo Forzoso* (1957) y el *Convenio núm. 111 relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación* (1958). En resumen, todos estos tratados contienen referencias al principio de no discriminación, además de un ámbito de aplicación –subjetivo o material– concreto, por lo que alcanzan a cubrir exclusivamente un número limitado de derechos y deberes regulable por los poderes públicos estatales. Asimismo, el elenco de categorías protegidas también es restringido, si bien la presencia de la categoría «raza» es transversal.

La sensación de omnipresencia de la cuestión racial descansa en el recuerdo vivo de los totalitarismos nacientes en la primera mitad del s. XX. Tras la Segunda Guerra Mundial estos mismos recuerdos «conducían al pensamiento teórico y puesta en práctica del fortalecimiento y universalización de las garantías constitucionales de todos los

parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso (...): matanza de miembros del grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

²⁹³ Entre otros, LERNER es uno de los valedores de esta lógica cuantitativa. A su juicio, es evidente que existen diferencias incuestionables entre los crímenes organizados en situaciones de conflicto armado y los delitos de odio aislados en una sociedad estable. Sin embargo, acto seguido aclara que entre los motivos racistas que inducen a la comisión de los primeros y el hecho de golpear a una persona de diferente color, raza o religión como ejemplo de los segundos, la diferencia es mayormente cuantitativa. LERNER, “Ethnic cleansing”, p. 116.

²⁹⁴ MCGARRY/WALKLATE, *Victims*, p. 64 (traducción propia).

ciudadanos»²⁹⁵. Sin embargo, al no existir una legislación internacional en materia penal que fuera de aplicabilidad directa a los ciudadanos, se contempla la consecución de un estadio normativo previo que dinamice el marco competencial de los Estados, con el fin de incidir indirectamente «en la modificación o elaboración de diversos preceptos penales que incriminan determinados comportamientos graves de discriminación»²⁹⁶. Como decimos, era cuestión de tiempo que las labores de negociación en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) se volcaran por completo hacia la especificidad de la cuestión racial o xenófoba²⁹⁷.

Tras preparar un borrador de declaración, el Consejo Económico y Social (ECOSOC) en el que se integraba la CDH transmitió este documento a la Asamblea General, que aprobaría por Resolución 1904 (XVIII), de 20 de noviembre de 1963, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. En síntesis, con base en la marca indeleble de los fenómenos que conformaban los imperativos políticos del momento²⁹⁸, en dicha declaración –sin fuerza jurídica vinculante (*soft law*)– se contiene un reconocimiento plano del principio de no discriminación. No obstante, en otra resolución fechada el mismo día, se otorga prioridad absoluta a la

²⁹⁵ BORJA JIMÉNEZ, «Presupuestos político-criminales», pp. 199-200.

²⁹⁶ BORJA JIMÉNEZ, «Presupuestos político-criminales», pp. 209-210.

²⁹⁷ Autores como LANDA GOROSTIZA sitúan el detonante del cambio de sentido del proceso emergente de instrumentalización jurídica internacional hacia la especificidad de la discriminación racial, entendida además con vocación omnicomprendiva, a partir de un episodio histórico muy concreto. Un episodio que actuó a modo de *déjà vu* para una sociedad alemana todavía anestesiada por el recuerdo del Holocausto. Se trató de la profanación de la sinagoga de Colonia (República Federal Alemana) en la víspera de Navidad de 1959, cuando dos miembros del Partido del Imperio Alemán (*Deutschen Reichspartei*) hicieron pintadas y añadieron una esvástica acompañada del lema «*Deutsche fordern: Juden raus*» [los alemanes exigen: fuera judíos]. La ciudad de Colonia era, por aquél entonces, el principal asentamiento de judíos de toda Alemania, siendo un acto con una fuerte carga simbólica. Pero lo cierto es que, al margen del simbolismo asociado a este episodio, se desató una ola antisemita de actos similares (1959-1960) que salpicaría a su paso a otros países de Europa (e, incluso, a Estados Unidos y América Latina). Ampliamente, sobre estas cuestiones y sobre las circunstancias que rodearon el proceso de adopción de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965), liderado por Alemania, véase LANDA GOROSTIZA, “La regulación”, pp. 540-541; LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal*, pp. 81-84; LANDA GOROSTIZA, “Delitos de odio”, pp. 5-6; THORNBERRY, *The International Convention*, pp. 19-33.

²⁹⁸ El Preámbulo de la Declaración de 1963 se refiere expresamente a la toma en consideración de la condena al “(...) **colonialismo** y todas las prácticas de segregación y discriminación que lo acompañan”. Asimismo, se hace eco de “(...) las manifestaciones de discriminación racial que aún existen en el mundo, algunas de las cuales son impuestas por determinados gobiernos mediante disposiciones legislativas, administrativas o de otra índole, en forma, entre otras, de **apartheid**, segregación o separación, así como por el **fomento y difusión de doctrinas de superioridad racial** y expansionismo en algunas regiones” (resaltado añadido).

confección por parte de la CDH de una suerte de Proyecto de Convención Internacional²⁹⁹, que se haría girar sobre el mismo eje temático.

El 21 de diciembre de 1965, a través de la Resolución 2106 (XX) de la Asamblea General de Naciones Unidas, se adopta la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965)³⁰⁰. La CERD supone un hito de instrumentalización jurídica y una referencia normativa atemporal sobre la materia en un sentido amplio. En síntesis, se trata del único acercamiento normativo internacional a la discriminación racial como objeto exclusivo de atención, además de situar por vez primera el principio de no discriminación en la centralidad y no en los márgenes de un tratado de Naciones Unidas. Y aunque la ambiciosa tarea de la erradicación práctica de toda discriminación mueve a buen seguro la gestación de este documento³⁰¹, lo que en verdad se consiguió fue estimular una importante proliferación de legislación estatal conforme a sus disposiciones.

²⁹⁹ Resolución 1906 (XVIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1963, de Elaboración de un Proyecto de Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación.

³⁰⁰ Entrada en vigor el 4 de enero de 1969, también para España, que se adhirió el 13 de septiembre de 1968. Instrumento de ratificación de España: «BOE» núm. 118, de 17 de mayo de 1969, pp. 7462 a 7466.

³⁰¹ ABRISKETA URIARTE aborda la cuestión resumiendo lo que a la postre se demostraría como propósito utópico y que posiblemente estuviera presente en el momento de redacción de la CERD: «[S]i el fin decisivo es “eliminar” la discriminación, quiere decir que ésta se concibe como un fenómeno externo susceptible de ser erradicado. [La discriminación] se entiende como la manifestación de una condición provocada por cierto tipo de estructura social, que ocurre bajo determinadas condiciones históricas y en áreas geográficas concretas, como la Alemania nazi, Sudáfrica o Rodesia del Sur (...). Dado que los hechos constitutivos de discriminación racial suceden en determinadas sociedades, hacerlos desaparecer por completo resulta factible aparentemente». En cierto modo, el contexto socio-político en el que se consolida esta visión —es decir, proclive a singularizar focos de discriminación racial desde una óptica de excepcionalidad— es el idóneo. Para un buen resumen que situé al lector en aquél contexto, nos remitimos a la descripción que efectúa BORJA JIMÉNEZ: «[E]n la época de fuerte industrialización y progreso económico que tiene lugar en Europa tras la Segunda Guerra Mundial, (...) a finales de los años cincuenta y durante la década de los sesenta, (...) países como Alemania, Bélgica, Francia, Inglaterra u Holanda, entre otros, recurren a mano de obra extranjera para poder atender las demandas laborales que exigía el vertiginoso proceso de producción. La acogida de esta población foránea no fue ni mucho menos traumática para estos países en la medida en que la llamada se había presentado como necesaria e inevitable. (...) El progreso económico, la guerra fría (...), algunos otros conflictos bélicos que tuvieron gran impacto en Occidente (guerras de Camboya, Vietnam o Argelia) fueron factores determinantes en el nacimiento de un movimiento de protesta de carácter pacifista, internacional y solidario que contribuyó en gran medida a (...) un ambiente social de tolerancia, frente a la diferencia de razas y culturas (...). Por éstas, y algunas otras razones, se puede explicar en este periodo (tras la Segunda Guerra Mundial y hasta principios de los años setenta) la apenas existente violencia interétnica o interracial, y la gran ausencia de organizaciones con propuestas de discriminación que incitaran el odio entre la población de acogida y la población emigrante». Véase: ABRISKETA URIARTE, “La discriminación racial”, p. 9; BORJA JIMÉNEZ, «Presupuestos político-criminales», pp. 199-200.

A diferencia de los tratados que la preceden, la CERD constituye un verdadero halo renovador también en el ámbito obligacional. En primer lugar, las categorías protegidas rebasan el umbral de lo racial como un todo para incluir un reflejo normativo de otras manifestaciones emparentadas dentro de la misma idea, como son el color, el linaje y el origen nacional o étnico. Asimismo, el ámbito de aplicación de la Convención cubre, en principio, todo el orden legal de un Estado³⁰². En segundo lugar, la protección de los derechos humanos en la CERD ya no sólo se dispensa hacia los individuos con motivo una determinada actuación o práctica estatal, sino que también se extiende de forma pionera hacia relaciones particulares de individuos o grupo de individuos entre sí, responsabilizando igualmente al Estado. Sumado a todo ello, el art. 8 de la CERD posibilita la creación de un Comité de expertos independientes para la salvaguarda de la observancia y aplicación de la Convención³⁰³.

Ya dentro del articulado, el art. 1 define la 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*”. Según hace notar LANDA GOROSTIZA, la “*distinción, exclusión, restricción o preferencia*” que constan formalmente se corresponderían con las distintas gradaciones del término genérico de la diferenciación. El término discriminación, a su vez, se entiende intrínseco en todo acto de diferenciación³⁰⁴. Más aún, se trata de una diferenciación de trato frente a una norma estándar y contraria al sujeto discriminado, interpretándose esto último desde el enfoque

³⁰² VIERDAG, *The concept of discrimination*, pp. 108-109.

³⁰³ El Comité de la CERD es, ante todo, el órgano de monitoreo más antiguo de entre aquellos creados y vinculados con los principales tratados internacionales de Naciones Unidas, cuya actividad se remonta a 1970. Entre sus funciones, destaca la asistencia y labor de refuerzo que brinda a los Estados parte de cara a una correcta implementación de las disposiciones de la CERD en sus respectivos territorios. Para ello, define y explica las interpretaciones de tales disposiciones, o realiza sugerencias, recomendaciones y solicitudes a los Estados parte sobre este mismo particular. Además de evaluar informes que remiten los Estados parte, su informe anual facilita información detallada sobre la evolución de todas sus actividades. Dispone también de un procedimiento de alerta temprana y acción urgente (*early warning and urgent action procedure*) para atajar de forma eficaz patrones de discriminación que puedan ser el origen de una violencia estructural a gran escala. A mayor abundamiento, véase: THORNBERRY, «The Committee», pp. 309-338; THORNBERRY, *The International Convention*, pp. 34-70; LERNER, *The UN Convention*, pp. 101-149; IMADR, *La Convención sobre la Eliminación* (2011).

³⁰⁴ LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal*, p. 85.

del perjuicio causado³⁰⁵. En cambio, este perjuicio derivado de un acto discriminatorio no atiende al arquetipo de daño individualizado y personalista, sino que lo trasciende para asentarse en una dimensión colectiva. De esta forma, el acto se torna lesivo y perjudicial para la víctima, para cada miembro del grupo de pertenencia de la víctima e, incluso, para las bases de convivencia de la sociedad en su conjunto.

Por último, siguiendo esta línea teórica de objetivación por razón del daño causado, se plantea la disyuntiva acerca de si el fuero interno de autor pierde fuerza valorativa en favor de la objetividad del comportamiento humano. Esto es, si se observa con indiferencia el hecho de que el comportamiento haya podido estar motivado o no por alguna de las causas protegidas³⁰⁶. Este punto enlaza directamente con la terminología alternativa empleada por el Comité de la CERD, aludiéndose en repetidas ocasiones a discriminación directa e indirecta. En relación con el caso *L.R. y otros c. Eslovaquia* (2005), apdo. 10.4, el Comité examina la cuestión de fondo y recuerda que “(...) *la expresión "discriminación racial", según se define en el artículo 1, de manera expresa no se limita a las medidas que son explícitamente discriminatorias, sino que abarca aquellas que no son discriminatorias en un sentido aparente, pero que lo son de hecho, y por los efectos que producen, esto es, cuando equivalen a una discriminación indirecta*”³⁰⁷.

Por lo demás, destaca la laxitud de la CERD, que despliega un abanico de medidas de diferente carácter (p.ej.: medidas preceptivas u orientativas con margen para su implementación) y condición (p.ej.: medidas sociales, educativas, jurídicas, etc.), siendo algunas jurídico-penales y que obligan al desarrollo del derecho interno. Este es el caso del art. 4 de la CERD, cuyo foco principal consiste en atajar el discurso del odio racista (*racist hate speech*) a través de disposiciones penales³⁰⁸.

³⁰⁵ En buena lógica, el Comité de la CERD se refiere a que “(...) *una diferencia de trato no constituirá discriminación si los criterios para tal diferencia, juzgados en comparación con los objetivos y propósitos de la Convención, son legítimos (...)*” (apdo. 2, Recomendación General Núm. 14 del Comité de la CERD, relativa al párr. 1 del art. 1 de la Convención, de 16 de marzo de 1993).

³⁰⁶ Para un análisis exhaustivo, véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal*, pp. 84-94.

³⁰⁷ COMITÉ DE LA CERD, *Opinión del Comité* (2005).

³⁰⁸ THORNBERRY, *The International Convention*, p. 267. De hecho, en el momento de adopción de la Convención “*había un difundido temor del renacimiento de ideologías autoritarias*”, por lo que “*se consideraba (...) que era fundamental proscribir la difusión de ideas de superioridad racial y las actividades organizadas susceptibles de incitar a las personas a la violencia racial*”. COMITÉ DE LA CERD, *Recomendación General Núm. 15* (1993), apdo. 1.

Sin embargo, cabe matizar en este punto que de entre las exigencias de sanción penal que dispone el art. 4.a) de la CERD³⁰⁹, una de ellas se refiere a la materialización de “(...) *todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico*”. A partir de este minúsculo pasaje de la disposición³¹⁰, BORJA JIMÉNEZ infiere una conexión directa con la obligación de los firmantes de acudir a la agravante por motivos discriminatorios³¹¹, aunque posteriormente en el tiempo deduce que no venía regulada en convenios supranacionales³¹². Y es que el Comité de la CERD acabaría situando este comportamiento en línea con la lógica más general de la promoción o incitación a la discriminación racial prevista en el resto de conductas. Así, enmarcado dentro de una función más bien preventiva, su inclusión responde a que “(...) *las amenazas y actos de violencia racial conducen fácilmente a otros actos de esta índole y crean una atmósfera de hostilidad*” (Recomendación General Núm. 15 del Comité de la CERD, apdo. 2).

Finalmente, como consagración en un instrumento jurídicamente vinculante de todos y cada uno los derechos y libertades obrantes en la DUDDHH, otro proceso de redacción en paralelo al anterior de la CDH concluye con la aprobación, a través de la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos con entrada en vigor en 1976.

El art. 2.1 del PIDCP mantuvo incólume el espíritu del art. 2.1 de la DUDDHH, e incluso la literalidad de su cláusula de cierre³¹³. En lo que concierne al artículo 26 del

³⁰⁹ En detalle, nos remitimos a su estudio contenido en el apartado «3.2.1.1. *Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965)*» del *Bloque III*. Especial atención se dispensará también para el documento temático del Comité de la CERD sobre la lucha contra el discurso de odio racista recogido en la *Recomendación General Núm. 35* (2013).

³¹⁰ A diferencia de otros aspectos más controvertidos dentro de la redacción del art. 4 a) de la CERD (p.ej.: la referencia a “*toda incitación a la discriminación racial*” como acto punible), la alusión a los actos de violencia (o a la incitación a cometer los mismos) no encontró mayor oposición durante todo el proceso de redacción y debate del artículo en cuestión. Así se recoge en LERNER, *The UN Convention*, p. 53.

³¹¹ Según BORJA JIMÉNEZ, «si tenemos presente que prácticamente todos los estados firmantes de la Convención mantienen como punible los actos de violencia a través de los clásicos delitos de lesiones, maltrato de obra, incendios, daños o estragos, qué duda cabe que la obligada tipificación de la característica que especifica la condición del sujeto pasivo (que sea de otra raza, color u origen étnico), puede venir encauzada a través de la circunstancia agravante de que el agente actúe por esos móviles». BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad*, p. 324.

³¹² BORJA JIMÉNEZ, «Presupuestos político-criminales», p. 211.

³¹³ Art. 2.1 PIDCP: “*Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión,*

PIDCP³¹⁴, la particularidad más reseñable es que durante el proceso de adopción una enmienda al texto provoca que se pierda en la redacción actual la garantía de una total prohibición discriminatoria, no alcanzando a todo tipo de discriminaciones en las relaciones privadas³¹⁵. En suma, la funcionalidad del precepto se limita actualmente a “*la discriminación de hecho o de derecho en cualquier ámbito regulado y protegido por autoridades públicas*”, de tal forma que se impone una obligación a los Estados parte para que se abstengan de implementar legislación con contenido discriminatorio y de aplicarla de un modo igualmente discriminatorio³¹⁶. Por último, el reflejo normativo de la no discriminación en el PIDESC se encuentra ubicado en el art. 2.2³¹⁷, sin que se contenga ninguna alteración sustancial respecto a lo ya examinado.

En último término, mención aparte merece la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 3068 (XXVII), de 30 de noviembre de 1973³¹⁸. Se trata otro instrumento jurídico internacional que pone el acento en la sanción penal obligatoria de conductas racistas o xenófobas. Según lo dispuesto en el art. 1.2 de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, los Estados Parte declaran como criminales “*(...) las organizaciones, las instituciones y los particulares que cometen el crimen de apartheid*”, incluyéndose dentro de tal expresión

opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (resaltado añadido).

³¹⁴ Art. 26 PIDCP: “*Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.

³¹⁵ LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal*, p. 66.

³¹⁶ No obstante, no toda diferenciación de trato constituirá discriminación. En concreto, cuando los criterios que conducen a esa diferenciación sean “*razonables y objetivos*”, persiguiéndose además “*lograr un propósito legítimo*” en virtud del PIDCP, no existirá una tal discriminación. NACIONES UNIDAS, *Observación general núm. 18* (1989), párrs. 12-13.

³¹⁷ Art. 2.2 PIDESC: “*Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*” (resaltado añadido).

³¹⁸ Según lo dispuesto en el art. 1.2 de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, los Estados parte declaran como criminales “*(...) las organizaciones, las instituciones y los particulares que cometen el crimen de apartheid*”, incluyéndose dentro de tal expresión “*(...) las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial (...)*” (art. 2). Ya en el art. 4.b) se impone a dichos Estados parte la obligación expresa de adoptar medidas legislativas para castigar lo que previamente se ha venido a delinear como un delito. Por el contrario, para “*reprimir e impedir el aliento al crimen de apartheid*” se obliga a los Estados parte a la adopción de las medidas legislativas o de otro orden que estimen necesarias (art. 4.a).

“(…) las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial (...)” (art. 2). Ya en el art. 4.b) se impone a dichos Estados Parte la obligación expresa de adoptar medidas legislativas para castigar lo que previamente se ha venido a delinear como un delito. Por el contrario, para “*reprimir e impedir el aliento al crimen de apartheid*” se constriñe a los Estados parte a la adopción de las medidas legislativas o de otro orden que estimen necesarias (art. 4.a). En el caso del *apartheid* nos encontramos ante una especie dentro del género común de la discriminación racial y xenófoba, lo que ha favorecido un tratamiento de estudio autónomo en los círculos jurídicos más especializados³¹⁹. Pero como ya expusimos más arriba con el genocidio, se puede plantear nuevamente la viabilidad de encaje del *apartheid* dentro del paradigma de los delitos de odio. TURPIN-PETROSINO no duda en considerar el *apartheid* como un «delito de odio sistemático cometido por el Gobierno sudafricano»³²⁰. Con todo, el mismo autor asegura que el *apartheid* era «la institucionalización de la legalizada segregación racial, la opresión racial, la supresión de los derechos civiles y la discriminación contra todos los grupos categorizados como no-blancos en la República de Sudáfrica»³²¹. Precisamente este amparo legal hace que el delito de odio se sostenga en abstracto, pero no así en un estudio normativista de Derecho penal. Sobre esta idea, JENSEN también pone en valor el principio de legalidad, reconociendo que no es posible considerar el *apartheid* como delito de odio, puesto que «el *apartheid* no era un delito: era *la ley*»³²².

1.4.2.3. Ámbito regional europeo

La Oficina para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODIHR), institución perteneciente a la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE)³²³, ha realizado un esfuerzo considerable para proveer de herramientas prácticas y operativas a un amplio número de Estados de distintos continentes (57 en la actualidad). Precisamente debido al bagaje adquirido, se trata de la mayor organización regional sobre cuestiones de seguridad del mundo y mantiene desde sus orígenes el objetivo de prevenir conflictos en Europa y su entorno. Por tanto, en sintonía con esta preocupación

³¹⁹ En esta línea se pronuncia LANDA GOROSTIZA, quien alude a las problemáticas específicas del genocidio y del *apartheid* como fenomenologías con dinámica propia en el marco de la discriminación racial y xenófoba. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal*, pp. 67-68.

³²⁰ TURPIN-PETROSINO, *Understanding hate crimes*, p. 196.

³²¹ TURPIN-PETROSINO, *Understanding hate crimes*, p. 196.

³²² JENSEN, *The culture of make believe*, p. 17.

³²³ Sobre la OSCE/ODIHR, véase también todo lo adelantado ya en el apartado «1.2. Construcción Conceptual General» *supra*.

fundamental, la OSCE/ODIHR también ha favorecido una importante línea de entendimiento de los delitos de odio³²⁴. No obstante, como se verá más adelante, empieza a tomar cuerpo la idea de que «el desarrollo del delito de odio como concepto de trabajo en la UE ha sido sorpresivamente mediocre»³²⁵.

A modo de cierre de apartado, el Consejo de Europa representa la otra gran organización intergubernamental de referencia sobre la materia. Así, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950 es el instrumento central a partir del cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha ido construyendo dos líneas de desarrollo jurisprudencial relevantes. Una primera, tardía en el tiempo, que ha optado por el enfoque jurídico antidiscriminatorio, mientras que la otra aborda frontalmente los discursos de odio atendiendo a los límites del derecho fundamental a la libertad de expresión. Sobre esta última vertiente, en tanto que encaja con la materia a tratar en el *Bloque III*³²⁶, se reserva para más adelante.

a) OSCE

En el año 2009, el principal órgano rector y decisorio de la OSCE, el Consejo Ministerial, adopta la Decisión núm. 9/09 sobre el combate a los delitos de odio, donde se hace una llamada a los Estados de la OSCE para, entre otras medidas, “*implementar, según corresponda, legislación específica y adaptada contra los delitos de odio, previendo penas efectivas que tengan en cuenta la gravedad de tales delitos*”³²⁷. Pero sin duda el plano conceptual y de entendimiento fenomenológico es el aspecto más trabajado y reconocido de esta organización en torno a los delitos de odio. En lo sucesivo, se optará por el uso preferente de dos guías publicadas en los años 2009³²⁸ y 2014³²⁹ por la

³²⁴ Entre otros, AGUILAR GARCÍA afirma que la OSCE «ha dictado las principales líneas maestras de actuación de la acción europea en la lucha contra los delitos de odio». Por ello, siguiendo ahora a QUESADA ALCALÁ, destaca de que con la OSCE vemos un claro ejemplo de «cómo una Organización que tiene como una de sus tareas fundamentales la consecución de la seguridad, parte de la consideración de que los *hate crimes* pueden constituir una amenaza a la misma». Véase: AGUILAR GARCÍA, *Manual práctico*, p. 165; QUESADA ALCALÁ, “La labor de la Unión Europea”, p. 19.

³²⁵ GARLAND/CHAKRABORTI, «Divided by a common concept?», p. 43 (traducción propia).

³²⁶ En concreto, véase el apartado «3.2.2.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos» del *Bloque III*.

³²⁷ OSCE/ODIHR, *Decision No. 9/09* (2009), Punto Segundo (traducción propia).

³²⁸ OSCE/ODIHR, *Hate crime laws* (2009).

³²⁹ OSCE/ODIHR, *Prosecuting hate crimes* (2014). Existe también traducción (no oficial) al español como resultado de la colaboración entre el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, la Fiscalía General del Estado y la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Se empleará esta traducción de forma vehicular de cara a mejorar el entendimiento de conceptos directamente traducidos del inglés. OSCE/ODIHR, *La persecución penal* (2016).

OSCE/ODIHR, sin perjuicio de que existan otras muchas Decisiones que se han venido dictando sobre aspectos más concretos³³⁰, o incluso de los estudios empíricos focalizados en diferentes Estados y cuyas conclusiones se vuelcan en sus informes anuales.

La OSCE/ODIHR concibe el delito de odio como una infracción penal común que está motivada por el prejuicio hacia una característica específica de la víctima y cometida contra una persona, un grupo de personas o bienes asociados³³¹. Este prejuicio específico es el que diferenciaría un delito de odio de otro ordinario, aunque acto seguido se especifica que el autor ha tenido que escoger intencionadamente a la víctima del delito por razón de alguna característica protegida, seleccionándola sobre la base de su pertenencia al grupo en cuestión³³². Todo lo anterior lo cataloga la OSCE/ODIHR como la “*forma de prejuicio más extrema*”³³³.

En resumen, la OSCE/ODIHR apuesta por el modelo de la selección discriminatoria (*discriminatory selection model*)³³⁴. Así lo entiende también HANEK, que lo califica como «el principio rector a la hora de determinar la existencia de un motivo prejuicioso desde la óptica aproximativa de la ODIHR: la *hostilidad* probada también cuenta, pero para establecer el motivo prejuicioso es suficiente probar que la víctima fue seleccionada por razón de una característica protegida»³³⁵. Además, la propia OSCE/ODIHR parece posicionarse en este sentido al disponer que “*la ley de selección discriminatoria es más fácil de aplicar en la práctica y es probable que realice una mejor labor de abordaje del tipo de daño que las leyes sobre delitos de odio tienen previsto prevenir*”³³⁶. Al hilo de

³³⁰ Para una panorámica general de las Decisiones más relevantes adoptadas por la OSCE/ODIHR, véase AGUILAR GARCÍA, *Manual práctico*, pp. 164-168.

³³¹ OSCE/ODIHR, *La persecución penal* (2016), p. 29.

³³² OSCE/ODIHR, *Hate crime laws* (2009), pp. 16-17.

³³³ OSCE/ODIHR, *La persecución penal* (2016), p. 22.

³³⁴ Sobre este modelo, véase el apartado «1.2.2.3. *Concepción discriminatoria*» *supra* y el apartado «1.5.2. *Agravante genérica del art. 22.4 CP: los claroscuros de su fundamento dogmático*» *infra*.

³³⁵ HANEK, «International legal framework», p. 471 (traducción propia). Ahora bien, según GOODALL, este planteamiento no sería tan simple como pudiera aparentar ser. Y es que, para decantarse por uno u otro modelo, la OSCE/ODIHR se habría apoyado en un cuerpo de decisiones judiciales (*case-law*) construido durante años en los Estados Unidos sobre la agravación de la pena por motivos prejuiciosos. Sobre este particular, GOODALL cree que en ese *case-law* se contienen más bien, salvo contadas excepciones, decisiones ambivalentes. No existe una postura tan definida sobre cuál es el modelo de referencia en Estados Unidos, por lo que quienes crean ver lo contrario es porque hacen una interpretación forzada e interesada que pasa por alto el lenguaje ambiguo que se emplea en los pronunciamientos judiciales sobre agravaciones de la pena. Sirva aquí con apuntar que una gran mayoría de legislaciones estadounidenses requieren probar que la víctima haya sido seleccionada «debido a», «a causa de» o «por razón de» (p.ej.: *because of* o *by reason of*) su pertenencia –o presunta pertenencia– a un colectivo protegido. En detalle, véase GOODALL, “Conceptualising”, pp. 224-227.

³³⁶ OSCE/ODIHR, *Hate crime laws* (2009), p. 48 (traducción propia).

esto último, se puede afirmar que el efecto particular que irradian los delitos de odio, tanto a nivel individual como comunitario, ocupa otro lugar destacado en el estándar interpretativo de la OSCE/ODIHR³³⁷. Ello se confirma desde el momento en que esta organización asume que el impacto a la víctima es un rasgo diferencial al mismo nivel que la motivación de autor³³⁸. Más aun, ante la ausencia de claridad en la motivación prejuiciosa tras el acto delictivo cometido, “*la brutalidad del delito es un potente indicador de que [el delito] puede haber sido motivado por prejuicios*”³³⁹.

De todo lo anterior se entiende ahora mucho mejor por qué el error de asociar a la víctima con un colectivo concreto no deba impedir, según la OSCE/ODIHR, que el acto se categorice como delito de odio³⁴⁰. Además, se aboga por la no exclusión automática del factor prejuicioso cuando se encuentren involucrados múltiples motivos en la comisión delictiva³⁴¹. Algunos autores han llegado a sostener que la OSCE/ODIHR ni tan siquiera estaría requiriendo que el prejuicio fuera el motivo principal, sino que su mera constatación como elemento presente en el acto bastaría para la consideración de una infracción penal como delito de odio³⁴². Por otro lado, se establece una clara bidireccionalidad al asumir que los delitos de odio efectivamente pueden ser cometidos contra miembros de un grupo social mayoritario. Ahora bien, respecto a este último punto se aclara que son las comunidades más marginalizadas las que sufren con mayor desproporción las consecuencias derivadas, por lo que se pone en valor el componente simbólico de toda legislación contra delitos de odio³⁴³. Tanto es así que esta organización entiende que el reflejo de infracciones penales sustantivas representa la técnica legislativa más adecuada a la hora de incorporar disposiciones penales contra los delitos de odio en las legislaciones nacionales, ya que así se gana en visibilidad y expresividad³⁴⁴.

Para concluir, la OSCE/ODIHR defiende que deben valorarse tres factores antes de proceder a expandir las categorías susceptibles de protección penal a través de la legislación nacional. El primero tiene que ver con que la selección de la víctima lo haya

³³⁷ Sobre este particular, véase el apartado «1.2.2.5. Concepción de efecto» *supra*.

³³⁸ OSCE/ODIHR, *Hate crime laws* (2009), p. 17.

³³⁹ OSCE/ODIHR, *La persecución penal* (2016), p. 68.

³⁴⁰ OSCE/ODIHR, *Hate crime laws* (2009), p. 51.

³⁴¹ OSCE/ODIHR, *Hate crime laws* (2009), pp. 53-55.

³⁴² GARLAND/CHAKRABORTI, *Hate crime*, pp. 134-135.

³⁴³ OSCE/ODIHR, *Hate crime laws* (2009), p. 20. Véase también el apartado «1.2.2.4. Concepción simbólica» *supra*.

³⁴⁴ OSCE/ODIHR, *Hate crime laws* (2009), p. 35.

sido por características identitarias inalterables (p.ej.: una discapacidad) o fundamentales (p.ej.: la religión), que conformen un sentido de pertenencia a un grupo. El segundo es el relativo al contexto social e histórico de un lugar. Por ello, atendiendo a las dinámicas de discriminación opresivas –vigentes y pasadas– se debería colegir la necesidad de reforzar la protección hacia ese colectivo dentro del marco de la realidad nacional. Finalmente, como tercer y último factor, la OSCE/ODIHR incide en que deben valorarse adecuadamente las implicaciones prácticas que puedan derivar de la incorporación de una u otra categoría para los operadores jurídicos (p.ej.: la dificultad probatoria respecto a una categoría que no presenta rasgos observables evidentes)³⁴⁵.

Sin embargo, todo este marco expuesto distaría mucho de reflejar un punto de referencia alentador acerca de los delitos de odio a escala europea. Según GARLAND/CHAKRABORTI, la definición sobre delitos de odio empleada por la OSCE/ODIHR no se habría filtrado correctamente a nivel estatal, ni tampoco a otras instituciones europeas³⁴⁶. No obstante, si bien se reconoce la importancia del elemento histórico a la hora de que los Estados fijen prioridades para abordar los delitos de odio³⁴⁷, así como los diferentes contextos políticos y sociales entre Estados, parece evidente que esta prioridad es significativamente baja en algunos Estados³⁴⁸. De hecho, «quizás estas diferencias subrayen el fracaso de *un enfoque de derechos humanos* para facilitar una consistente y significativa política legislativa y una legislación sobre delitos de odio en la UE»³⁴⁹. Finalmente, GARLAND/CHAKRABORTI concluyen que los delitos de odio en Europa han sido a menudo entendidos a la luz del prisma de las políticas identitarias o

³⁴⁵ OSCE/ODIHR, *Hate crime laws* (2009), pp. 38-39.

³⁴⁶ Por ejemplo, algunos Estados encontrarían en la «emoción de odio» el componente esencial de los delitos de odio. En esta misma línea se pronuncia, según estos autores, el Consejo de Europa en los arts. 2, 5 y 6 del Protocolo Adicional relativo a la Penalización de Actos de Índole Racista y Xenófoba cometidos por medio de Sistemas Informáticos (2003). Sobre este último documento, el cual analizaremos en el epígrafe «a) Tratado de Ciberdelincuencia (2001) y Protocolo Adicional relativo a la Penalización de Actos de Índole Racista y Xenófoba cometidos por Medio de Sistemas Informáticos (2003)» del apartado «3.2.2.1. Consejo de Europa» del *Bloque III*, los autores son claros: «[D]esafortunadamente, el párrafo 15 del memorándum explicativo define *odio* como ‘una aversión intensa o enemistad’, algo más fuerte que el elemento de *prejuicio* de la noción de la ODIHR, así como algo que la investigación (...) sugiere que no es evidente en la gran mayoría de *delitos de odio*». GARLAND/CHAKRABORTI, «Divided by a common concept?», p. 46.

³⁴⁷ Sin ir más lejos, «los acontecimientos sucedidos en Austria, Alemania e Italia en el s. XX han devenido en un foco inevitable contra las actitudes de derechas y contra el antisemitismo». En cambio, «el énfasis en el abordaje del racismo en el Reino Unido puede ser atribuible a la migración masiva del Caribe y del sur de Asia al Reino Unido a partir de finales de la década de 1940». GARLAND/CHAKRABORTI, «Divided by a common concept?», p. 47 (traducción propia).

³⁴⁸ GARLAND/CHAKRABORTI, «Divided by a common concept?», p. 51.

³⁴⁹ GARLAND/CHAKRABORTI, «Divided by a common concept?», p. 54 (traducción propia).

identity politics, a las que ya hemos tenido ocasión de referirnos con anterioridad³⁵⁰. Así, se presta apoyo y protección a ciertos grupos victimizados mientras que otros no habrían alcanzado notoriedad política suficiente como para conseguir la ansiada incursión normativa. Por tanto, «esta *jerarquía de victimización* se refleja dentro de la UE en la desigual (...) protección legislativa para los grupos de víctimas»³⁵¹.

Pero, según BLEICH, el viejo continente tiene singularidades que ayudan a marcar distancia respecto el marco de referencia estadounidense. En primer lugar, la población étnica minoritaria es mucho más pequeña en Europa que en Estados Unidos, mientras que la población no blanca es representada por los inmigrantes o descendientes de los mismos. En segundo lugar, si bien algunos Estados conceden fácilmente la ciudadanía a los inmigrantes, existen otros que no. En último lugar, el discurso europeo avivado habitualmente por la extrema derecha acostumbra a caricaturizar a los inmigrantes como amenazas a la cohesión social, a la seguridad laboral y al *modus vivendi* nacional. Por todo lo anterior, BLEICH concluye que «es virtualmente imposible organizar algo equivalente al Movimiento por los Derechos Civiles americanos», y que «en ningún lugar de Europa son las minorías un bloque de votantes tan influyente a escala nacional como para acaparar la atención de los legisladores». Así las cosas, por ejemplo, «las disposiciones antirracistas dependen de la buena voluntad de los progresistas y de las élites, que a menudo toman ejemplo de los organismos internacionales y de los Estados con mayor experiencia»³⁵².

b) Consejo de Europa

El art. 14 del CEDH³⁵³ recoge la única cláusula de prohibición de discriminación en el texto, aunque con una notable falta de autonomía, pues su alegación depende de la invocación conjunta con algún otro de los derechos reconocidos en el mismo cuerpo legal.

³⁵⁰ Véase el apartado «1.1. Enfoques y Modelos de Aproximación Previos» *supra*.

³⁵¹ GARLAND/CHAKRABORTI, «Divided by a common concept?», p. 54 (traducción propia).

³⁵² BLEICH, *The freedom to be racist?*, p. 128 (traducción propia).

³⁵³ Art. 14 CEDH: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

El Protocolo Núm. 12 al CEDH³⁵⁴, adoptado el 4 de noviembre del 2000³⁵⁵, vino a enmendar lo anterior posibilitando un despliegue del principio de no discriminación sin contenciones. Aun así, el cambio parece más formal que material, ya que en la práctica «ha sido la propia jurisprudencia del TEDH en torno al artículo 14 del CEDH la que ha dotado de mayor contenido al principio de no discriminación en las últimas décadas»³⁵⁶. Por ello, no es de extrañar que el TEDH haya reconocido cierta autonomía al art. 14 del CEDH, ya que si bien «la vulneración de este precepto debe conectarse siempre necesariamente con otro de los derechos y libertades expresamente reconocidos por el Convenio y sus Protocolos, puede entrar en juego, incluso, sin que se haya producido una vulneración de estos últimos»³⁵⁷. Así, se trataría de una autonomía de segundo grado³⁵⁸. Sin embargo, de producirse una vulneración sustantiva de alguno de los derechos del CEDH, el art. 14 parece tener una función meramente subsidiaria, puesto que «no suele analizarse ya la cuestión desde la perspectiva de la discriminación, sin perjuicio de que en algunos casos sí lo haya hecho»³⁵⁹.

Por lo demás, es a partir de la década del 2000 cuando el principio de no discriminación «va tomando cuerpo y tiene reservado un papel en el razonamiento judicial de Estrasburgo», de tal forma que «aumenta el número de demandas admitidas a trámite y a través de la jurisprudencia se visibiliza el problema»³⁶⁰. Pero si bien el TEDH había venido interesándose especialmente por la discriminación por razón de orientación sexual, nacimiento o nacionalidad³⁶¹, lo cierto es que no consta pronunciamiento desfavorable alguno en que se alegara la discriminación racial del art. 14 de la CEDH hasta el año 2005³⁶², mientras que la primera violación del Protocolo Núm. 12 llegaría cuatro años más tarde³⁶³. Sabido lo anterior, lo cierto es que pretender realizar una

³⁵⁴ Según el art. 1.1 del Protocolo Núm. 12 al CEDH, “*el goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*”. Acto seguido, en el apartado segundo del mismo artículo, se aclara que “*nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, especialmente por los motivos mencionados en el párrafo 1*”.

³⁵⁵ Su entrada en vigor tuvo lugar el 4 de abril de 2005. España lo ratifica el 25 de enero de 2008 (BOE de 14 de marzo de 2008) y entraría en vigor el 1 de junio de 2008.

³⁵⁶ ABRISKETA URIARTE, “La discriminación racial”, p. 14.

³⁵⁷ CASADO CASADO, «Recopilación y documentación», p. 59.

³⁵⁸ REY MARTÍNEZ, “La discriminación racial”, p. 293.

³⁵⁹ CASADO CASADO, «Recopilación y documentación», p. 60.

³⁶⁰ ABRISKETA URIARTE, “La discriminación racial”, pp. 14-15.

³⁶¹ Así lo recoge REY MARTÍNEZ, “La discriminación racial”, p. 295.

³⁶² STEDH, *Nachova y otros c. Bulgaria*, 6 de julio de 2005.

³⁶³ STEDH, *Sejdić y Finci c. Bosnia Herzegovina*, 22 de diciembre de 2009.

compilación de pronunciamientos del TEDH vinculados a la discriminación racial excedería con mucho los límites fijados en la elaboración del presente estudio. Aun así, es interesante reseñar brevemente los estándares básicos del TEDH asentados a la luz de pronunciamientos varios sobre la tutela discriminatoria racial.

En un primer momento y hasta el año 2005, la tónica del TEDH vino marcada por la desestimación de cualquier alegación de violación del art. 14 CEDH, aduciendo para ello que la ausencia de prueba más allá de toda duda razonable impedía al Tribunal concluir la existencia de un prejuicio racial o étnico como móvil³⁶⁴. La alusión recurrente a la insuficiencia probatoria o de fundamentación del demandante se reflejaba en la práctica totalidad de decisiones del TEDH. Sin embargo, la decisión de la Gran Sala sobre el caso *Nachova y otros c. Bulgaria* (2005) vino a establecer un marco de acercamiento a la materia de la prohibición de discriminación sin precedentes³⁶⁵. En específico, el Tribunal realiza un análisis fraccionado en dos tiempos sobre aspectos sustantivos y procesales. Primero, el TEDH se plantea si la motivación racial fue o no factor causal con respecto a los actos impugnados de las muertes de dos personas de etnia romaní por un miembro de la policía militar búlgara que trataba de detenerlos. Pronunciándose en sentido negativo al respecto, el TEDH va más allá y acto seguido establece de forma novedosa que el cumplimiento por parte de las autoridades de su obligación procesal de investigar los posibles motivos racistas era una cuestión diferente³⁶⁶. Como tal, existía un deber añadido –y complementario– para las autoridades nacionales de investigar el vínculo causal entre el móvil y los actos cometidos, desenmascarando en su caso el papel que hubiere desempeñado el primero en el curso de los acontecimientos. El deber procesal no era absoluto, sino que se tenía por cumplido siempre que se hubiesen empleado todos los medios posibles y razonables en atención a las circunstancias del caso³⁶⁷. Con posterioridad, en el caso *Šečić c. Croacia* (2007), esta «doctrina Nachova» adquirirá una nueva dimensión al extenderse también la aplicación de la obligación procesal de investigación estatal a actos cometidos por personas privadas³⁶⁸.

³⁶⁴ Dos son las sentencias más frecuentemente citadas en este sentido: 1) STEDH, *Velikova c. Bulgaria*, 19 de mayo de 2000 (§ 94); 2) STEDH, *Anguelova c. Bulgaria*, 13 de junio de 2002 (§§ 166-168).

³⁶⁵ No es éste el lugar para realizar un análisis exhaustivo de la jurisprudencia del TEDH, ni se pretende mezclar jurisprudencia con legislación. No obstante, el caso *Nachova y otros c. Bulgaria* (2005) representa un hito que marcó la deriva posterior del TEDH en sus pronunciamientos sobre la prohibición de la discriminación.

³⁶⁶ STEDH, *Nachova y Otros c. Bulgaria*, 6 de julio de 2005, § 157.

³⁶⁷ STEDH, *Nachova y Otros c. Bulgaria*, 6 de julio de 2005, §§ 161 y 168.

³⁶⁸ STEDH, *Šečić c. Croacia*, 31 de mayo de 2007, § 67.

En resumen, tras la estela de los casos *Nachova y otros c. Bulgaria* (2005) y de *Šečić c. Croacia* (2007), las sentencias posteriores del TEDH asumen uniformemente esta dirección de establecer deberes positivos a las autoridades estatales para desenmascarar las motivaciones o prejuicios que hayan podido tener un rol relevante en los hechos. Y ello con independencia de que estén agentes de seguridad o particulares involucrados en los mismos. De esta forma, la obligación de las autoridades estatales de buscar un enlace entre actitudes racistas y brotes de violencia es parte de una responsabilidad extensiva que incumbe en último término al Estado. Pero estas obligaciones no son absolutas y se superan procurando diligentemente realizar lo que sea razonable según las circunstancias del caso, de tal forma que se recojan y aseguren pruebas, se exploren todos los medios prácticos para descubrir la verdad, y se dispensen decisiones razonadas, imparciales y objetivas, sin omisión de hechos sospechosos que puedan ser indicativos o estar movidos por violencia racial. En general, un comportamiento contrario a estas directrices equivaldría a desconocer la naturaleza particularmente destructiva y diferenciada de estos actos, así como su incompatibilidad con el art. 14 del CEDH³⁶⁹.

Con todo, si bien en el ámbito de las agresiones racistas por la actuación de agentes de la autoridad existe una evolución garantista muy favorable, también hay retrocesos y vacilaciones destacadas. Y este índice de variabilidad del TEDH se acentúa «en función del tipo de tema relacionado con el racismo que examina, habida cuenta que la sensibilidad del Tribunal no es la misma en función del ámbito material de que se trate»³⁷⁰. Precisamente, al reparar a la doctrina del TEDH sobre el «margen de apreciación» se vislumbran algunas de las respuestas sobre la enorme variabilidad del TEDH con según qué temas. Atendiendo a la misma, se presupone un espacio de discrecionalidad estatal en la labor interpretativa a la hora de identificar la existencia y el alcance real de la discriminación. Y ello porque se entiende que un derecho no puede juzgarse en abstracto y omitiendo unos marcos de realidad nacional singulares (esto es, variables según las circunstancias y el contexto). En otro orden de ideas, este margen de discrecionalidad resulta ser un indicador o señal importante de no haberse alcanzado un

³⁶⁹ Entre otras resoluciones que se irían sumando a este razonamiento, extraemos las siguientes: *Angelova e Iliev c. Bulgaria*, 26 de julio de 2007 (§ 115); *Stoica c. Rumanía*, 4 de marzo de 2008 (§ 119); *Milanović c. Serbia*, 14 de diciembre de 2010 (§§ 96-97); *Identoba y otros c. Georgia*, 12 de mayo de 2015 (§ 67); *Balázs c. Hungría*, 20 de octubre de 2015 (§§ 52 y 54); *Boacă y otros c. Rumanía*, 12 de enero de 2016 (§§ 105-106).

³⁷⁰ CASADO CASADO, «Recopilación y documentación», p. 145.

consenso interestatal suficiente en ciertos reductos regulados de la vida en sociedad (p.ej.: en materia de ordenación del territorio³⁷¹ o en materia de limitación de la libertad de expresión). Esta falta de consenso precipita la deferencia de los tribunales regionales hacia las autoridades nacionales³⁷².

Sea como fuere, RODRÍGUEZ YAGÜE sostiene que el Consejo de Europa habría dado prioridad absoluta a «la vía política de las declaraciones y recomendaciones para la condena de los actos de racismo», así como a una «propuesta de medidas y acciones de carácter positivo y preventivo»³⁷³. En esta misma línea, LANDA GOROSTIZA añade que «esa aspiración de orientación político-criminal coincide en derivar los esfuerzos de tipificación penal principalmente hacia la figura penal de la provocación antixenófoba»³⁷⁴. Así, una de las iniciativas regionales más importantes, tanto que lograría influir en la promulgación de legislación penal antixenófoba a escala nacional, es la *Recomendación 453* (1966)³⁷⁵, aprobada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa de 27 de enero de 1966, relativa a las medidas a adoptar contra la incitación al odio racial, nacional o religioso. En específico, a este documento se le atribuye una labor de complemento a la CERD³⁷⁶, además de constituir una ley modelo (*model law*) finalmente asumida por numerosos países del entorno europeo³⁷⁷. En resumen, se promueve la adopción de medidas, incluidas las legislativas (y con ellas las penales antirracistas), estando la integridad de los comportamientos que debieren ser objeto de tipificación penal configurados en torno a la corriente más arriba indicada sobre la provocación xenófoba.

³⁷¹ STEDH, *Coster c. Reino Unido*, 18 de enero de 2001.

³⁷² BARBOSA DELGADO, «Los límites a la doctrina», p. 109.

³⁷³ RODRÍGUEZ YAGÜE, «La política criminal europea», p. 344.

³⁷⁴ LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal*, p. 79.

³⁷⁵ CONSEJO DE EUROPA, *Recommendation 453* (1966). Con una perspectiva más simbólica que sustantiva, RODRÍGUEZ YAGÜE aporta otros pronunciamientos o compromisos relacionados con el Consejo de Europa que expresaban la necesidad de legislar acudiendo al recurso penal contra las distintas formas de racismo, xenofobia e intolerancia. RODRÍGUEZ YAGÜE, «La política criminal europea», pp. 344-345.

³⁷⁶ Según DAVID JONES, la ley modelo incluida en la *Recomendación 453* (1966) representaba un esfuerzo del Consejo de Europa por alentar a sus miembros a cumplir con sus obligaciones tras el art. 4 de la CERD. DAVID JONES, *Human rights*, p. 150.

³⁷⁷ Esta *model law* tenía la virtud de fijar un «parámetro comparativo para poder analizar la conveniencia de modificar la legislación ya existente en la materia o, simplemente, para inspirar legislaciones *ex novo*». LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal*, p. 79.

Mención aparte merece la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), organismo del Consejo de Europa fundado en el año 1993 y especializado en la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia a nivel europeo. Dentro de las distintas actividades que desarrolla, destaca la exhaustiva investigación país por país, que permite colaborar con los Gobiernos estatales para marcar una hoja de ruta en la adopción de propuestas de acción más concretas y efectivas. Junto a lo anterior, interesa detenernos muy especialmente en las recomendaciones de política general que realiza la ECRI. Cabe aclarar que tanto los informes periódicos sobre cada Estado como las recomendaciones de política general son observados con atención por el TEDH a la hora de emitir su fallo³⁷⁸. Todo lo anterior compensa el hecho de que no estemos ante normas jurídicamente vinculantes para los Estados miembros. Por otro lado, con independencia de las recomendaciones que se citarán a continuación, es importante conocer que la ECRI propuso ya en 1996 que los motivos racistas o xenófobos del infractor debían ser tomados en consideración de forma específica en el castigo de hechos delictivos³⁷⁹.

De entre todas las recomendaciones³⁸⁰, la *Recomendación de Política General Núm. 15 (2015)*³⁸¹ de la ECRI, así como su predecesora temática la *Recomendación No. R (97) 20 (1997)*³⁸², en tanto orientadas a la lucha contra el discurso del odio, serán expresamente obviadas en este punto para su análisis independiente más adelante³⁸³. Bajo el mismo razonamiento, la *Recomendación de Política General Núm. 6 (2000)* de la ECRI³⁸⁴, vinculada *ex professo* a la lucha contra la difusión de material racista, xenófobo y antisemita a través de Internet, tampoco será debidamente tratada por el momento³⁸⁵. Con

³⁷⁸ En realidad, se trata más bien de una retroalimentación mutua: «[L]as RPG [Recomendaciones de Política General] de la ECRI (...) se basan en la normativa del Consejo de Europa y en ciertos criterios marcados por el TEDH. Al margen de que estos no sean muy homogéneos, la ECRI se fija en un núcleo duro de doctrina asentada por éste». ELOSEGUI ITXASO, “Las recomendaciones de la ECRI”, p. 6.

³⁷⁹ ECRI, *General Policy Recommendation No. 1* (1996), p. 4.

³⁸⁰ AGUILAR GARCÍA realiza una sucinta presentación de la configuración y contenido de cada una de las recomendaciones realizadas por la ECRI hasta el mes de noviembre del año 2015. AGUILAR GARCÍA, *Manual práctico*, pp. 139-154.

³⁸¹ Véase: ECRI, *Recomendación de Política General Núm. 15 (2015)*; ECRI, *Memorándum explicativo (2015)*. Para una versión igualmente traducida al español, pero que será la empleada en citas posteriores, véase ECRI, *Recomendación y memorándum explicativo (2017)*.

³⁸² CONSEJO DE EUROPA, *Recommendation No. R (97) 20 (1997)*.

³⁸³ Véase el epígrafe «b) Otros documentos de interés: una muestra mínima pero muy representativa» y el «c) Recomendación de Política General Núm. 15 (2015) de la ECRI» del apartado «3.2.2.1. Consejo de Europa» del Bloque III.

³⁸⁴ ECRI, *General Policy Recommendation No. 6 (2000)*.

³⁸⁵ Véase el epígrafe «b) Otros documentos de interés: una muestra mínima pero muy representativa» del apartado «3.2.2.1. Consejo de Europa» del Bloque III.

todo, es preciso abordar ahora la *Recomendación de Política General Núm. 7 (2002)*³⁸⁶ de la ECRI, ya que se trata de una importante propuesta sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial. Más concretamente, se recomienda a los Estados miembros que legislen contra el racismo y la discriminación racial en caso de que tal legislación no exista o resulte incompleta. En concreto, debe garantizarse que ciertos elementos clave queden incorporados a la misma. En lo concerniente a la legislación penal, se enumeran una serie de conductas que deben ser objeto de tipificación penal cuando fueren cometidas de forma intencional:

- La incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación contra una persona o un conjunto de personas [*grouping of persons*] por motivo de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad, u origen nacional o étnico [apdo. 18.a)].
- Los insultos [*public insults*] y la difamación –calumnias [*slanders*] e injurias [*libels*]³⁸⁷– realizadas en público contra una persona o un conjunto de personas por motivo de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad, u origen nacional o étnico [apdo. 18.b)].
- Las amenazas contra una persona o un conjunto de personas por motivo de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad, u origen nacional o étnico [apdo. 18.c)].
- La expresión en público, con un fin racista, de una ideología que reivindique la superioridad o que desprecie o denigre a un conjunto de personas por motivos de raza, color, idioma, religión, nacionalidad, u origen nacional o étnico [apdo. 18.d)].
- La negación, trivialización, justificación o aprobación en público, con un objetivo racista, de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra [apdo. 18.e)].
- La difusión o distribución públicas, o la producción o el almacenamiento con la intención de difundir o distribuir públicamente, con un propósito racista,

³⁸⁶ ECRI, *General Policy Recommendation No. 7 (2002)*. Véase también lo desarrollado en el epígrafe «b) Otros documentos de interés: una muestra mínima pero muy representativa», del apartado «3.2.2.1. Consejo de Europa» del Bloque III.

³⁸⁷ Precisión realizada en ECRI, *Explanatory memorandum (2002)*, párr. 40.

- material escrito, gráfico o de cualquier otra índole que contenga manifestaciones de los tipos descritos en los apartados anteriores [apdo. 18.f)].
- 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 con el propósito de contribuir a los delitos referidos en los apartados anteriores [apdo. 18.g)].
 - La discriminación racial en el ejercicio individual de una ocupación de carácter público [apdo. 18.h)].

Junto a todo lo anterior se contiene otra cláusula autónoma de adelantamiento de la intervención punitiva, precisando que la legislación debería penalizar cualquier instigación, ayuda, incitación o tentativa de cometer cualquiera de los delitos penales contemplados en los apartados 18 y 19 [apdo. 20]³⁸⁸, siendo este último el relativo al delito de genocidio [apdo. 19]. Finalmente, lo que se recoge e interesa verdaderamente destacar en este punto es la llamada a la tipificación de una circunstancia agravante para toda motivación racista que se contenga en infracciones penales que no estén específicamente mencionados en el catálogo anterior [apdo. 21]³⁸⁹, así como a la previsión de responsabilidad penal de las personas jurídicas por estas mismas conductas [apdo. 22]. De forma complementaria, el apartado 47 del memorándum explicativo de la *Recomendación de Política General Núm. 7* (2002) aclara que, sin perjuicio de lo anterior, “(...) la legislación podrá sancionar los delitos comunes cometidos con una motivación racista como delitos específicos”³⁹⁰.

El marco de referencia de las disposiciones de *soft law* es bastante más amplio, pero al ser documentos que abundan en detalles, se irán descargando a lo largo del estudio en la medida que asistan a una mejor comprensión del mismo. Aun así, el principio de no discriminación es un principio rector en la lógica antidiscriminatoria seguida por el Consejo de Europa en numerosos convenios jurídicamente vinculantes y sectorizados por razón de la materia. Este es el caso, por nombrar alguno, del Convenio Marco para la

³⁸⁸ Sin embargo, el memorándum explicativo de la *Recomendación de Política General Núm. 7* (2002) salva las posibles redundancias derivadas del apdo. 20 de la Recomendación aclarando que “(...) sólo es aplicable a aquellos delitos en los que es posible la instigación, la ayuda, la incitación o la tentativa”. ECRI, *Explanatory memorandum* (2002), párr. 46.

³⁸⁹ Apdo. 21 de la *Recomendación de Política General Núm. 7* (2002): “La legislación debería estipular que, para todos los delitos penales no especificados en los apartados 18 y 19, la motivación racista constituya una circunstancia agravante”.

³⁹⁰ ECRI, *Explanatory memorandum* (2002), párr. 47 (traducción propia).

Protección de las Minorías Nacionales (núm. 157 del Consejo de Europa) adoptado el 10 de noviembre de 1994³⁹¹ o del Convenio sobre la Ciberdelincuencia (núm. 185 del Consejo de Europa) adoptado el 23 de noviembre del 2001³⁹². Este último Convenio, junto a su Protocolo Adicional relativo a la Penalización de Actos de Índole Racista y Xenófoba Cometidos Por Medio de Sistemas Informáticos³⁹³, adoptado el 28 de enero de 2003, irá ganando interés a lo largo del presente estudio³⁹⁴. De hecho, se trata del único instrumento jurídico supranacional vinculante que trata la ciberdelincuencia y contiene los estándares de referencia específicos para proteger los derechos humanos en este concreto ámbito de actuación comisiva.

1.4.2.4. Ámbito de la Unión Europea

A nivel comunitario, la normativa enfocada a combatir los delitos de odio es minoritaria, en comparación con la protección que se dispensa contra la discriminación tanto en el derecho primario como en el derivado de la UE. Más allá de ese alcance mínimo, se trata de una protección restringida en lo que a delitos de odio respecta, ya que sus competencias en materia de derecho penal se limitan al racismo y la xenofobia, generando una carencia importante respecto al resto de categorías protegidas. Este vacío

³⁹¹ En vigor desde el 1 de febrero de 1998, también para España. Instrumento de ratificación de España: B.O.E. núm. 20, de 23 de enero de 1998, pp. 2310 a 2315. El principio de no discriminación se encuentra a lo largo de su articulado (arts. 4, 6.2 y 9), siendo el Comité Consultivo (*Advisory Committee*) del Convenio Marco el que ha señalado que los grupos raciales o étnicos constituyen la categoría más vulnerable sujeta al principio de no discriminación y comprendida dentro del término «minoría nacional», el cual en ningún momento viene definido por el Convenio Marco más allá de una mera configuración de sus rasgos esenciales (identidad étnica, cultural, lingüística o religiosa). Es más, el art. 6.2 del Convenio Marco despliega una obligación de protección por los Estados parte a todas las personas –no sólo minorías nacionales– que puedan ser objeto de amenazas o de actos de discriminación, hostilidad o violencia debido a alguno de los rasgos anteriormente apuntados. Según aclara el Comité Consultivo, las minorías no pueden prosperar en un entorno social donde no se tolere la diversidad o esta última sirva de excusa para que proliferen los delitos de odio y la discriminación. A razón de lo anterior, este órgano determina que “*la motivación racial debe ser considerada una circunstancia agravante aplicable a cualquier delito*”. ACFC, *The Framework Convention: a key tool* (2016), párrs. 55-56 (traducción propia). Para ahondar en el articulado del Convenio Marco que conecta con el principio de no discriminación, véase: ALFREDSSON, «Article 4», pp. 141-152; WILSON, «Commentary of article 4», pp. 111-125; GILBERT, «Article 6», pp. 177-191; ANGST, «Commentary of article 6», pp. 148-166; PACKER/HOLT, «Article 9», pp. 263-300; RAUTZ/HOFMANN, «Commentary of article 9», pp. 189-204.

³⁹² Entrada en vigor el 1 de julio de 2004. Entrada en vigor en España el 1 de octubre de 2010. Instrumento de ratificación de España: B.O.E. núm. 226, de 17 de septiembre de 2010, pp. 78847 a 78896.

³⁹³ Entrada en vigor el 1 de marzo de 2006. Entrada en vigor en España el 1 de abril de 2015. Instrumento de ratificación de España: B.O.E. núm. 26, de 30 de enero de 2015, pp. 7214 a 7224.

³⁹⁴ En concreto, nos remitimos aquí al epígrafe «a) *Tratado de Ciberdelincuencia (2001) y Protocolo Adicional relativo a la Penalización de Actos de Índole Racista y Xenófoba cometidos por Medio de Sistemas Informáticos (2003)*», del apartado «3.2.2.1. Consejo de Europa» del Bloque III.

legal, en cambio, se enmienda como decimos a través de la competencia de la UE para combatir la discriminación en áreas que superan lo anterior³⁹⁵.

La clave explicativa obliga a remitirnos a los tratados fundadores de la actual UE. Más concretamente, el art. 67.3 del TFUE se refiere, entre otros aspectos, a una “*aproximación de las legislaciones penales*” y a la adopción de “*medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos*”, con el fin de “*garantizar un nivel elevado de seguridad*”. Todo ello en consonancia con el espacio de libertad, seguridad y justicia que constituye la propia UE (art. 67.1 TFUE).

Si bien el racismo y la xenofobia vienen explícitamente citados de antemano, la armonización del Derecho penal de la UE tiene su piedra angular en el art. 83.1 del TFUE, según el cual el Parlamento Europeo (PE) y el Consejo pueden establecer a través de Directivas “*normas mínimas*” con el fin de ofrecer definiciones de infracciones penales y sanciones³⁹⁶ “*en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes*”. Estos ámbitos aparecen prefijados acto seguido³⁹⁷, no siendo una enumeración taxativa, ya que el Consejo –previa aprobación del PE y siguiendo los criterios anteriores– puede identificar otros más, siempre y cuando lo haga por unanimidad (art. 83.1.III TFUE). Otra cláusula que amplía el acercamiento entre legislaciones en materia penal es la dispuesta en el art. 83.2 del TFUE. Por esta vía, se podrán establecer normas mínimas a través de directivas sobre definición de infracciones penales y sanciones en el caso de que “*resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización*” (art. 83.2 del TFUE).

³⁹⁵ AMNESTY INTERNATIONAL, *Targeted by hate* (2015), pp. 11-12.

³⁹⁶ Se trataría del establecimiento de «una especie de pena mínima por una «conducta mínima» válida en el ámbito de la Unión, que también autoriza a ésta a introducir nuevos delitos, esto es, a criminalizar conductas que previamente no eran punibles». De esta forma, se «favorece la expansión de la punibilidad, dado que deben enmendarse, por medio de una expansión del derecho penal, aquellos casos en los cuales el derecho penal nacional no cumple con los requisitos (mínimos) establecidos por el PE y el Consejo». AMBOS, *Derecho penal europeo*, pp. 367-368.

³⁹⁷ Las categorías enumeradas en el art. 83.1.II TFUE son las que siguen: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

Por último, se debe incidir en la lectura conjunta de la tutela normativa por odio y la tutela antidiscriminatoria de la UE con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). En este sentido, la Carta constituye, desde el 1 de diciembre de 2009 y junto a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, derecho primario de la UE, por lo que debería determinar la interpretación del derecho secundario³⁹⁸. Y en el caso concreto de los Estados, ello se traduce en un efecto vinculante que opera exclusivamente cuando apliquen derecho de la UE (art. 51.1 CDFUE). De esta forma, en la medida en que se requiere de una implementación nacional, todo margen interpretativo de decisiones marco o directivas debe hacerse compatible con la protección que se dispensa a los derechos fundamentales de la Carta. Más concretamente, el art. 1 abre la CDFUE reconociendo la dignidad de la persona³⁹⁹, pero es el art. 21 de la CDFUE el que acoge una prohibición genérica y *numerus apertus* de la no discriminación⁴⁰⁰, expandiendo los motivos discriminatorios hasta límites que superan lo recogido en cualquier otro instrumento jurídico –europeo o internacional– sobre la materia hasta la fecha⁴⁰¹. A su vez, la Carta contiene una limitación por abuso de derecho (art. 54 de la CDFUE)⁴⁰² que despliega su eficacia sobre todos los derechos fundamentales que ella misma prevé⁴⁰³.

a) Legislación sobre delitos de odio

La UE ha asumido la competencia penal y directa, al menos hasta el momento, de tan sólo una causa protegida de los delitos de odio: el racismo y la xenofobia. De esta forma, la iniciativa de derecho comunitario derivado más importante y cercana en la actualidad a una genuina legislación sobre delitos de odio es la Decisión Marco 2008/913/JAI del

³⁹⁸ AMBOS, *Derecho penal europeo*, p. 272.

³⁹⁹ Art. 1 CDFUE: “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”.

⁴⁰⁰ Art. 21.1 CDFUE: “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”. Art. 21.2 CDFUE: “Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados”.

⁴⁰¹ En esta línea, ABRISKETA URIARTE no cree que pueda discutirse el hecho de que haya existido un desarrollo de técnica de redacción en comparación con todo lo conocido hasta la fecha. Por un lado, se amplió el número de motivos discriminatorios expresamente enumerados, mientras que por otro se articuló un listado abierto. ABRISKETA URIARTE, “La discriminación racial”, p. 30.

⁴⁰² Art. 54 de la CDFUE: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta”.

⁴⁰³ De ahí también que, a pesar de que la Carta no se ponga expresamente al discurso del odio (delitos de odio *lato sensu*), indirectamente se posibilita –y no resulta nada forzada– tal interpretación.

Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la Lucha contra Determinadas Formas y Manifestaciones del Racismo y la Xenofobia Mediante el Derecho Penal (DM 2008/913/JAI)⁴⁰⁴, la cual viene a derogar a su predecesora⁴⁰⁵, la Acción Común 96/443/JAI contra el Racismo y la Xenofobia de 15 de julio de 1996 (AC 96/443/JAI)⁴⁰⁶.

La DM 2008/913/JAI tiene la vocación de establecer una homogeneización de mínimos a través de la exigencia a los Estados miembros de que un mismo comportamiento particularmente grave constituya un delito de carácter racista o xenófobo comúnmente reconocido en todo Estado miembro de la UE⁴⁰⁷. Y ello tanto si la conducta se cometa en el territorio de la UE, la lleva a cabo un nacional de la UE, o se comete en provecho de una persona jurídica con sede en la UE (art. 9.1 DM 2008/913/JAI). Respecto al concepto de delincuencia racista y xenófoba, únicamente se acumulan en el texto sus formas de manifestación, como es el caso de la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico. Con respecto a la enumeración de causas discriminatorias

⁴⁰⁴ Sosteniendo esta misma idea, QUESADA ALCALÁ alude a la DM 2008/913/JAI como un texto que apunta directamente a los delitos de odio, sirviendo de lanzadera para su reconocimiento a nivel europeo. También en esta línea, sobre el verdadero espíritu de la DM 2008/913/JAI, GARLAND/CHAKRABORTI se refieren a que lo que realmente se buscaba era asegurar la armonización de una clara y comprensiva legislación paneuropea sobre delitos de odio xenófobos y racistas. Véase: QUESADA ALCALÁ, “La labor de la Unión Europea”, p. 12; GARLAND/CHAKRABORTI, «Divided by a common concept?», p. 48. Además, ya en la propuesta de recomendación del Parlamento Europeo al Consejo de la UE (2007), preparada por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (LIBE), que es una de las comisiones parlamentaria del Parlamento Europeo, se formula la siguiente recomendación más específica: “[I]ncluir los delitos de odio y los delitos con violencia inspirados en estos motivos, o la conjunción de estos motivos (discriminación múltiple) en el ámbito de la responsabilidad penal” (apdo. 1.o) de la propuesta). Más adelante, esto mismo se trasladaría a la recomendación (2007) aprobada por el Parlamento Europeo (apdo. 1.m) de la recomendación), que recogía así el guante del texto anterior de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. Ya en 2014, con motivo del Informe sobre la aplicación de la DM 2008/913/JAI por los Estados miembros, se aclara que este instrumento define un enfoque penal y europeo común respecto al «discurso de odio racial y xenófobo» y los «delitos motivados por el odio», aunque no fuera ésta la terminología empleada en su momento. Véase: LIBE, *Propuesta de recomendación (2007)*, contenida dentro de LIBE, *Informe sobre una propuesta de recomendación (2007)*; PARLAMENTO EUROPEO, *Recomendación (2007)*; COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión (2014)*, p. 3. Para los debates que siguieron al informe presentado por LIBE, véase PARLAMENTO EUROPEO, *Evolución (debate) (2007)*.

⁴⁰⁵ El Considerando XVI de la DM 2008/913/JAI estipula que “es necesario derogar la Acción Común 96/443/JAI, ya que, tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y de la presente Decisión Marco, queda obsoleta”. Asimismo, el art. 11 de la DM 2008/913/JAI también recoge la derogación referida.

⁴⁰⁶ En la medida en que estamos ante un estudio de los delitos de odio en clave de actualidad, se recomienda acudir a un análisis individualizado y exhaustivo de la AC 96/443/JAI en LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal*, pp. 76-79.

⁴⁰⁷ El Considerando V de la DM 2008/913/JAI anticipa que “es necesario definir un enfoque penal del racismo y la xenofobia que sea común a la Unión Europea con el fin de que el mismo comportamiento constituya un delito en todos los Estados miembros”. Y en una lectura conjunta con el Considerando VI, lo cierto es que la DM 2008/913/JAI, tan solo “se limita a la lucha contra formas particularmente graves de racismo y de xenofobia mediante el Derecho Penal”.

recogidas en la CERD, la religión⁴⁰⁸ y la ascendencia⁴⁰⁹ representan las dos grandes incorporaciones en la DM 2008/913/JAI⁴¹⁰.

Por lo demás, como se verá a continuación, la DM 2008/913/JAI responde a una estructura obligacional prototípica del proceso de armonización penal europeo⁴¹¹. El art. 1 de la DM 2008/913/JAI prevé una batería de conductas de las que se requiere que se adopten medidas para garantizar que las mismas “*se castiguen con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias*” (art. 3.1). Estas conductas del art. 1 (la incitación pública a la violencia o al odio, incluso mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales, y la apología pública, la negación o la trivialización⁴¹² flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra cuando tales conductas inciten a la violencia o al odio⁴¹³), sean cometidas en forma de autoría o complicidad (art. 2.2), deberán dirigirse a una persona o grupo de personas identificables por razón de la raza, el color, la religión la ascendencia

⁴⁰⁸ La religión viene definida como “*las creencias o convicciones religiosas por las que se define a las personas*” (Considerando VIII, DM 2008/913/JAI).

⁴⁰⁹ La ascendencia se refiere a “*las personas o grupos de personas que son descendientes de personas que pueden ser identificadas por ciertas características (como la raza o el color), sin que necesariamente puedan observarse aún todas esas características, a pesar de lo cual dichas personas o grupos de personas pueden ser objeto, debido a su ascendencia, de odio o violencia*”. (Considerando VII, DM 2008/913/JAI).

⁴¹⁰ Más allá de las novedades, las sensibles carencias de la DM 2008/913/JAI en la tutela de grupos protegidos es fuente de críticas por parte de la doctrina. En esta línea, resulta interesante seguir a RODRÍGUEZ YAGÜE, ya que en su opinión «la Decisión Marco contempla, con matices, las denominadas causas de discriminación tradicionales, pero no incorpora ninguna de las causas de discriminación actuales o modernas, que en cambio sí que han ido incluyéndose en un gran número de países de la Unión Europea en sus delitos discriminatorios, como la orientación sexual, la situación familiar, la enfermedad o minusvalía o la condición social». La razón de lo anterior la sitúa la autora en: 1) Los orígenes histórico-políticos de la DM 2008/913/JAI y su valor simbólico, en tanto «su adopción se debe en cierta medida a una implicación, con fuerte carga emocional, por razones históricas, por parte del Estado que entonces ostentaba la Presidencia europea, el Estado alemán»; y 2) El mayor peso otorgado a la cuestión racial en comparación con otras posibles causas sujetas a tutela. RODRÍGUEZ YAGÜE, «La política criminal europea», pp. 355 y 361.

⁴¹¹ ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN detallan que «en un primer momento la armonización de las penas se circunscribía a recordar la obligación, acuñada en relación a los principios de asimilación y de lealtad o buena fe, de establecer sanciones proporcionadas, disuasivas y eficaces». Se trataba de una cláusula de estilo, esto es, una frase estándar inserta en directivas y decisiones marco. Con posterioridad, la cosa cambió: «[T]ras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam y sobre todo el Consejo Europeo de Tampere, la armonización de las penas entra en su segunda fase. Como muestran ya un buen número de decisiones marco, el Consejo requiere la imposición de determinadas penas e introduce en algunas decisiones un sistema de agravantes». ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN, «Fraude y corrupción», pp. 24-25.

⁴¹² También se castiga, en forma de adelantamiento punitivo aún mayor, la mera incitación a la apología, negación o trivialización que a su vez suponga una incitación contra la violencia o el odio (art. 2.1 DM 2008/913/JAI).

⁴¹³ Entre otras, destaca la ausencia de la figura de la incitación a la discriminación, así como de la conducta relativa a la diseminación de ideas basadas en la superioridad racial, ambas reflejadas en la CERD. Para una mayor concreción de las cuestiones que no han tenido espacio en la DM 2008/913/JAI, véase RODRÍGUEZ YAGÜE, «La política criminal europea», p. 368.

o el origen nacional o étnico. Se castigarán en todo caso con una sanción penal con un máximo mínimo de entre uno y tres años (art. 3.2), mientras que a las personas jurídicas se les aplicará un régimen sancionatorio singular que destaca por la ausencia de necesidad de medidas de naturaleza penal (art. 6).

Pero aún con lo referido, existe un matiz en el art. 1.2 de la DM 2008/913/JAI que altera los rígidos esquemas de punibilidad expuestos, ya que los Estados pueden optar por la discrecionalidad de castigar las conductas que, o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público, o bien sean amenazadoras, abusivas o insultantes⁴¹⁴. Junto con lo anterior, otra cláusula atempera más si cabe un entendimiento común europeo de ciertos tipos delictivos relacionados con el racismo y la xenofobia. Se trata del respeto a la diversidad de normas constitucionales y principios fundamentales (p.ej.: los principios fundamentales relativos a la libertad de expresión) a escala nacional, ya que la DM 2008/913/JAI no podrá nunca exigir a los Estados miembros que adopten medidas que contradigan tales aspectos (art. 7.2)⁴¹⁵.

Finalmente, el art. 4 de la DM 2008/913/JAI actúa como cláusula de cierre para cualesquiera otros delitos, obligando a los Estados miembros a considerar la motivación racista o xenófoba como una circunstancia agravante. En concreto, estipula que “(...) *los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la motivación racista y xenófoba se considere como una circunstancia agravante, o bien* [en la versión inglesa: «or, alternatively»] *que los tribunales tengan en cuenta dicha motivación a la hora de determinar las sanciones*”⁴¹⁶. Asimismo, es importante apuntar que la propuesta

⁴¹⁴ RODRÍGUEZ YAGÜE pone de relieve que la DM 2008/913/JAI es inane y no es capaz de ofrecer el acercamiento entre legislaciones, porque por un lado están los países de tradición germánica que ya castigaban de antemano la conducta cuando atentaba contra el orden público, y por otro lado están los de tradición anglosajona que a ello le añadían la necesidad de que exista naturaleza insultante, amenazante o abusiva. Y, a pesar de que el resto de países no contemplan tales limitaciones, la discrecionalidad del art. 1.2 de la DM 2008/913/JAI resulta baldía y cuestionable en las aspiraciones hacia una armonización plena, claramente influenciada por el patrón marcado por los dos grupos de Estados referidos, y en favor último de la diversidad legislativa europea. RODRÍGUEZ YAGÜE, «La política criminal europea», pp. 362 y 372.

⁴¹⁵ Parece que la inclusión de esta cláusula ha sido el «peaje a pagar» para lograr coger fuerza a nivel europeo, a saber, mediante un acuerdo de adopción de la DM 2008/913/JAI alcanzado por unanimidad, y conseguir por fin lanzar un mensaje común acerca de la incidencia inequívocamente delictiva que adquieren ciertos comportamientos racistas y xenófobos. En esta línea, MITSILEGAS, *EU Criminal law*, pp. 98-101.

⁴¹⁶ Esta fórmula alternativa, al menos en teoría, debería servir para mitigar las dudas que plantea KLIP. Según este autor, las circunstancias que pasan a integrar el delito, como un todo cualificado (las «*aggravated offences*» que veremos en el *Bloque II*), no evita que a veces sean empleadas de nuevo para determinar la gravedad del delito a la hora de dictar sentencia (las «*penalty enhancement sentencing provisions*» que veremos en el *Bloque II*). Este juego dual de las circunstancias agravantes es «discutible» que respete el principio de proporcionalidad. KLIP, *European Criminal law* (2021), pp. 433-434. Véase

legislativa de la Comisión de las Comunidades Europeas de 2001⁴¹⁷, que abría la vía para que el Consejo adoptase una Decisión Marco futura como la que finalmente se logró con la DM 2008/913/JAI, no se pronunciaba en términos alternativos⁴¹⁸. En el art. 8 de la propuesta de la Comisión, que sería el equivalente al actual art. 4 de la DM 2008/913/JAI, se indicaba que “*los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para que la motivación racista y xenófoba pueda considerarse como una circunstancia agravante en la determinación de la pena*”⁴¹⁹. Pero, a fin de conocer un poco más el sentido del artículo, acudimos ahora al memorándum explicativo que facilitó la Comisión junto con su propuesta. En él se argumenta que el art. 8 de la propuesta hace una labor de refuerzo en la lucha contra el racismo y la xenofobia, precisamente teniendo en cuenta dicha motivación como circunstancia agravante, lo cual también contribuye a un efecto disuasorio. Acto seguido, no obstante, se aclara que el art. 8 se estaría refiriendo a la intención racista de autor (*racist intention of the offender*)⁴²⁰. Años más tarde, evaluando la incorporación de las disposiciones penales contenidas en la DM 2008/913/JAI a los ordenamientos nacionales, la Comisión se referirá a que es el carácter discriminatorio de las motivaciones racista y xenófoba, así como su impacto individual y supraindividual, lo que hace que debamos desenmascarar tales motivaciones. Es decir, se persigue evitar que las motivaciones “*permanezcan veladas*” o que no se aborden de forma adecuada⁴²¹.

No menos importante es la Directiva 2012/29/UE del PE y del Consejo de la UE (2012)⁴²², que asienta un marco de referencia mínimo en materia de derechos, apoyo y protección de víctimas. En general, su aplicabilidad está condicionada a la comisión de

también el subapartado «2.2.3.1. *England and Wales*» del apartado «2.2.3. *Expression-oriented hate crimes: Aggravated offences and penalty enhancement sentencing provisions*» del *Bloque II*.

⁴¹⁷ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Propuesta de Decisión-marco* (2001). Para un recorrido explicativo de cómo, por qué y en qué momento se llega a la adopción de esta propuesta en el seno de la UE, nos remitimos al apartado «3.2.3. *Unión Europea*» del *Bloque III*.

⁴¹⁸ Ahora bien, una posterior propuesta de Decisión Marco del Consejo de 2005, titulada *Compromiso de Luxemburgo*, así como otra de enero de 2007, sí que contenían ya en su art. 4 una redacción idéntica a la que finalmente se reflejaría en el mismo artículo de la DM 2008/913/JAI. Véase: CONSEJO DE LA UE - PRESIDENCIA, *Proposal for a Council* (2005); CONSEJO DE LA UE – PRESIDENCIA, *Proposal for a Council* (2007).

⁴¹⁹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Propuesta de Decisión-marco* (2001). Con todo, nótese que la versión en castellano omite la alusión al hecho de que se garantice (*to ensure*) que la motivación racista y xenófoba pueda considerarse como una circunstancia agravante, como sí que recogería el art. 4 de la DM 2008/913/JAI o, sin ir más lejos, otras versiones de la propuesta (es decir, en otros idiomas), por lo que este extremo no debe inducir a error. Lo que sí que varía notablemente de la propuesta de la Comisión en 2001 respecto a la DM 2008/913/JAI es que la segunda se pronuncia en términos alternativos y, con ello, menos taxativos.

⁴²⁰ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Proposal. Explanatory* (2001), p. 9.

⁴²¹ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión* (2014), p. 7.

⁴²² PARLAMENTO EUROPEO/CONSEJO DE LA UE, *Directiva 2012/29/UE* (2012).

algún delito en cualquier Estado de la UE y a procesos penales que tengan lugar en la UE⁴²³. En específico, este acto jurídico es de capital importancia en materia de delitos de odio, ya que mediante referencias expresas contenidas en el art. 22.3 y en los considerandos núm. 56-57, se implanta un estándar más diligente en la evaluación de este tipo de víctimas y en la valoración de imposición de medidas especiales en el curso del proceso penal. Lo anterior se debe al hecho de que estas víctimas son más vulnerables a la victimización secundaria o reiterada, a la intimidación, o a las represalias. Asimismo, la condición de víctima no tiene por qué entenderse de una forma restringida y, por tanto, no tiene que ser tan siquiera miembro del grupo victimizado. La protección se extiende también a personas que, sin reunir las características identitarias correspondientes, el autor hubiera asumido erróneamente que las reunían, o incluso a aquellas otras afines al colectivo en cuestión⁴²⁴. Así, la consecuencia que interesa extraer aquí viene ya resumida por HANEK: «[L]as víctimas de delitos de odio tienen que ser identificadas por el sistema de justicia penal y ser tratadas como categoría especial de víctimas. Las autoridades necesitarán asegurarse de que únicamente los agentes más cualificados traten con tales víctimas, estando obligados a derivarlas a los servicios de apoyo a la víctima más especializados. Todas estas medidas refuerzan la idea de un modelo de delito de odio que tiende a centrarse en la víctima. Al mismo tiempo, subrayan la necesidad de una ley sobre delitos de odio, para facilitar la identificación de tales víctimas»⁴²⁵. En resumen, la línea europea de conceptualización de delitos de odio parece decantarse por la concepción marco «de efecto»⁴²⁶.

Otra resolución que reviste particular interés es la Resolución del PE, de 14 de marzo de 2013, sobre el refuerzo de la lucha contra el racismo, la xenofobia y los delitos motivados por el odio (2013)⁴²⁷. Entre otros aspectos, como su propio nombre indica, la resolución pide a la Comisión, al Consejo y a los Estados miembros que refuercen la lucha contra los delitos motivados por el odio (Punto núm. 2), para lo que apuesta por una acción común que asuma una estrategia global contra los delitos motivados por el odio, la violencia motivada por prejuicios y la discriminación (Punto núm. 3). Ya en el Punto núm. 14 se pide expresamente que los delitos motivados por prejuicios reciban una

⁴²³ Considerando núm. 13 de la Directiva 2012/29/UE (2012).

⁴²⁴ FRA/TEDH/CONSEJO DE EUROPA, *Manual de legislación europea* (2019), p. 92.

⁴²⁵ HANEK, «International legal framework», p. 473 (traducción propia).

⁴²⁶ En detalle, véase el apartado «1.2.2.5. Concepción de efecto» *supra*.

⁴²⁷ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución (2013/2543(RSP))* (2013).

respuesta penal, que se realice un registro correcto⁴²⁸ y una investigación eficaz, que los autores sean perseguidos y ajusticiados, que se preste asistencia, protección y compensación adecuadas a las víctimas, y que estas últimas –o, en su caso, los testigos– interpongan denuncia⁴²⁹.

Por lo demás, existe toda una red de actos comunitarios que están privados de carácter jurídico vinculante, siendo el mayor promotor actual en materia de delitos de odio la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA)⁴³⁰, que es heredera del extinguido Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia (EUMC)⁴³¹, con sede en Viena. A este respecto, basta con adelantar que la FRA no sólo recopila, analiza, difunde y evalúa datos como organismo independiente de la UE en torno a los delitos de odio, sino que también elabora y publica conclusiones, dictámenes e informes temáticos alrededor de los mismos. En resumen, por esta vía se asiste a instituciones u órganos de la UE y a Estados miembros en la aplicación del derecho comunitario vinculado a la criminalidad por odio.

Sin embargo, en una tendencia que diverge claramente de la marcada por la OSCE/ODIHR⁴³², se puede decir que la FRA antepone el modelo motivacional al modelo de selección discriminatoria. Esto es, *“lo que distingue el delito de odio de otros tipos delictivos es que las acciones del infractor no son simplemente causadas, sino directamente motivadas por ser la víctima percibida como X”*⁴³³. En resumen, el planteamiento que propone la FRA es que las características que el infractor atribuye a la víctima son las catalizadoras de la conducta delictiva, reforzándose la necesaria constatación de este extremo. De esta manera, no habría razón alguna para dispensar un

⁴²⁸ Respecto a este particular, el Punto núm. 13 de la resolución pide una *“recopilación de datos fiables acerca de los delitos por motivos de odio, consignando, como mínimo, el número de incidentes denunciados por la población y registrados por las autoridades, el número de condenas, los motivos por los que estos delitos se consideraron discriminatorios y las sanciones aplicadas, así como encuestas de victimización sobre la naturaleza y el alcance de los delitos no denunciados, las experiencias de las víctimas de delitos de odio con las autoridades policiales y judiciales, las razones para no denunciar y el conocimiento por parte de las víctimas de sus propios derechos”*.

⁴²⁹ Más en concreto, el Punto núm. 4 de la meritada resolución viene a destacar *“la importancia de que todo el mundo conozca bien sus derechos en términos de protección contra los delitos motivados por el odio y pide a los Estados miembros que adopten todas las medidas oportunas para fomentar las denuncias de los delitos motivados por el odio y de todos los delitos de carácter racista y xenófobo, y que garanticen una protección adecuada de los denunciantes y de las víctimas de delitos racistas y xenófobos”*.

⁴³⁰ Se crea en 2007 mediante Reglamento del Consejo (CE) N° 168/2007, de 15 de febrero de 2007.

⁴³¹ Se crea en 1997 mediante Reglamento del Consejo (CE) N° 1035/97, de 2 de junio de 1997.

⁴³² Véase el epígrafe *«a) OSCE»*, del apartado *«1.4.2.3. Ámbito regional europeo» supra*.

⁴³³ FRA, *Making hate crime visible* (2012), p. 19 (traducción propia).

castigo penal más severo para la violencia derivada de una «discusión acalorada», puesto que tal violencia es situacional y no personal. Pero, incluso en el caso de hacerlo, nada justificaría una agravación punitiva basada en las mismas circunstancias que sirvieron ya para castigar la infracción penal de base. En esta línea de entendimiento, los efectos derivados de los delitos de odio tendrían una naturaleza excepcional debido a la percepción que tiene el autor de la víctima, esto es, por ser lo que es o por tener algo inmutable, lo que encima parece hacer justificable la acción delictiva⁴³⁴.

Además, es interesante constatar también la posición especialmente escéptica del FRA con respecto al modelo de agravación general de delitos comunes⁴³⁵. Según las razones que esgrime este organismo, cuando la apreciación de la motivación prejuiciosa sea reducida a una mera circunstancia agravante genérica cualquiera, se aumenta el riesgo de que en instancias policiales o en los tribunales no se capte debidamente esta dimensión subjetiva del acto. Asimismo, cuando se ataca la dignidad de la víctima no es suficiente con la imposición de una pena más severa, sino que se debe desalentar la comisión de más delitos de odio y proteger debidamente la dignidad humana de cada uno. Por esta razón, una circunstancia agravante genérica no sería capaz de asegurar lo anterior, mientras que el uso de tipos penales cualificados –o que radican ya agravados– crea conciencia ciudadana al respecto y visibiliza el contraste que existe con respecto al tipo básico de referencia⁴³⁶.

b) Legislación antidiscriminatoria

La tutela antidiscriminatoria representa sin duda la técnica más prolífica de acercamiento a la proscripción de la intolerancia en la UE⁴³⁷. De hecho, el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) de 1957 ya contenía la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (art. 7 y 48.2 TCEE) y la prohibición de discriminación por razón del sexo en materia de remuneración laboral (art.

⁴³⁴ Véase, de forma más detallada, en FRA, *Making hate crime visible* (2012), pp. 19-20.

⁴³⁵ Así se apunta brevemente en HANEK, «International legal framework», pp. 476-477.

⁴³⁶ FRA, *Making hate crime visible* (2012), p. 27.

⁴³⁷ Reproducimos a continuación unas breves consideraciones iniciales de QUESADA ALCALÁ: «[L]a entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009 ha reforzado las competencias de la UE en el ámbito de la igualdad de trato y no discriminación, punto de partida de la consideración de los *hate crimes*. En particular, dicho reforzamiento se observa en el Tratado de la Unión Europea, versión consolidada de Lisboa, en particular los arts. 2 y 3, de modo que el artículo 2 del Tratado define la no discriminación como uno de los valores que debe fundamentar la actuación de la Unión Europea». QUESADA ALCALÁ, “La labor de la Unión Europea”, p. 11.

119 TCEE). La prohibición de discriminación basada en la nacionalidad estaba destinada en un principio a facilitar la creación de un proyecto de mercado común de integración económica. A este fin, su ámbito de aplicación material quedaba abocado a la remoción de obstáculos que dificultasen la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad Europea. Esto es, en la práctica suponía que «cualquier nacional de un Estado miembro empleado en otro diferente al de su nacionalidad tenía derecho (...) a un trato igual en lo concerniente al empleo, remuneración y otras condiciones de trabajo»⁴³⁸. En cambio, en el caso de la prohibición de discriminación por razón del sexo en materia de remuneración laboral, su inclusión se debía a que «los países que se beneficiaban de la explotación de mujeres trabajadoras baratas no obtuvieran una ventaja competitiva sobre los países que no lo hacían»⁴³⁹.

Ya a partir de la década de los setenta, la Comisión Europea impulsa directivas, programas e iniciativas de financiación y campañas de sensibilización en torno a la idea de igualdad entre hombres y mujeres⁴⁴⁰. Estos esfuerzos acabarán concretándose en la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (1976)⁴⁴¹. Finalmente, tanto la prohibición de la discriminación por razón del sexo en el ámbito laboral como la relativa a la nacionalidad se irán flexibilizando a través de la labor interpretativa del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Esta labor, a su vez, queda enmarcada en la etapa de desarrollo social y político de la Comunidad Europea, superando las aspiraciones iniciales del integracionismo económico⁴⁴².

En la década de los ochenta se inician las primeras acciones hacia una legislación europea más sensible a lo racial y étnico, aspiración que venía contextualizada por la escalada de ataques racistas en los países europeos a finales de la década de los ochenta y comienzos de los noventa. Estas acciones embrionarias se materializan principalmente

⁴³⁸ MORANO-FOADI/DE VRIES, «The equality clauses», p. 22 (traducción propia).

⁴³⁹ NIKOLAIDIS, *The right to equality*, p. 113 (traducción propia).

⁴⁴⁰ REY MARTÍNEZ/GIMÉNEZ GLÜCK, *Por la diversidad, contra la discriminación* (2010), p. 27.

⁴⁴¹ CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Directiva 76/207/CEE* (1976). Esta Directiva contiene varias referencias directas a la prohibición de discriminación por razón del sexo (véanse los arts. 2.1, 3.1, 4.c) y 5.1).

⁴⁴² Sobre la evolución de ambas causas expandiéndose a un creciente número de campos y contextos, véase NIKOLAIDIS, *The right to equality*, pp. 110-119.

en el Informe Evrigenis (1985)⁴⁴³, la Declaración Conjunta contra el Racismo y la Xenofobia (1986)⁴⁴⁴ y el Informe Ford (1991)⁴⁴⁵. Mientras el primero y el último apuntan ya a la adopción de medidas legislativas, la Declaración conjunta únicamente se refiere a la adopción de “*medidas necesarias*” (apdo. 3, Declaración Conjunta).

Entre otros aspectos de interés para el presente estudio, en opinión de GIVENS/CASE, el Informe Evrigenis (1985) «presta, en términos relativos, poca atención al fenómeno de la discriminación racial y las leyes antidiscriminatorias nacionales en contraste con las leyes enfocadas al discurso racista y a los delitos de odio»⁴⁴⁶. En esencia, el Informe Evrigenis (1985) se hace eco de los esfuerzos nacionales por introducir legislaciones o disposiciones especiales de condena penal a las manifestaciones de racismo y la incitación al odio racial, así como a las diferentes formas de discriminación racial (apdos. 265-271 del Informe). A pesar de que aún existían lagunas o desaciertos a escala nacional, el Informe encuentra satisfactoria la labor de los Estados miembros sobre este particular. Además, entiende que la ley representa un mecanismo indispensable, sin que ello desvirtúe la necesaria labor política y de confrontación intelectual en una sociedad democrática. En lo que al Derecho penal concierne, si bien se pone en valor su carácter de *ultima ratio*, al mismo tiempo se describe como un instrumento abocado a desempeñar un papel importante (apdos. 272-273 del Informe).

En 1986, el Consejo da respuesta a una de las recomendaciones contenidas en el Informe Evrigenis (1985) y se condenaría el racismo y la xenofobia mediante una declaración interinstitucional entre el PE, el Consejo y la Comisión de las Comunidades Europeas⁴⁴⁷. Aun con carácter exclusivamente simbólico y sin recorrido alguno a efectos de implementar medidas legislativas, esta declaración llevaría a la aprobación de la Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia (1990)⁴⁴⁸. Esta resolución sugiere distintas medidas normativas o institucionales para contrarrestar los actos

⁴⁴³ EVRIGENIS, *Informe sobre los resultados* (1985).

⁴⁴⁴ PARLAMENTO EUROPEO/CONSEJO/COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Declaración* (1986).

⁴⁴⁵ FORD, *Informe elaborado* (1991).

⁴⁴⁶ GIVENS/CASE, *Legislating equality*, p. 53.

⁴⁴⁷ PARLAMENTO EUROPEO/CONSEJO/COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Declaración* (1986).

⁴⁴⁸ CONSEJO DE LA UE, *Resolución del Consejo (90/C 157/01)* (1990).

inspirados por el racismo y la xenofobia, invitando a los Estados miembros a que adopten las que consideren oportunas (apdo. 3). Entre dichas medidas, se insta específicamente a la “*aplicación de las leyes tendentes a impedir o reprimir los actos discriminatorios o xenófobos y la elaboración de dichas leyes por parte de los Estados miembros que aún no lo hayan hecho*” (apdo. 2.c). En cualquier caso, lo cierto es que esta resolución no involucró para su gestación ni a la Comisión ni al PE. Según JOVER OLMEDA, el PE «la consideró muy restrictiva, en comparación con las expectativas abiertas por la Declaración del 86 [esto es, la Declaración Conjunta contra el Racismo y la Xenofobia (1986)⁴⁴⁹]»⁴⁵⁰. Precisamente este autor considera que «la decepción ante la lentitud y parquedad de las medidas que se iban adoptando y (...) el incremento y endurecimiento de los brotes de intolerancia»⁴⁵¹ fueron los principales motivos para que en 1989 el PE estableciera una comisión de investigación sobre racismo y xenofobia que desembocaría en el Informe Ford (1991)⁴⁵².

El Informe Ford (1991), de algún modo, se aleja de una visión más cercana al discurso del odio y delitos de odio que posiblemente imperaba en el cuerpo del Informe Evrigenis (1985). En esta línea, GIVENS/CASE determinan que el Informe Ford (1991) «está claramente menos enfocado al extremismo y la violencia (...), reflejando una evolución en curso desde los discursos antirracistas hacia los discursos antidiscriminatorios»⁴⁵³. Por lo demás, sin ahondar en detalles, el Informe Ford (1991) persevera en medidas legislativas y recomendaciones a adoptar por las instituciones y los Estados miembros de la Comunidad Europea. Con todo, subsistía con el paso de los años un problema de calado, y es que no existía base legal que justificara una ampliación de la legislación europea para abarcar la pretendida causa racial y xenófoba⁴⁵⁴, o cualquier otra. No

⁴⁴⁹ PARLAMENTO EUROPEO/CONSEJO/COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Declaración* (1986).

⁴⁵⁰ JOVER OLMEDA, “La idea de tolerancia”, p. 226.

⁴⁵¹ JOVER OLMEDA, “La idea de tolerancia”, p. 227.

⁴⁵² FORD, *Informe elaborado* (1991).

⁴⁵³ GIVENS/CASE, *Legislating equality*, p. 56 (traducción propia).

⁴⁵⁴ Si bien es cierto que autores como NIESSEN cuestionan de plano esta afirmación, aduciendo que «era más una cuestión de voluntad política que de interpretación estricta de los Tratados Europeos». De hecho, este autor defiende que el entonces art. 235 del TCEE (actual art. 352 TFUE) bien podía haber servido de fundamento para actuar contra la discriminación racial. Este artículo rezaba lo siguiente: “*Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta a la Asamblea, adoptará las disposiciones pertinentes*” (art. 235 TCEE). Según explica NIESSEN, «no todos los Estados miembros, o la Comisión Europea, consideraba la lucha contra la discriminación racial como uno de los objetivos de la Comunidad Europea». NIESSEN, “The starting line”, p. 495 (traducción propia).

obstante, la sociedad civil europea venía presionando desde hacía tiempo para la adopción de medidas, siendo el *Starting Line Group* uno de los resultados organizativos de movilización más importantes en este sentido. Se trataba de una coalición variada de actores no gubernamentales especialmente activos en el ámbito de la no discriminación y que, inspirados en los Informes Evrigenis (1985) y Ford (1991), comienzan en 1991 labores de consulta, recomendación e incluso la elaboración de un borrador de propuesta de legislación comunitaria antidiscriminatoria⁴⁵⁵.

El Tratado de Maastricht de 1992 implanta un marco jurídico que contextualizará las reformas posteriores en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria. Por un lado, la UE hace suyo el respeto a los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH y los incorpora como principios sobre los que se cimienta la Unión (art. F.2, Tratado de Maastricht). Por otro lado, “*la cooperación judicial en materia penal*” se viene a considerar de interés común para la realización de los fines de la Unión (art. K.1.7, Tratado de Maastricht). Así, uno de entre tantos impulsos políticos que se sucedían se concreta en la creación de la Comisión Consultiva sobre Racismo y Xenofobia (o Comisión Kahn) en 1994. Al año siguiente, esta Comisión presentaría su informe final de actividades⁴⁵⁶, que incorpora numerosos puntos de interés entre sus recomendaciones. Más concretamente, se dispone que la legislación nacional y europea debería proveer a la policía y al sistema judicial un marco legislativo para contrarrestar las manifestaciones de racismo y xenofobia⁴⁵⁷, y que la lucha nacional contra estas manifestaciones debería cubrir sus tres principales manifestaciones: la incitación al odio, la discriminación y la violencia racista⁴⁵⁸. A estos fines, se proponen ciertas cuestiones que podrían, con o sin adaptación previa, ser incorporadas a las legislaciones nacionales. Entre otras, interesa rescatar aquí la relativa a que “*la ley debe proporcionar agravación de la pena para delitos racialmente motivados*”⁴⁵⁹. De esta forma, se aboga por la toma en consideración de la motivación racial al perseguir delitos, recomendando asimismo la agravación de la pena cuando esta motivación fuere un factor involucrado en los hechos delictivos⁴⁶⁰. La Comisión Kahn, aun siendo consciente de las posturas encontradas al respecto, llega a la

⁴⁵⁵ Para entender cómo se gestó la legislación antidiscriminatoria europea desde la perspectiva del *Starting Line Group*, véase NIESSEN, “The starting line”, pp. 493-503.

⁴⁵⁶ KAHN, *Final report* (1995).

⁴⁵⁷ KAHN, *Final report* (1995), p. 48 (Punto 12).

⁴⁵⁸ KAHN, *Final report* (1995), p. 48 (Punto 10).

⁴⁵⁹ KAHN, *Final report* (1995), pp. 48-49 (Punto 13) (traducción propia)

⁴⁶⁰ KAHN, *Final report* (1995), p. 55.

conclusión de que es esencial la enmienda al Tratado de la Unión para dotar a la Comunidad de competencias en la lucha contra el racismo y la xenofobia, fijando así el principio de no discriminación como principio básico del derecho comunitario. Asimismo, se emplaza a una futura Conferencia Intergubernamental que tendría lugar en 1996 para avanzar en esta línea de acción prevista⁴⁶¹.

En síntesis, durante la década de los noventa la presión de la sociedad civil y de distintas ONGs exigiendo medidas legales para atajar otros tipos de discriminación superaría todos los obstáculos –legales y políticos– para culminar en el acuerdo de reforma del entonces Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). La demora sufrida se debió principalmente a que, «por un lado, no todos los Estados miembros estaban de acuerdo con la expansión de la actividad de la Unión Europea y, por otro lado, el silencio de los Tratados provocaba un debate acerca del alcance preciso de las competencias de la Unión Europea para legislar más allá de la discriminación por razones de sexo»⁴⁶². No obstante, el Tratado de Ámsterdam de 1997, como consecuencia directa de la Conferencia Intergubernamental de 1996/97, acabaría habilitando competencias en favor del Consejo de la UE para la protección de un listado más amplio de categorías discriminatorias. Más concretamente, el art. 13 TCE confería poderes a la Comunidad Europea para combatir la discriminación basada en el sexo, origen racial o étnico, edad, discapacidad, religión o creencias y orientación sexual. Hasta entonces, las medidas contra la discriminación racial únicamente se articulaban por la vía de acuerdos de carácter político e investigaciones varias de cariz fenomenológico, sin olvidar por ello que «todos los países integrantes en la UE en aquel momento habían suscrito la CERD y, consecuentemente, habían ido adoptando medidas penales para la sanción de los comportamientos proscritos por su artículo 4»⁴⁶³.

Una vez atribuida la competencia legislativa al Consejo de la UE a través del Tratado de Ámsterdam, se crea una compartimentación jerarquizada en regímenes jurídicos dispares para cada causa discriminatoria⁴⁶⁴. Esto vendría a impedir un tratamiento integral

⁴⁶¹ KAHN, *Final report* (1995), pp. 57-60.

⁴⁶² BELL, *Racism and equality*, pp. 63-64 (traducción propia).

⁴⁶³ Así lo recuerda RODRÍGUEZ YAGÜE, quien además recoge algunas de las iniciativas más importantes contra la discriminación racial surgidas en el seno de la Unión Europea hasta la adopción del Tratado de Maastricht de 1992. RODRÍGUEZ YAGÜE, «La política criminal europea», pp. 348-349.

⁴⁶⁴ En contra, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER defiende que no debería hablarse de una tal *jerarquía* entre causas discriminatorias, sino que más bien «cada una de ellas requiere una respuesta

y uniforme de las mismas. Por resaltar brevemente las diferencias más notables, existe una tutela general contra la discriminación por razón de nacionalidad o sexo, ya que constituye una prohibición en abstracto que no queda restringida a ningún ámbito de aplicación concreto. En cambio, de la discriminación por las restantes causas recogidas se deriva una tutela específica, surtiendo efectos tan sólo en el ámbito del empleo y ocupacional, a excepción en todo caso de la causa del origen étnico o racial. Esta última, que queda desarrollada por la Directiva 2000/43/CE (2000)⁴⁶⁵ del Consejo de la UE, «quiebra el estereotipo de las Directivas antidiscriminatorias circunscritas a un campo eminentemente laboral». En su art. 3.1 se percibe cómo «además de abarcar el empleo, la ocupación, la formación profesional y las organizaciones profesionales, al igual que lo hacen otras Directivas, también cubre, de manera novedosa, la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria», extendiendo asimismo «la legislación comunitaria contra la discriminación a otros aspectos de la vida cotidiana más allá del mercado de trabajo: las ventajas sociales, la educación y el acceso y suministro de bienes y servicios, incluida la vivienda»⁴⁶⁶. Esta Directiva 2000/43/CE (2000) se mantiene todavía hoy como la única vinculada directamente a la causa racial y xenófoba. Sin embargo, al no conllevar obligaciones de ámbito jurídico-penal, no se ahondará más en su estudio⁴⁶⁷.

Como vemos, varía enormemente el *alcance de la protección* que dispensan las distintas causas discriminatorias. Mientras que para algunas se contempla una tutela general e incondicionada, como pudiera ser el caso de lo étnico-racial, otras se tienen que conformar con una tutela específica en el ámbito del empleo y la ocupación. Pero el escenario es más complejo, ya que para entender el *nivel de protección* que existe, no ya su alcance, debemos determinar primero dónde radica la atribución competencial de cada causa discriminatoria⁴⁶⁸. Así, a las contenidas en el art. 19.1 TFUE (sexo, origen racial o

específica y un diverso grado de protección jurídica». RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, “Discriminación múltiple”, p. 3.

⁴⁶⁵ CONSEJO DE LA UE, *Directiva 2000/43/CE* (2000).

⁴⁶⁶ ABRISKETA URIARTE, “La discriminación racial”, pp. 21-22.

⁴⁶⁷ Para un análisis actual sobre la Directiva 2000/43/CE (2000) y las orientaciones adoptadas por el TJUE con motivo de casos que ha conocido en los últimos años sobre la discriminación racial, véase ABRISKETA URIARTE, “La discriminación racial”, pp. 19-29. Ampliamente, para un tratamiento conjunto de la Directiva 2000/43/CE (2000) y la Directiva 2000/78/CE (2000) del Consejo de la UE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Las causas de la discriminación”, pp. 35-57.

⁴⁶⁸ Para un breve resumen sobre estas cuestiones, al margen de lo que se desarrollará a continuación, nos remitimos a PRECIADO DOMÉNECH, *Igualdad y no discriminación*, pp. 28-29.

étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual) habría que añadir la relativa a la nacionalidad (arts. 18 y 45.2 TFUE) y la relativa a la igualdad retributiva salarial por razón de sexo (art. 157 TFUE). Las causas discriminatorias que derivan de la atribución competencial prevista en el art. 19.1 TFUE no tendrían eficacia directa. En concreto, el art. 19.1 del TFUE⁴⁶⁹ condiciona el efecto directo a la adopción previa de acciones adecuadas por parte del Consejo, previa aprobación del PE. Por tanto, estas causas discriminatorias pasan a depender de las Directivas antidiscriminatorias que las desarrollen, como ha sido el caso de la raza/etnia a través de la Directiva 2000/43/CE.

1.5. Normativa Penal Española. Especial Consideración a la Agravante por Motivos Discriminatorios (art. 22.4 CP)

Los delitos de odio representan un concepto socio-legal, por lo que la aplicación del filtro penal siempre será insuficiente para su correcto entendimiento. Las bases criminológicas examinadas con anterioridad dan buena muestra de ello. Y puesto que ya ha sido abordado el ámbito jurídico supranacional sobre la materia, sólo resta dar un paso más e introducir al lector a la regulación penal nacional. Este acercamiento se llevará a cabo en dos tiempos. Uno primero más genérico y otro exclusivamente orientado a la agravante genérica por motivos discriminatorios (art. 22.4 CP).

El primero de los enfoques propuestos parte de la premisa de que no existe ningún tipo delictivo «de odio» en el Código penal español⁴⁷⁰. De hecho, no existe ninguna sección, título o capítulo que haga entrever siquiera su reflejo punitivo. Aun así, esto contrasta con una doctrina inclinada a asociar esta etiqueta a un número creciente de tipos penales. Estos últimos, hallándose dispersos y careciendo de unidad sistemática, mantendrían en común la naturaleza «odiosa» del hecho delictivo⁴⁷¹. Con todo, el acuerdo acerca de qué infracciones quedarían comprendidas bajo esta rúbrica también es relativo. Salvando una parte del articulado más clara, existe una tendencia al disenso académico cuanto más nos aproximemos a tipos penales periféricos, de complemento o marginales. Por todo ello, se requieren criterios de ordenación sistemáticos y claros como propuesta correctora que

⁴⁶⁹ Art. 19.1 TFUE: “Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, **el Consejo**, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, **podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual**” (resaltado añadido).

⁴⁷⁰ BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 81.

⁴⁷¹ BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 49.

dote de un sentido unitario a la categoría de los delitos de odio. A modo de colofón, los tipos penales identificados como delitos de odio han hecho gala en los últimos tiempos de un expansionismo excesivo. Tanto que en la actualidad nos encontramos ya con conductas punibles en las más variadas etapas del *iter criminis*, esto es, desde la lesión efectiva e incontrovertible del bien jurídico hasta su puesta en peligro cada vez más adelantada y discutible.

En esta breve pero desalentadora panorámica nacional se extrae una idea básica que conviene retener antes de dar cuerpo a las restantes. Existe en el Código penal español un ejercicio de construcción artificial del «odio como delito». Sólo así se consigue actuar, a través de muy diversos tipos penales, contra comportamientos que produzcan o sean semilleros de esta emoción. El arco del odio penalmente relevante es amplio, pudiendo graduarse desde una prevención delictiva, más o menos remota, hasta la lesión más incuestionable. Lo que se pretende a la postre es realizar un estudio de conjunto de todas las cuestiones planteadas con anterioridad, lejos por tanto del análisis pormenorizado y exhaustivo que merecería cada artículo concreto. A excepción de una referencia al proceso de gestación normativa del que partimos, y del que sin duda se extraerán claves para una mejor comprensión de la dinámica legislativa seguida en las últimas décadas, se incidirá especialmente en un estado de la cuestión en la actualidad.

Finalmente, el segundo enfoque de interés será el de la agravante genérica por motivos discriminatorios del art. 22.4 CP. Este precepto constituye el gran exponente en nuestro modelo de Código penal de una de las corrientes legislativas más asentadas, la agravación de delitos comunes. Es también la única manifestación de la Parte General del Derecho penal asociada a la criminalidad por odio, pero con una aplicabilidad a prácticamente cualquier delito contenido en la Parte Especial. Con todo, lo verdaderamente relevante es que la etiqueta de delitos de odio se sigue relacionando casi automáticamente con esta concreta técnica penológica (delitos de odio *stricto sensu*), distanciándose así del discurso de odio o delito de odio «con palabras» (delitos de odio *lato sensu*) incardinable, en principio, en el art. 510 CP. No obstante, como se verá más adelante, existen voces que sugieren como estrategia a futuro la captación de una parte importante de estas manifestaciones del discurso de odio punible a través de la agravante sita en el art. 22.4 CP. Como cabe esperar, esto adquiere un interés notable, ya que supone explorar vías alternativas que ensanchen las posibilidades de sanción penal para los discursos de odio.

Desde nuestro punto de vista, estas vías alternativas –además de posibles conforme a la legalidad vigente– deben pretender adquirir un protagonismo tal que releguen al art. 510 CP a un papel marcadamente testimonial. Todo ello tendrá cabida en este apartado.

1.5.1. Delitos de odio en el Código penal de 1995

1.5.1.1. Trazado histórico de gestación

La intervención penal contra la intolerancia, a menudo referida con el genérico de normativa antidiscriminatoria, se irá implantando tímidamente a partir de la década de los setenta con la Ley 23/1976, de 19 de julio, de Reforma del Código Penal⁴⁷², y muy

⁴⁷² Este punto de partida ampliamente aceptado no evita que exista alguna que otra propuesta inusual que conviene dejar apuntada –y, en la medida de lo posible, rechazada– antes de entrar en materia.

En primer lugar, la Sentencia 151/2005 del JP Núm. 8 de Valencia, de 21 de abril, parece situar el embrión de la actual agravante genérica por motivos discriminatorios (art. 22.4 CP) en la redacción que contenía el art. 10.16 del texto refundido del Código penal de 1944. Según este artículo constituye circunstancia agravante “*ejecutar el hecho con ofensa de la autoridad o desprecio del respeto que por la dignidad, edad o sexo mereciese el ofendido, o en su morada cuando no haya provocado el suceso*”. La sentencia en cuestión afirma que, si bien la redacción transcrita era la de la agravante de aquél entonces, “*actualmente (...) la fórmula establece la penalización agravada de todo un abanico de posibilidades discriminatorias*” (FJ 4), siendo así que sugiere alguna suerte de conexión entre ambas disposiciones penales. Y la supuesta ligazón entre preceptos se vuelve más sólida cuando la sentencia se centra en la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de desprecio de sexo contenida en el artículo anterior. La LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, suprimiría la alusión al sexo como única alteración a la redacción originaria. Por tanto, se dice en la sentencia que se trata de una “*(...) agravante que había desaparecido del Código penal (...), y que ahora, curiosamente, reaparece de la mano de las mismas voces que en su día abogaron por su desaparición, si bien acompañada por una variedad de circunstancias posibles que se engloban en la citada circunstancia 22.4 (ahora además del sexo también es agravante el desprecio o discriminación racial, ideológica, religiosa, etc.)*” (FJ 4). En suma, se trata de una circunstancia agravante “*de larga tradición jurídica en España*” (FJ 4). Ahora bien, con motivo de la desaparición del sexo de la anterior agravante, el Alto Tribunal se pronuncia a través de la STS de 30 de abril de 1990 con motivo de un recurso de casación que plantearía la inconstitucionalidad de la circunstancia agravante por razón de la edad. Así, el Tribunal determina respecto a la edad que “*(...) el fundamento de protección penal que la justifica (...) no es otro que el ultraje, la falta de respeto a la ancianidad, como en sentido cronológico opuesto sería la falta de consideración que se debe a la infancia*” (FJ 2). Además, la norma cultural que estaba tras la norma jurídica respaldaba su constitucionalidad: “[L]a agravante [de la edad] (...) viene a ser producto de un estadio cultural más avanzado en el que uno de los valores más destacados es la protección tanto de la vejez como de la infancia” (FJ 2). Sin embargo, en cuanto al sexo y en comparativa con la edad, el Tribunal estima que su supresión estuvo justificada debido a que su fundamento se circunscribía al mayor respeto que el hombre debe a la mujer por la debilidad física de esta última frente al primero. Y si bien la anterior agravante data de una época preconstitucional, en el nuevo marco constitucional y cultural rige el principio de igualdad entre sexos, que como se verá más adelante es lo que ha acabado por inspirar el actual art. 22.4 CP y toda la normativa antidiscriminatoria en general. De cualquier forma, la edad hoy no consta en el art. 22.4 CP, pero incluso si constara de seguro obedecería a móviles discriminatorios que nada tienen que ver con la falta al respeto debido, como así sucede sin ir más lejos con la referencia al sexo que realiza el vigente art. 22.4 CP. Por tanto, aquella primera agravante del art. 10.16 del CP/1944 nada tiene que ver con la actual. En esta misma línea, véase también DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio*, pp. 304-306.

En segundo lugar, el delito de genocidio se introduce a principios de los años setenta, en el último texto legal penal previo a la muerte de Franco, la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Ello se debe, según QUINTERO OLIVARES, a que España no se adhirió al Convenio sobre Prevención y Sanción del Genocidio (1948) hasta el 13 de septiembre de 1968, por lo que existía un vacío en el Código penal. Sin embargo, como ya anticipamos en su momento, el genocidio como fenómeno mantiene unas notas de

especialmente tras la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. Se trata, como puede observarse, de una etapa cercana dentro del cronograma de nuestra historia legislativa⁴⁷³.

En lo sucesivo, seguiremos de cerca estos primeros compases legislativos de la década de los setenta, sin descuidar su incipiente desarrollo posterior. A continuación, se sentarán las bases que permitan dotar de legitimidad punitiva a una batería de disposiciones que integran la normativa antidiscriminatoria, lo que nos obliga a dibujar la línea evolutiva marcada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) en torno al principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE). Finalmente, aportando información de contexto, se comprenderán los antecedentes socio-políticos y legislativos al actual Código penal de 1995, así como las novedades introducidas por éste y por las restantes reformas legales hasta llegar a la operada por LO 1/2015. En resumen, el lector estará en disposición de apreciar la vertiginosa transformación legislativa que ha sufrido nuestro Código penal en materia antidiscriminatoria⁴⁷⁴, en tanto se irá familiarizando con el catálogo de artículos vinculados a la etiqueta de los delitos de odio.

a) *El despertar legislativo y su puesta en contexto (1970-1990)*

Ha existido una estrecha relación de dependencia entre la evolución normativa antidiscriminatoria y la evolución política española. De hecho, es con la llegada de la democracia y el constitucionalismo que se desarrolla una política criminal dirigida a afianzar los valores democráticos constitucionalizados. En buena lógica podemos

singularidad propias que lo alejan de la simple criminalidad por odio, si bien ello no obsta para que se considere, según LAURENZO COPELLO, el «modo más drástico y brutal de discriminación», el de la eliminación del grupo. Véase: QUINTERO OLIVARES, *Pequeña historia penal*, pp. 179-180; LAURENZO COPELLO, «La discriminación», pp. 226-227 (nota al pie núm. 7); LAURENZO COPELLO, «Marco de protección», p. 223 (nota al pie núm. 7). Sobre la posible relación entre el fenómeno genocida y la criminalidad por odio, véase el apartado «1.4.2.2. *Ámbito universal*» *supra*.

⁴⁷³ Recuérdese también que era a partir de la II Guerra Mundial cuando situábamos los primeros esfuerzos de Naciones Unidas por asentar un sistema jurídico de protección contra la discriminación. En específico, véase el apartado «1.4.2.2. *Ámbito universal*» *supra*.

⁴⁷⁴ A este respecto, LANDA GOROSTIZA subraya la «enorme rapidez del proceso legislativo que ha determinado que en el lapso aproximado de doce años que discurren entre la Reforma Urgente y Parcial del Código penal de 1983 y el nuevo CP de 1995 se haya pasado de presentar un modelo político-criminal claramente deficitario e insuficiente con relación a los estándares de derecho comparado e internacional de nuestro ámbito de cultura, a otro modelo que (...) puede calificarse de los más «expandidos» y amplios: esto es, como aquél que por el número y variedad de figuras delictivas, por las técnicas de tipificación empleadas y por el posible ámbito punible sobre el que aquéllas se hacen bascular, determina uno de los potenciales de prohibición penal de conductas –e incluso de meras opiniones– más extensos del mundo occidental». LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, pp. 3-4.

empezar situando la Ley 23/1976, de 19 de julio, de Reforma del Código Penal (Ley 23/1976) en dicho contexto⁴⁷⁵, habiendo fallecido el dictador Francisco Franco ocho meses antes. En esta línea, QUINTERO OLIVARES recuerda que esta Ley surge de la imperiosa necesidad de borrar del Código penal todo cuanto perteneciera a la Dictadura franquista y, por tanto, fuera incompatible con la democracia⁴⁷⁶.

LANDA GOROSTIZA se refiere a la Ley 23/1976 como la primera regulación penal específicamente antixenófoba, que junto con la LO 1/1983 representaba el inicio de un nuevo modelo de intervención punitiva contra la discriminación en nuestro país. En concreto, se trataba de un modelo que, siguiendo los nuevos dictados constitucionales, dispensaba un respaldo jurídico-penal a la aspiración de robustecer el mandato de igualdad efectiva o material⁴⁷⁷. Pero lejos de lo que pudiera parecer, lo cierto es que la Ley 23/1976 tan solo incorporaba un supuesto atenuado de asociaciones ilícitas, el de aquellas “(...) que promuevan la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica” (art. 172.4 CP/1973).

A pesar de lo expuesto y como es obvio, la tutela penal relativa al principio de igualdad sólo sería posible tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Por tanto, existe un desfase temporal y no podría predicarse esa labor de refuerzo del principio de igualdad por la vía de una ley, como era la Ley 23/1976, anterior a la propia Constitución⁴⁷⁸. Dicho lo cual, conscientes además de que la realidad sociológica española tampoco demandaba la lucha contra un fenómeno todavía desconocido en nuestro país⁴⁷⁹, nada extraña que se siguieran las recomendaciones de Naciones Unidas para el primer intento de tutela penal *ad cautelam* introducido por el legislador en 1976⁴⁸⁰. Sin embargo, se puede seguir

⁴⁷⁵ BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, pp. 49-50.

⁴⁷⁶ QUINTERO OLIVARES, *Pequeña historia penal*, p. 205.

⁴⁷⁷ LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal*, pp. 30-31.

⁴⁷⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «Asociaciones ilícitas», p. 646.

⁴⁷⁹ Explica BORJA JIMÉNEZ que incluso durante la dictadura franquista (1939-1975) no hubo discriminación estatal ni especial animadversión a las etnias que se encontraban dentro del territorio nacional. Si bien algunos sectores de la Falange Española intentaron replicar el problema de la cuestión racial que estaba en plena ebullición en Alemania e Italia, ello no cuajó en España. Se percibía como modernista más que como una corriente sólida del pensamiento fascista europeo de la época. Y resultaba un modernismo sin mucho encaje aplicado al caso español, puesto que se trataba de un país con una larga tradición histórica en lo que a mezcla de etnias y culturas se refiere. En suma, se podría decir que no existía un estímulo específico para sostener la idea de la supremacía racial, o al menos que ésta no representaba la prioridad combativa del régimen. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad*, pp. 221-222.

⁴⁸⁰ La Memoria oficial que obra entre los antecedentes parlamentarios del Proyecto del Gobierno para la futura Ley 23/1976, refleja lo siguiente: “En la realidad española no se habían manifestado estas ideas discriminatorias, que tantas luchas han originado y causan en otros países. Pero ningún obstáculo se

manteniendo la idea de que el ímpetu progresista español en materia antidiscriminatoria no aspiraba únicamente a seguir lo dictado por instancias supranacionales, sino que se hace coincidir en tiempo y forma con toda una renovación estructural del modelo de Estado⁴⁸¹. En resumen, los nuevos horizontes constitucionales hicieron aconsejable un primer acomodo normativo en materia antidiscriminatoria antes incluso de promulgarse la Constitución de 1978.

En cuanto al *numerus clausus* de categorías protegidas recogido en el art. 172.4 CP, llama la atención las numerosas enmiendas de ampliación que se sucedieron y que no prosperaron⁴⁸². Pero aún más llama la atención que en la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal (LO 1/1983) se reformulase este precepto⁴⁸³ y, ya con nueva ubicación en el art. 173.4 CP/1973, se optase por mantener exclusivamente la discriminación racial⁴⁸⁴. De igual forma, decae también el privilegio de la atenuación entre modalidades de asociación ilícita que establecía la ley anterior. Pero, sin duda alguna, el cambio más importante que se introdujo por LO 8/1983 a este precepto asociativo es la incorporación de una infracción penal de proscripción de la provocación. Según LANDA GOROSTIZA, sorprende el hecho de que esta irrupción se produjera «mediante la modificación parcial precisamente del delito de asociaciones y no, a diferencia de la tendencia mayoritaria en el derecho comparado europeo occidental,

ofrecía a recoger este nuevo tipo delictivo, siguiendo las recomendaciones de las Naciones Unidas en orden a un tratamiento penal de estas manifestaciones discriminatorias. Lo único que podría ocurrir, afortunadamente, es que este nuevo tipo delictivo resultara inoperante en nuestra patria en su aplicación, aunque siempre actuaría en el orden de la prevención». GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «Asociaciones ilícitas», pp. 647-648.

⁴⁸¹ De esta forma, reconoce RODRÍGUEZ YAGÜE que «aunque el nacimiento y evolución de los delitos de discriminación en el Código penal se encuentran claramente influidos por la normativa internacional surgida tras la II Guerra Mundial, es necesario resaltar que la legislación española presenta unas señas de identidad propias que la diferencian de las regulaciones de nuestro entorno». RODRÍGUEZ YAGÜE, «Una propuesta de clasificación», p. 1.

⁴⁸² Véase, entre otras, la pretendida ampliación del catálogo a través de las siguientes fórmulas: «discriminación ideológica», «laboral», «estado civil», «situación», «región», «cualquier otra circunstancia», «cualquier otra circunstancia que limite la igualdad de todos los españoles para incorporarse a la asociación que estimen conveniente», etc. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «Asociaciones ilícitas», p. 647.

⁴⁸³ En verdad, sería más correcto decir que el anterior art. 172.4 CP se reintroduce reformulado por la LO 8/1983. Ello es así porque la LO 4/1980, de 21 de mayo, que reformaba el Código penal, lo dejaría momentáneamente sin contenido al reformular los arts. 172 y 173 CP/1973. RODRÍGUEZ YAGÜE, *La tutela penal*, p. 65.

⁴⁸⁴ LANDA GOROSTIZA califica de «enigmática» la supresión de las restantes causas discriminatorias a excepción de la de tipo racial, si bien tras un análisis parlamentario y doctrinal de contexto llega a la conclusión de que «la limitación del supuesto de asociación ilícita al ámbito de la discriminación racial no respondía ni dio pie a un sentido de tutela específico más concreto (...) sino que se interpretaba como un instrumento más de la política criminal protectora del principio de igualdad en general a pesar del tenor literal del entonces artículo 173-4º». LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, pp. 21-24.

por un delito de provocación xenófoba [cuyo equivalente en el ordenamiento español vigente sería el art. 510 CP]»⁴⁸⁵. Aún más, la CERD (1965) –desde su entrada en vigor el 4 de enero de 1969– ya venía requiriendo la traslación a escala nacional de una figura penal propia para la provocación⁴⁸⁶. En conclusión, la LO 8/1983 entiende por ilícitas las asociaciones “(...) que promueven la discriminación racial o inciten a ella” (art. 173.4 CP/1973), optando en términos generales por “la necesidad de que la ley penal contribuya a garantizar la realidad del principio de igualdad entre las personas, penalizando comportamientos discriminatorios” (Preámbulo de la LO 8/1983)⁴⁸⁷.

A su vez, el legislador español aprovecha la LO 8/1983 para introducir la figura penal de la denegación discriminatoria de prestación. Ante la comisión de una misma conducta discriminatoria, la denegación de un servicio público al que se tiene derecho, el Código penal configuró la sanción en dos tipos penales diferentes, en función de que el sujeto activo fuera un particular encargado de la prestación (art. 165 CP/1973)⁴⁸⁸ o fuera un funcionario (art. 181 *bis* CP/1973)⁴⁸⁹. Por lo demás, al existir abundante literatura especializada alrededor de estos preceptos, a ella nos remitimos⁴⁹⁰.

En definitiva, los antecedentes legislativos más remotos al actual Código penal de 1995 configuran una soporte jurídico-penal contra la discriminación que se sostiene

⁴⁸⁵ LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, p. 18 (véase también la nota al pie núm. 24).

⁴⁸⁶ Ello permite a LANDA GOROSTIZA constatar que, ya desde un inicio y como una constante legislativa, «se dice legislar conforme a las obligaciones internacionales, pero en realidad éstas no son debidamente atendidas». LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, pp. 18-20. Sobre la CERD (1965), nos remitimos a los apartados «1.4.2.2. *Ámbito universal*» *supra* y «3.2.1.1. *Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965)*» del *Bloque III*.

⁴⁸⁷ De esta forma, se hace evidente a los ojos de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA la *mens legislatoris* de esta última reforma penal: «Es lógico (...) que el legislador ordinario acomode la normativa penal a la constitucional. Y que pretenda otorgar al «postulado» constitucional de igualdad ante la ley el refrendo que aporta la consecuencia jurídica de mayor rigor de que dispone el ordenamiento: la pena». GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «Asociaciones ilícitas», pp. 643-644.

⁴⁸⁸ Art. 165 CP/1973: “Incurrirá en la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas el particular encargado de un servicio público que, por razón del origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato, de una persona, le denegare una prestación a la que tuviere derecho. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos requeridos se cometieren contra una Asociación, Fundación o Sociedad o contra sus miembros por razón del origen, sexo o situación familiar de sus miembros o de alguno de ellos, o por razón de la pertenencia o no pertenencia de aquéllos, o de una parte de los mismos, a una etnia, nación, raza o religión determinadas”.

⁴⁸⁹ Art. 181 *bis* CP/1973: “Los funcionarios públicos que cometieren alguno de los actos previstos en el artículo 165 incurrirán en la misma pena en su grado máximo y en la de suspensión”.

⁴⁹⁰ Para profundizar en la técnica legislativa empleada en cada momento, así como en el análisis doctrinal y en la aplicabilidad jurisprudencial que han merecido estos preceptos a lo largo del tiempo, véase: LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, pp. 26-37; MACHADO RUIZ, *La discriminación*, pp. 153-391; RODRÍGUEZ YAGÜE, *La tutela penal*, pp. 103-617; RODRÍGUEZ YAGÜE, «La sanción penal de la denegación», *passim*.

apenas en el delito de asociación (art. 173.4 CP/1973) y en el delito de denegación discriminatoria de prestación (arts. 165 y 181 *bis* CP/1973). Por de pronto, podemos caracterizar la política penal de poco represiva durante toda la década de los setenta y de los ochenta. Y si bien la *ratio legis* apunta expresamente a reforzar los mandatos constitucionales y a seguir la ruta marcada por los más variados instrumentos jurídicos internacionales, lo cierto es que del respaldo penal finalmente concretado parecen desprenderse otros aspectos no tan encomiables. En primer lugar, se legisla al margen de una realidad social que no apreciaba tal necesidad. Esto es, se legisla por precaución y con la convicción de que una incriminación genérica en favor del principio de igualdad era lo apropiado. Quizás por ello, siguiendo a LANDA GOROSTIZA, se legisla «sin conciencia clara de constelaciones de supuestos que por su mayor gravedad deben ser objeto de castigo». Como resultado de lo anterior, se produce una absoluta desatención a la «posibilidad de comenzar a actuar en el plano penal con la incorporación del precepto de provocación xenófoba (...), eje de la Convención de 1965 (...) y mayoritariamente seguido en derecho comparado». En términos generales, se legisla «de cara a la galería» o de forma simbólica. El convencimiento de que la intolerancia era merecedora de sanción penal difuminó por completo cualquier otra consideración acerca de la conveniencia de hacerlo como se hizo. Prueba de ello es que antes de 1995 no constan sentencias condenatorias en relación con los preceptos antidiscriminatorios nombrados hasta el momento⁴⁹¹. Para conocer la primera condena en España por asociación ilícita por la promoción del odio, la discriminación y la violencia, que se sepa, tendríamos que avanzar en el tiempo hasta la SAP de Madrid 79/2009, de 16 de julio, confirmada posteriormente por la STS 1396/2011, de 28 de diciembre. Respecto a los delitos de denegación de prestación antidiscriminatoria, sirva con apuntar una breve reflexión de RODRÍGUEZ YAGÜE, refiriéndose a lo sorprendente que resulta en el estudio de estos tipos penales que, habiendo transcurrido más de tres décadas desde su inclusión en el Código penal, su aplicabilidad judicial haya sido prácticamente anecdótica⁴⁹².

Pero, como anticipábamos, los antecedentes sociológicos y legislativos al CP/1995 aconsejan un examen más sosegado. De hecho, con lo descrito hasta el momento no se llega a captar la conmoción que sacudió a la opinión pública de nuestro país por la aparición de preocupantes manifestaciones de violencia racista y xenófoba. De hecho, el

⁴⁹¹ LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, pp. 37-40.

⁴⁹² RODRÍGUEZ YAGÜE, «La sanción penal de la denegación», pp. 291-292.

repunte de la criminalidad llegaría apenas entrada la década de los noventa, sin desmerecer otros incidentes de estética neonazi a finales de los setenta y a lo largo de los ochenta⁴⁹³. Sucede también que en los ochenta el Tribunal Constitucional ya había comenzado a pronunciarse sobre el principio que rige e inspira toda la normativa antidiscriminatoria, el de igualdad y no discriminación (art. 14 CE). Por tanto, se intentará delinear primero esta evolución jurisprudencial para acto seguido encarar mejor todo cuanto concierne al CP/1995, sea en lo inmediatamente anterior como en lo posterior a su promulgación.

b) Rasgos generales de la evolución jurisprudencial del principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE)

Sólo desde la lógica anteriormente expuesta, es decir, desde la contextualización en clave interna de la Ley 23/1976 y la LO 8/1983, se entiende que LAURENZO COPELLO subraya la importante labor desempeñada por el Tribunal Constitucional en el avance del Derecho penal en el ámbito de la lucha contra la discriminación⁴⁹⁴. Ello será así hasta el punto de que las previsiones antidiscriminatorias incluidas en el CP/1995 cobran sentido única y exclusivamente dentro del marco constitucional español, y más concretamente en relación con su art. 14 CE⁴⁹⁵. Por ello, en este momento conviene atender a la evolución de los pronunciamientos del TC en torno al principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE)⁴⁹⁶. En concreto, la prohibición de no discriminación mandata a los poderes públicos para que la supriman y corrijan sus efectos⁴⁹⁷.

Sin más dilación, se trae a colación la STC 19/1982, de 5 de mayo, que se pronunciaba en los siguientes términos de interés: *“Con arreglo a la jurisprudencia de este Tribunal (así SS. 2 y 10 Jul. 1981, 10 Nov. 1981, 26 Feb. 1982), (...) el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica; pero no lo es menos que este tratamiento*

⁴⁹³ Véanse, por ejemplo, diversos casos de homicidios u asesinatos que IBARRA BLANCO no duda en catalogar como auténticos crímenes de odio. IBARRA, *La España racista*, pp. 105-106.

⁴⁹⁴ Véase, indistintamente: LAURENZO COPELLO, “La discriminación”, p. 225; LAURENZO COPELLO, «Marco de protección», p. 221.

⁴⁹⁵ Véase: REBOLLO VARGAS, “La agravante de discriminación”, p. 2; REBOLLO VARGAS, «Controversias y propuestas interpretativas», p. 195.

⁴⁹⁶ Art. 14 CE: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

⁴⁹⁷ Véase, indistintamente: FERNÁNDEZ LÓPEZ, «La prohibición», p. 358; FERNÁNDEZ LÓPEZ, “La prohibición”, p. 6.

legal desigual tiene un límite que consiste en la discriminación, es decir, en el hecho de que la desigualdad esté desprovista de una justificación objetiva y razonable” (FJ 3). De este pronunciamiento se extraen varias conclusiones que dan buena muestra de las primeras labores exegéticas que venía asumiendo el Tribunal Constitucional a comienzos de los ochenta. Por un lado, se parte de que la igualdad ante la ley contenida en el primer inciso del art. 14 CE⁴⁹⁸ no impone uniformidad, o lo que es lo mismo, se admite un tratamiento desigual ante lo que no es igual⁴⁹⁹. Por otro lado, la discriminación parece estar constituida como un límite fronterizo a la desigualdad legal, de tal forma que cualquier infracción al principio de igualdad, precisamente por estar desprovista de una justificación objetiva y razonable, se identificaría como una conducta discriminatoria. A sensu contrario, la desigualdad legal no podría estar nunca fundada en el libre arbitrio⁵⁰⁰.

Por tanto, en las resoluciones más tempranas del TC la tónica era que la discriminación representaba cualquier infracción al principio de igualdad, partiendo de una consideración unitaria del art. 14 CE. Ello se reforzaba también por el hecho de que el constituyente hubiera optado por un *numerus apertus* de causas discriminatorias: nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social⁵⁰¹. Y

⁴⁹⁸ Conviene aclarar que “*la igualdad a que el art. 14 se refiere, que es la igualdad jurídica o igualdad ante la Ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva*” (STC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2).

⁴⁹⁹ Incluso con esta afirmación, existen dificultades de calado práctico, ya que no se establece en ninguna parte qué es lo que es «igual». Para salvar este obstáculo, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER/FERNÁNDEZ LÓPEZ explican que los sistemas constitucionales han partido de varias premisas sobre el concepto de igualdad: la relativa, la relacional y la comparativa. Según la relativa, «el concepto de igualdad no puede ser comprendido ni entendido en un sentido absoluto, sino que es un concepto que debe ser considerado desde una perspectiva histórica, pues su contenido y significado están estrechamente vinculados al momento histórico». Más si cabe, «la relatividad del concepto se deriva también de su diversidad en relación con sus manifestaciones, en particular respecto a la materia a tratar». Por otro lado, «para hablar de una diferencia de trato tiene que existir primero un sujeto activo que lleva a cabo un tratamiento cuya diferencia se acusa respecto a dos o varios sujetos jurídicos», lo que nos llevaría a entender la igualdad como un concepto relacional. Finalmente, se requiere el elemento comparativo entre las situaciones reales equiparables, planteándose el problema decisorio de fondo de establecer «cuándo sus similitudes deben predominar sobre sus diferencias, proceso que implica un doble juicio de valor, el de la elección de criterios concretos a tener en cuenta, y el de la evaluación de los hechos en función de estos criterios». Sobre estos extremos y otros relacionados con la problemática aplicativa específica del principio de igualdad, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, pp. 46-63.

⁵⁰⁰ De forma aún más evidente, véase la STC 8/1981, de 30 de marzo, según la cual “*en la aplicación jurisdiccional de la Ley puede existir violación del principio de igualdad, cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias (esto es, no fundadas en razones jurídicamente atendibles), o con apoyo en alguna de las causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el art. 14 CE*” (FJ 6; resaltado añadido).

⁵⁰¹ Según la STC 75/1983, de 3 de agosto, desde la perspectiva excluyente de todo trato discriminatorio con independencia de la causa, “*(...) no ha de verse aquí [art. 14 CE] una intención tipificadora cerrada que excluya cualquiera otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social*” (FJ 3). Precisamente, esta cláusula de

en aras a refinar aún más este principio de igualdad, el TC infiere del art. 14 CE que la igualdad «ante la ley» opera, en realidad, en dos planos distintos (y, al parecer, siguiendo un orden de prelación): 1) Uno primero referido a la igualdad «en la ley», que se conforma “(...) frente al legislador, o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria” (STC 144/1988, de 12 de julio; FJ 1); y 2) Otro referido a la igualdad «en la aplicación de la ley», que “(...) obliga a que ésta sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma” (STC 144/1988, de 12 de julio; FJ 1). Aun así, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER/FERNÁNDEZ LÓPEZ tildan de «curiosa» esta construcción jurisprudencial, toda vez que el TC «invierte, por así decirlo, el orden histórico y lógico del tratamiento de la igualdad, que fue primero igualdad ante la ley, incluida la aplicación de la ley, y mucho más tarde igualdad «en la ley» afectando a los contenidos de la ley»⁵⁰².

apertura del art. 14 CE ha sido la que ha permitido y la que ha promovido la expansión de causas protegidas en el marco del ordenamiento jurídico español. Sobre estas nuevas causas, se dice, representan «condiciones o circunstancias de carácter personal o social que generan situaciones de victimización o exclusión, y en las que ha sido necesario implantar una protección jurídica contra la discriminación, para reforzar la inclusión social y para favorecer la plena participación en la sociedad y en la economía de los colectivos discriminados». RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, “Discriminación múltiple”, p. 2. Para un análisis individualizado de cada una de las causas discriminatorias, tanto las expresamente enunciadas en el art. 14 CE (nacimiento/filiación, raza y origen étnico, sexo, religión, opinión) como aquellas que han ido apareciendo de forma adicional (nacionalidad, discapacidad, orientación sexual, lengua, sindicación, edad, estado civil), véase indistintamente: FERNÁNDEZ LÓPEZ, «La prohibición», pp. 360-370; FERNÁNDEZ LÓPEZ, “La prohibición”, pp. 8-17.

⁵⁰² RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, p. 24. La igualdad «ante la ley», como fórmula empleada por el art. 14 CE, no habría impedido que la jurisprudencia constitucional asumiera desde un inicio que ello suponía también una igualdad que se filtra al contenido de la ley (es decir, igualdad «en la ley»). Por esta razón, la igualdad «ante la ley» del art. 14 CE «no significa solo una exigencia a la forma externa del mandato legal, sino también a su contenido jurídico material, como un mandato al legislador que va más allá de la realización de la legalidad». RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER/FERNÁNDEZ LÓPEZ, «La igualdad ante la ley», p. 337. Si se quiere, sobre la igualdad «en la aplicación de la ley», véase también RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER/FERNÁNDEZ LÓPEZ, «La igualdad ante la ley», pp. 348-351.

Pero la cláusula general de igualdad (art. 14 CE, primer inciso) como elemento central sobre el que valorar un potencial desvío de la desigualdad legal (esto es, una discriminación) planteaba problemas. De hecho, una interpretación de estas características restaba protagonismo a la cláusula de no discriminación igualmente recogida (art. 14 CE, segundo inciso). Incluso, el propio TC fue el que se inclinó originariamente por la sola aceptación del mandato de igualdad, lo que provocó que se vaciara de contenido la noción de discriminación por razones específicas. El principio de no discriminación era absorbido y confundido con el mandato de la igualdad⁵⁰³. Las causas discriminatorias previstas en el art. 14 CE (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social) se plantearon por aquél entonces como «factores prohibidos de diferenciación», sin importar sobre quién recayese tal diferenciación. En otras palabras, «sin tener en cuenta su condición social y su situación de preterición y minusvaloración»⁵⁰⁴. No obstante, se hacía imprescindible dar nueva respuesta a un precepto constitucional que, incuestionablemente, encerraba dos mandatos constitucionales⁵⁰⁵.

Además, esta primera jurisprudencia del TC apuntada se alternaría con otra línea argumental bien diferente en la etapa previa a la autonomía plena del principio de no discriminación⁵⁰⁶. En concreto, el TC pone en valor el elenco de causas recogidas en el art. 14.II CE, si bien manteniendo en todo caso la perspectiva de la discriminación como desigualdad no razonable. Según ALONSO GARCÍA, se adopta el test del escrutinio

⁵⁰³ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, pp. 69-70.

⁵⁰⁴ Véase, indistintamente: FERNÁNDEZ LÓPEZ, «La prohibición», p. 354; FERNÁNDEZ LÓPEZ, «La prohibición», p. 2.

⁵⁰⁵ En esta línea, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER/FERNÁNDEZ LÓPEZ argumentan que, «aunque no puede desconocerse el parentesco entre el principio de igualdad y la tutela antidiscriminatoria, la diferencia entre ambos no reposa sólo en que esta última sancione sólo discriminaciones fundadas en motivos concretos, sino también en el sentido de corrección de situaciones discriminatorias objetivas existentes en la sociedad que incluye la tutela antidiscriminatoria, la cual se conecta también en tal sentido con el principio de igualdad sustancial del artículo 9.2 CE». No obstante, también es verdad que la cláusula de no discriminación no se entendería fuera de la temática general sobre la igualdad como valor y principio rector constitucional. Entre otras razones, estos autores argumentaban lo siguiente: «[L]a no discriminación constituye una manifestación, y posiblemente la más intensa, del principio de igualdad y un instrumento específico para la realización de la igualdad. Un estudio de la no discriminación necesita, en consecuencia, enmarcarse en el conjunto de instrumentos y de técnicas que la Constitución establece para el logro de ese valor constitucional de la igualdad». RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, pp. 17 y 81-82.

⁵⁰⁶ Se podría decir que no es hasta finales de los ochenta cuando la jurisprudencia constitucional termina por reconocer la autonomía al principio de no discriminación con respecto al de igualdad, estableciendo pautas para su diferenciación. Todo ello sin perjuicio de que exista jurisprudencia vacilante que ponga en cuestión esta línea evolutiva. RODRÍGUEZ YAGÜE, *La tutela penal*, pp. 45-46.

estricto (*strict scrutiny*), siendo así que «no basta que la desigualdad sea un medio racionalmente relacionado con la consecución del fin que la norma persigue, sino que ese fin tiene que ser superior a la minusvaloración de esas desigualdades específicas que la Constitución se ha encargado de establecer»⁵⁰⁷. Se trataba de endurecer el control constitucional, exigiendo un plus de cuidado en la verificación de la razonabilidad de toda desigualdad que se mueva tras las causas contenidas en el art. 14.II CE⁵⁰⁸.

El vuelco definitivo a la interpretación conceptual y a la autonomía del principio de no discriminación se lograría con la STC 128/1987, de 16 de julio⁵⁰⁹. Desde este momento, las causas previstas en el art. 14.II CE no se ligarán con una desigualdad de trato no razonable, sino que se interpretan como “(...) *explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la C.E.*” (STC 128/1987, de 16 de julio de 1987, FJ 5)⁵¹⁰.

Como se puede observar, el TC impone especial rigor para garantizar que no se lesione la dignidad humana, estableciendo una «estrecha relación» a futuro entre esta última y la no discriminación⁵¹¹. La dignidad de la persona pasa a conformar el contenido esencial del principio de no discriminación, lo que permite explicar cómo este principio se ubica dentro de la tutela de los derechos humanos, proyectándose incluso en las relaciones entre privados⁵¹², mientras que el principio de igualdad se constituye exclusivamente como

⁵⁰⁷ ALONSO GARCÍA, “El principio de igualdad”, p. 72.

⁵⁰⁸ Según se contiene en la STC 81/1982, de 21 de diciembre, “(...) *si esa carga de la demostración del carácter justificado de la diferenciación es obvia en todos aquellos casos que quedan genéricamente dentro del general principio de igualdad que consagra el art. 14 CE, tal carga se torna aún más rigurosa en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el art. 14 concreta para vetar que puedan ser base de diferenciación, como ocurre con el sexo, además de con la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones*” (FJ 2; resaltado añadido).

⁵⁰⁹ Esta sentencia del TC «ha sido señalada como el máximo exponente del cambio conceptual del mandato de no discriminación y como el punto de inflexión entre la jurisprudencia que lo identifica con la igualdad de trato y la que le reconoce su contenido autónomo». RODRÍGUEZ YAGÜE, *La tutela penal*, p. 48.

⁵¹⁰ Lo contenido en esta resolución sería reproducido por muchas otras (STC 166/1988, de 26 de septiembre, FJ Segundo; STC 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; STC 216/1991, de 14 de noviembre, FJ 6).

⁵¹¹ Véase, indistintamente: LAURENZO COPELLO, “La discriminación”, p. 225; LAURENZO COPELLO, «Marco de protección», p. 221.

⁵¹² Según RODRÍGUEZ YAGÜE, «el TC repara en el contenido social que tiene este mandato en tanto que los tratos discriminadores responden a prácticas sociales e institucionales –éstas últimas suelen ser fiel reflejo de las primeras– consistentes en el sometimiento de un grupo concreto a una situación de marginación y victimización en atención a sus rasgos característicos comunes que les sitúan en inferioridad

límite a la actuación de los poderes públicos. Esto es, el principio de no discriminación protege a la persona humana, ya sea en su dimensión individual o en la colectiva, por lo que «los sujetos pasivos de la discriminación sólo pueden ser seres humanos, individualmente o en grupos, y, a veces, también grupos organizados con personalidad jurídica en cuanto que el colectivo de los componentes de los mismos sufra discriminación (p. ej., una iglesia)». En cambio, el principio de igualdad «puede afectar como «sujetos pasivos» no sólo a individuos, sino a sociedades, empresas e incluso a «productos» (podría haber, p. ej., desigualdad de trato entre trigo duro y trigo blando)»⁵¹³.

Finalmente, la STC 128/1987, de 16 de julio, depura los criterios que deben determinar si efectivamente estamos ante una conducta discriminatoria. Junto con “(...) *un más cuidadoso análisis de las causas subyacentes en la diferenciación, al tratarse de una característica expresamente excluida como causa de discriminación por la disposición constitucional*” (FJ 7), se aboga por una interpretación teleológica del constituyente español. Y de ahí que, como se desprende del razonamiento jurídico del Tribunal, la finalidad última era paliar, subsanar o aminorar situaciones de desequilibrio estructural y sistemático de larga trayectoria socio-histórica⁵¹⁴. Cuestión bien distinta es que las prácticas sociales que se consideren discriminatorias tengan “*una necesidad de revisión periódica*” (FJ 8). Por esta razón, los grupos histórica y sistemáticamente discriminados

respecto al grupo dominante, lo que va a condicionar la vida de los pertenecientes a ese colectivo en los diferentes ámbitos de actividad así como en su propio desarrollo como persona». A mayor abundamiento, esta autora afirma cuanto sigue: «[S]i bien un gran número de conductas discriminatorias provienen de los poderes públicos, la mayoría se generan en el seno de la misma sociedad. Es en ella, en los diferentes sectores de actividad que integran las relaciones entre privados, donde se elaboran y manifiestan los prejuicios y las categorías discriminatorias a las que dan lugar éstos, conformando de esta manera el proceso de victimización al que se ven sometidos ciertos grupos. Tal situación podrá tener también un reflejo en la actuación de los poderes públicos [legislador, Administraciones públicas y Jueces y Tribunales], pero en un momento posterior, en cuanto repitan y afirmen con su actuación esos estereotipos creados en un momento previo». RODRÍGUEZ YAGÜE, *La tutela penal*, pp. 49 y 57.

⁵¹³ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, p. 158.

⁵¹⁴ El TC recuerda, con motivo de lo planteado en el caso concreto, que “(...) *la expresa exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón concreta, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del art. 14 C.E., y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina: situación que, en el aspecto que aquí interesa, se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo. No es necesario, ante el cúmulo de datos y pruebas que suministra la historia de nuestra sociedad, hacer referencia en extenso a tales dificultades, pero su persistencia se traduce, aun hoy, e innegablemente, en una menor incorporación de la mujer al trabajo*” (STC 128/1987, de 16 de julio; FJ 5). Aún más, “*partiendo de presupuestos de inferioridad física, o de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares, diversas disposiciones han venido a establecer diferencias de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, que, aunque aparentemente resulten de índole protectora, perpetúan y reproducen, en la práctica, la posición de inferioridad social de la población femenina*” (STC 128/1987, de 16 de julio; FJ 6).

no son ajenos al factor tiempo, y por ello no se contiene tampoco un listado cerrado de categorías en el art. 14.II CE⁵¹⁵. En suma, existe una mutabilidad circunstancial que hace que «la desaparición y aparición de nuevos grupos marginados esté sometida a las características económicas, sociales y culturales de un país en una coyuntura concreta y así pueden originarse nuevas causas de discriminación que, hasta el momento, no eran objeto de prejuicio social –determinadas enfermedades como el SIDA, por ejemplo– al igual que pueden superarse los prejuicios frente a grupos tradicionalmente minusvalorados»⁵¹⁶. Según RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER/FERNÁNDEZ LÓPEZ, si bien existe un núcleo común de referencia incuestionable, la elasticidad del concepto de discriminación «proporciona unidad en la diversidad»⁵¹⁷.

En palabras de GUARDIOLA GARCÍA, no se trata tanto de que el trato dispensado favorezca a los favorecidos o desfavorezca a los desfavorecidos, sino de que el criterio seguido sea aceptable o inaceptable desde nuestra idea de justicia y sirva para que no se perpetúen desigualdades. En definitiva, la discriminación no es una desigualdad irrazonable o arbitraria, sino que se trata de una desigualdad reglada, puesto que no toda transgresión de la igualdad será calificada de discriminación, sino sólo aquella sujeta a determinados criterios que se han ido apuntando. Además, una connotación negativa es consustancial a la discriminación misma, en el sentido de que su prohibición aspira firmemente a la igualdad material o efectiva⁵¹⁸. Así, estamos ante “*una medida destinada a paliar la discriminación sufrida (...) y que responde al mandato constitucional contenido en el art. 9.2 del Texto fundamental*” (STC 128/1987, de 16 de julio; FJ 11).

⁵¹⁵ Según el TC, es perfectamente comprensible el hecho de que, “(...) para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente listado en el art. 14 CE debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de «cualquier otra condición o circunstancia personal o social», resulte necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE)”. Por tanto, “así como los motivos de discriminación citados expresamente en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecido ya *ex Constitutione*, tal juicio deberá ser realizado inexcusablemente en cada caso en el análisis concreto del alcance discriminatorio de la multiplicidad de condiciones o circunstancias personales o sociales que pueden ser eventualmente tomadas en consideración como factor de diferenciación (...)” (STC 62/2008, de 26 de mayo; FJ 5).

⁵¹⁶ RODRÍGUEZ YAGÜE, *La tutela penal*, pp. 53-54.

⁵¹⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, p. 168.

⁵¹⁸ GUARDIOLA GARCÍA, «El concepto de discriminación», pp. 219-220.

Según lo visto, se puede defender y se defiende que los delitos de odio están estrechamente ligados a un concreto entendimiento constitucional sobre la no discriminación, como resultado de una evolución de los pronunciamientos recaídos al respecto. Este entendimiento propone conferir un trato diferente, en este caso más desventajoso, para quienes cometan infracciones penales contra víctimas o grupos compuestos por víctimas históricamente discriminadas. Se busca la corrección histórica de prácticas seculares a través de la prevención y la compensación actual, de tal forma que se allane el camino hacia una equiparación social efectiva. Sin embargo, esta suerte de acción positiva aplicada al orden penal es especialmente polémica. Según DÍAZ LÓPEZ, a tenor de lo dispuesto por la STC 59/2008, de 14 de mayo⁵¹⁹, se estaría admitiendo una diferencia de trato penal no por la consecución de una mayor igualdad social, sino por el mayor desvalor de la conducta de autor. En otras palabras, la acción o discriminación positiva no puede fundamentar nunca una agravación penal⁵²⁰.

c) *El CP/1995 y sus antecedentes socio-legislativos inmediatos*

Si bien la falta de datos oficiales sobre los delitos de odio se extiende hasta el año 2014, momento en el cual el Ministerio del Interior hace público el primer informe de seguimiento de la evolución de los mismos, en el año 2015 sale a la luz la iniciativa

⁵¹⁹ A continuación, se reproduce parcialmente el punto número tres de los antecedentes de la STC 59/2008, de 14 de mayo: “[L]as medidas penales (...) que endurecen la respuesta punitiva en atención a la diferenciación sexual de los sujetos del delito, no tendrían el carácter de «acciones positivas». Para sostener esta afirmación se reproducen las consideraciones del Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la que es ahora Ley Orgánica 1/1004, donde **se rechaza la procedencia de la adopción de medidas de acción positiva en ámbitos, como el penal o el orgánico judicial, en los que no exista un desequilibrio previo y no exista escasez de los bienes a los que accede la mujer**. Según el órgano promotor, no se alcanza a comprender cómo favorece la igualdad de oportunidades para la mujer (...) el castigo más severo de conductas (...) cuando son cometidas por un hombre. Aún más incomprensible resulta esa hipótesis si se tiene en cuenta la insistencia del intérprete constitucional en la idea de eliminación de trabas para la mujer, más como agente de su realización personal que como sujeto protegido, lo que significa un superior respeto a la dignidad de la mujer como persona capaz de regir sus propios destinos en igualdad de condiciones, una vez eliminados esos obstáculos de acceso, a través de una política de promoción, que no de protección. Tampoco sería de recibo la caracterización de esta tipificación como una fórmula de «reparación o compensación» colectivas por pretéritas discriminaciones sufridas por las mujeres como grupo social, pues se traduciría en la imputación a cada acusado varón de una responsabilidad también colectiva, como «representante o heredero del grupo opresor», lo que chocaría frontalmente con el principio de culpabilidad que rige el Derecho Penal. Se cuestiona, por tanto, la introducción de medidas positivas en un ámbito como el penal, ajeno a aquéllos en que se ha venido desarrollando la acción positiva, como el laboral, educativo o de representación política, y se pone en duda la legitimidad que, con tan errada etiqueta, se pretende revestir a estas medidas penales, insólitas en el Derecho comparado, dado que sólo se contemplan, en el ámbito europeo, en las legislaciones de España y Suecia” (resaltado añadido).

⁵²⁰ DÍAZ LÓPEZ, *Informe de delimitación conceptual* (2018), pp. 14-15.

«*Crímenes de odio: memoria de 25 años de olvido*»⁵²¹. Este proyecto, todavía hoy en activo ⁵²², aspira a identificar todos los delitos con resultado de muerte que hayan estado vinculados a la criminalidad por odio en España y que estén comprendidos dentro del periodo de referencia (1990-2020). Para ello, se implanta un mapa histórico-geográfico y una base documental con información detallada que se irá actualizando a medida que se conozcan nuevos datos. Se trata de un esfuerzo por reagrupar bajo una lógica común lo que tan sólo eran víctimas de homicidios y asesinatos sin conexión aparente. La labor de identificar solamente los resultados de muerte dentro de todo el espectro que cubren los delitos de odio se explica por el método de recogida empleado. En concreto, se habría optado por rastrear la cobertura mediática que merecieron ciertos casos –sobre todo, los más lejanos en el tiempo (década de los noventa)– que, por mostrar indicios de prejuicios, estarían relacionados con los delitos de odio.

La muestra obtenida es tan escasa⁵²³ como relevante, ya que se trata del único indicador actualizado que remonta la medición del fenómeno hasta la década de los noventa⁵²⁴. El resultado global final es de un total de 101 casos con 103 víctimas mortales. De los 101 casos, el desglose por categorías⁵²⁵ involucradas en los mismos, siendo en ocasiones categorías que causan intersección con otras en el mismo caso⁵²⁶, sería el siguiente: racismo y xenofobia (36), aporofobia (27), otros⁵²⁷ (15), odio ideológico (7), homofobia (6), violencia ultra en el fútbol (6), transfobia (5), islamofobia (2), disfobia (1) y romafobia (1). En cuanto al recorrido judicial, de los 101 casos en 47 habría recaído

⁵²¹ Se trata de un proyecto que pone en marcha el *Grupo de Investigación sobre Crímenes de Odio*, formado por un equipo multidisciplinar de especialistas y en el que ha colaborado el *Movimiento contra la Intolerancia*, como organización que nace a finales de 1991 y se constituye como asociación en 1993 a modo de reacción a los brotes de violencia racista, xenófoba y otras manifestaciones de intolerancia que empezaban a extenderse de forma alarmante por España.

⁵²² Como se recoge en la web (www.crimenesdeodio.info) la última actualización realizada (2020) ha sido coordinada con *SOS Racisme País Valencia*.

⁵²³ Según BORJA JIMÉNEZ, las manifestaciones más extremas de discriminación, los atentados contra la vida y la integridad corporal, eran escasos en España en la década de los noventa. Con todo, añade, no dejaban de ser sintomáticos y alarmantes. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista*, p. 229.

⁵²⁴ Otros listados incompletos de acontecimientos que tuvieron lugar a partir de los noventa se encuentran recogidos en varias obras. Véase BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista*, pp. 229-232; IBARRA BLANCO, *Los crímenes del odio*, pp. 255-295; IBARRA BLANCO, *La España racista*, pp. 305-317.

⁵²⁵ Nótese que los datos sobre crímenes de odio por «misoginia» no han sido volcados, ya que existe en la actualidad otro proyecto especialmente dedicado a llevar tal registro de casos (www.femicidio.net).

⁵²⁶ De ahí que el total de casos (101) no concuerde con el total de categorías (106) implicadas en los mismos.

⁵²⁷ Según se indica, en esta categoría se contienen los siguientes: “*Crímenes cometidos utilizando como excusa cualquier otra característica de la víctima o en un acto de violencia gratuita. También cuando el verdugo es simpatizante o militante de grupos que fomentan odio contra colectivos vulnerables*” (www.crimenesdeodio.info/es/marco-teorico/).

sentencia condenatoria (46,53%), en 46 no se habría llegado a obtener siquiera información al respecto (45,54%), en 4 de ellos hubo absoluciones (3,96 %) y en otros 4 nadie fue juzgado por el crimen, por lo que la causa terminó archivada (3,96 %) ⁵²⁸.

Por otro lado, sucede con cierta frecuencia que el impulso definitivo de la maquinaria legislativa en materia de delitos de odio trae causa de la comisión y repercusión social de un determinado delito con resultado de muerte por razón de los prejuicios de autor. Este hecho, sea porque despierte a la sociedad de un largo letargo o porque los cuerpos policiales fracasen en responder o investigar el crimen, suele marcar un antes y un después a nivel social, político y legislativo. España no ha sido una excepción. En principio, según se desprende del proyecto anterior, en la década de los noventa y hasta la entrada en vigor del CP/1995 (1990-1996) constan dieciocho casos de delitos con resultado de muerte presuntamente relacionados con crímenes de odio ⁵²⁹. De entre todos ellos, una respuesta institucional sin precedentes en el caso español vino precedida por el asesinato de la dominicana Lucrecia Pérez en Aravaca (Madrid), el 13 de noviembre de 1992 ⁵³⁰. Los autores resultaron ser un guardia civil y tres menores de edad, todos ellos cercanos a grupos *skin-head* que simpatizaban con el nazismo. Así se recoge como hechos probados en la SAP de Madrid de 4 de julio de 1994. La referida sentencia indica también que los cuatro procesados acordaron dirigirse a un edificio que albergaba una antigua discoteca,

⁵²⁸ Para estos y otros datos de interés, nos remitimos a la web del proyecto (www.crimenesdeodio.info).

⁵²⁹ En concreto, en 1990 consta un único caso de muerte por odio ideológico (Víctima: Ferran Vilarmau Camps; Lugar: Premià de Mar; Fecha: 07/08/1990), en 1991 dos casos, uno por transfobia (Víctima: Sonia Rescalvo Zafra; Lugar: Barcelona; Fecha: 06/10/1991) y otro relacionado con la violencia ultra en el fútbol (Víctima: Frédéric François Rouquier; Lugar: Barcelona; Fecha: 13/10/1991), en 1992 dos casos, ambos por racismo/xenofobia (Víctima 1: Lucrecia Pérez; Lugar: Madrid; Fecha: 13/11/1992; y Víctima 2: Hassan Al Yahahaqui; Lugar: Majadahonda; Fecha: 14/11/1992), en 1993 cinco casos, dos por odio ideológico (Víctima 1: Susana Ruíz; Lugar: Madrid; Fecha: 09/01/1993; y Víctima 2: Guillem Agulló i Salvador; Lugar: Montanejos; Fecha: 11/04/1993), uno por aporofobia (Víctima: Tomás Martínez; Lugar: València; Fecha: 27/05/1993) y otros dos que se incardinan dentro de la categoría «otros» (Víctima 1: José Herrería Mingriñán; Lugar: Molins de Rei; Fecha: 23/10/1993; y Víctima 2: Jesús Sánchez Rodríguez; Lugar: Madrid; Fecha: 21/11/1993), en 1994 un único caso, relacionado con la violencia ultra en el fútbol (Víctima: Emiliano López Prada; Lugar: A Coruña; Fecha: 12/03/1994), en 1995 cuatro casos, uno por odio ideológico (Víctima: Ricardo Rodríguez García; Lugar: Alcorcón; Fecha: 21/05/1995) y tres que se incardinan dentro de la categoría «otros» (Víctima 1: Gabriel Doblado Sánchez; Lugar: Barcelona; Fecha: 02/08/1995; Víctima 2: David Martín Martín; Lugar: Arganda del Rey; Fecha: 14/10/1995; y Víctima 3: Miguel Blanco; Lugar: Sant Adrià del Besòs; Fecha: 17/11/1995) y, por último, en 1996 tres casos que se incardinan todos ellos dentro de la categoría «otros» (Víctima 1: David Emilio González Rubio; Lugar: Madrid; Fecha: 20/01/1996; Víctima 2: Rafael Rincón Rodríguez; Lugar: Mataró; Fecha: 17/02/1996; y Víctima 3: David Afonso Correira; Lugar: Madrid; Fecha: 15/05/1996). Para más información sobre estos casos, incluidos enlaces a prensa escrita digitalizada, nos remitimos a la web del proyecto (www.crimenesdeodio.info).

⁵³⁰ Para uno de los análisis más exhaustivos sobre el denominado como «crimen de Aravaca», véase CALVO BUEZAS, *El crimen racista de Aravaca, passim*.

por aquél entonces en ruinas, por el simple hecho de que en ese lugar residían inmigrantes de origen dominicano en condiciones de precariedad económica. En concreto, según se indica, todos acordaron acudir a la discoteca abandonada *Four Roses* de Aravaca “*motivados por sus sentimientos racistas y xenófobos (...) con objeto de dar un escarmiento a sus moradores y así conseguir que abandonaran el lugar*”. Además de la muerte de Lucrecia, otro dominicano precisó de tratamiento quirúrgico por el impacto de un proyectil. Finalmente, la Audiencia Provincial condenaría al guardia civil en concepto de autor por un delito de asesinato y por otro delito de asesinato frustrado, con las circunstancias agravantes de disfraz y morada. Los tres menores serían condenados como coautores de los mismos delitos y circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, aunque con la atenuante de edad juvenil. Esta sentencia sería confirmada en casación (STS 241/1996, de 18 de marzo).

Aun así, la sensación desde un inicio fue que no se alcanzaría a sancionar debidamente el componente subjetivo del injusto, esto es, la motivación racista del acto perfectamente plasmada en los hechos probados. Entre otras razones que se analizarán, la canalización de ese desencanto social facilitó la llamada a reforzar el Derecho penal antidiscriminatorio del CP/1973. Entre otras medidas, la agravante genérica de obrar por motivos discriminatorios (art. 22.4 CP) sería incorporada primero al *Proyecto de Código Penal de 1992* y, acto seguido, al *Proyecto de Código Penal de 1994*, precisamente por las reivindicaciones sociales derivadas del crimen de Aravaca⁵³¹.

c.1) Medidas punitivas inmediatamente anteriores al CP/1995

La LO 4/1995, casi doce años después de la LO 8/1983, sirvió para cubrir el vacío legislativo que existía en materia antidiscriminatoria en España. Esta ley aspiraba a una modificación parcial del Código penal siguiendo un proceso totalmente desligado del proyecto de reforma del Código actualmente vigente y aprobado el mismo año. En cualquier caso, la vigencia fugaz de la LO 4/1995 (menos de un año) sí que estuvo condicionada por el actual Código penal, en el sentido de que este último entraría en vigor en mayo de 1996 y derogaría el anterior junto con casi todas sus modificaciones (Disposición Derogatoria Única, 1.a) del CP/1995).

⁵³¹ LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995*, p. 55.

La LO 4/1995 tiene su origen en una Proposición de Ley Orgánica de modificación del Código penal presentada en el Congreso el día 17 de diciembre de 1993 por el Grupo Parlamentario Popular y admitida a trámite el 28 de diciembre de ese mismo año⁵³². El objetivo era tipificar la apología de los delitos de genocidio. Tanto en ese primer momento de iniciativa legislativa como tras su tramitación y aprobación final, la Exposición de Motivos aludiría a dos aspectos clave que dotan de legitimidad a la intervención penal. En primer lugar, estaría la lucha de los Estados democráticos⁵³³ contra la proliferación en toda Europa –sin ser España una excepción– de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetraban en nombre de banderas y demás simbología nazi. Además, a modo de extensión, se alude al revivir de prácticas genocidas en la ex-Yugoslavia que, sorprendentemente, cogían el relevo a las del régimen nacionalsocialista alemán. En segundo lugar, había unos compromisos internacionales a los que España debía atender, como eran el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948) y la CERD (1965)⁵³⁴.

En general, la doctrina coincide en señalar que el antisemitismo era inexistente como tendencia social empíricamente contrastable⁵³⁵, y mucho menos como problema social. De entre los acontecimientos más recientes en nuestra memoria colectiva, sin desmerecer ningún otro, destacan los graves atentados contra sinagogas durante las décadas de los setenta y los ochenta⁵³⁶. Ya en la década de los noventa, que es cuando se legisla la

⁵³² CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, V Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, 4 de enero de 1994, Núm. 52-1.

⁵³³ Según BILBAO UBILLOS, quien con sus palabras nos adelanta ya el sentir general de la doctrina al respecto, la explicación de introducir este precepto residía en lo siguiente: «[E]ntre nosotros [los españoles] pesa todavía el complejo de demócratas recién llegados al club. E inevitablemente ese complejo lleva a sobreactuar, para quedar bien, de cara a la galería (internacional, en este caso)». BILBAO UBILLOS, “La negación de un genocidio”, p. 315. Ello concuerda con la lógica de Derecho Penal simbólico que quedaba reflejada en los antecedentes remotos de normativa antidiscriminatoria ya analizados (en específico, la Ley 23/1976 y la LO 8/1983). Véase el epígrafe «a) *El despertar legislativo y su puesta en contexto (1970-1990)*», del apartado «1.5.1.1. *Trazado histórico de gestación*» *supra*.

⁵³⁴ De acuerdo con lo mandatado en el art. 3.c) del Convenio (1948), la legislación penal española debía sancionar “*la instigación directa y pública a cometer genocidio*” y, de acuerdo con el art. 4.a) de la CERD (1965), “*(...) 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*”.

⁵³⁵ Una de las afirmaciones que mejor traslada al lector el único antisemitismo referible es el de que éste se debía a «fantasías antisemitas de una conjura invisible y actuando en la sombra que convierte la amenaza judía en ubicua». ZAMORA ZARAGOZA, “Racismo, xenofobia, antisemitismo”, p. 598.

⁵³⁶ Además de referirse a las numerosas pintadas antisemitas que aparecieron junto a distintas sinagogas de Madrid y Barcelona, ÁLVAREZ CHILLIDA recoge una breve cronología de hechos vandálicos perpetrados por grupos neonazis: «En septiembre de 1976 estalla una bomba junto a la puerta de la sinagoga de Barcelona, acción reivindicada por un Comando Adolfo Hitler. Al parecer se localiza a los autores, un grupo extremista en el que figuraban varios policías, pero no se practicaron detenciones. En 1979 el mismo

apología del genocidio, únicamente resta apuntar que España era concebida como refugio legal y centro de operaciones para la difusión de materiales (p.ej.: libros, escritos, panfletos, etc.) que promovían la ideología revisionista⁵³⁷.

Con todo, la STC 214/1991, de 11 de noviembre, supuso un punto de inflexión y un referente judicial temprano que, de alguna manera, abriría la senda para sacar a debate público la cuestión judía y combatir así el antisemitismo⁵³⁸. Se trata de la culminación de un largo y tedioso proceso judicial –de siete años de duración– que emprendería una

lugar sufre un tiroteo, y dos años después un ataque con cócteles Molotov. El 24 de diciembre de 1976, poco antes de los oficios del *sabbat*, estalla un potente artefacto junto a la sinagoga madrileña, acto reivindicado por un Grupo Armado por la Liberación de Europa. Tampoco hubo detenciones. También en Madrid, en mayo de 1978 un grupo de los Guerrilleros de Cristo Rey, integristas y antisemitas, agrede a unos estudiantes sionistas que pegaban carteles por la calle, resultando dos heridos. El 25 de abril de 1979 son rotas las lunas de una tienda judía del centro de Madrid. Dos días después el cardenal Tarancón prohíbe la tradicional misa por el alma de Hitler y los jóvenes neonazis y fascistas congregados reaccionan con disturbios, que culminan con el destrozo de tres tiendas propiedad de judíos, incluyendo la ya antes agredida. Esta vez se detuvo a 11 jóvenes neonazis. El 3 de marzo de 1980 un terrorista palestino atenta contra Max Mazin, expresidente de la comunidad judía madrileña y vicepresidente de la organización patronal CEOE, matando por error a un vecino suyo. En enero de 1986 se profanan varias tumbas del cementerio hebreo de Cerdanyola, siendo detenidos posteriormente varios menores de edad. Y en febrero de 1987 se desactiva una bomba en la puerta de la sinagoga barcelonesa». ÁVAREZ CHILLIDA, *El antisemitismo en España*, pp. 471-472.

⁵³⁷ Un ejemplo del cobijo legal que representaba España para disidentes ideológicos del Holocausto judío lo encontramos en el caso del escritor austríaco Gerd Honsik. Este líder ideológico del movimiento neonazi europeo sería condenado por un tribunal de Viena el 5 de mayo de 1992 a 18 meses de prisión, por difundir obras impresas de autoría propia (en el libro «¿Absolución para Hitler?» y en la revista *Halt*) en las que se negaba recurrentemente el genocidio nazi y el empleo de gas tóxico para la destrucción planificada de judíos en campos de exterminio (STS de 1 de abril de 1995, FJ 3). Habiendo huido a España en 1992, Gerd Honsik sería reclamado por la justicia austriaca para su extradición y cumplimiento de la pena impuesta. El 7 de noviembre de 1995 la Audiencia Nacional dicta un auto por el que rechaza su extradición a Austria al entender que no se cumplía el principio de la doble incriminación. En concreto, en la legislación española no se encontraba tipificada como delito la apología del genocidio hasta la entrada en vigor de la LO 4/1995 el 13 de mayo de 1995, por lo que la misma no resultaba aplicable a las conductas cometidas con anterioridad a esa fecha.

De forma similar, Otto Remer (ex oficial de las *Waffen SS*, antiguo jefe de seguridad del cuartel general de Adolf Hitler y colaborador de Gerd Honsik en la publicación de la revista *Halt*) llegaría a España en 1994 tras ser condenado en Alemania a 12 meses de prisión por los delitos de «instigación al amotinamiento de los pueblos» e «incitación al racismo». Tras su detención en junio de 1994, la Audiencia Nacional opta por denegar su extradición a Alemania por no existir en el CP español un delito equivalente. En este caso, enjuiciado tras la entrada en vigor de la LO 4/1995, la Sección Segunda de la Sala de lo Penal entiende que el delito más próximo en España sería el de provocación al genocidio, si bien éste “(...) requiere que haya una incitación directa a destruir o desplazar a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Esa condición no se da (...) en la conducta de Remer, quien se limita a «negar una verdad histórica»”. Véase: “La Audiencia Nacional deniega a Alemania la entrega del nazi Remer”, *ABC*, 18 de febrero de 1996.

En resumen, en los años noventa existía un vacío legal que sería aprovechado por los neonazis refugiados en España para editar y difundir propaganda de extrema derecha antisemita, enviando regularmente y con total impunidad grandes lotes de este material a sus respectivos países de origen (Austria y Alemania).

⁵³⁸ Fuera del orden legal, es posible referirnos a otros gestos significativos de desaprobación por parte de la sociedad española. Entre otros, el hecho de que en 1994 las principales Ferias del Libro españolas denegaran por vez primera el acceso a los difusores de obras neonazis. En concreto, se introdujeron cláusulas en los estatutos que prohibían que en los *stands* de las librerías se incitara a la violencia. ROZENBERG, *La España contemporánea*, p. 309.

superviviente de Auschwitz, Violeta Friedman, con la presentación el 7 de noviembre de 1985 de una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid contra, entre otros, León Degrelle, fundador del más importante partido político fascista de Bélgica (Partido Rexista, 1936), ex jefe de las *Waffen SS*⁵³⁹ y refugiado en España desde 1945 a pesar de los requerimientos de extradición del Gobierno belga.

La razón se encuentra en un reportaje publicado por la revista *Tiempo* en el verano de 1985, donde se recogían diversas declaraciones negacionistas de León Degrelle. A falta de una legislación penal española que contemplara algún mecanismo que hiciera posible la sanción penal, Violeta Friedman apuesta por reconducir su causa al orden jurisdiccional civil, recurriendo a la Ley 1/1982 sobre la protección del honor, la imagen y la intimidad. Según la demandante, se atentaba contra su pasado e historia personal, puesto que ella misma estuvo internada en el campo de concentración de Auschwitz y toda su familia fue gaseada bajo las órdenes del doctor Mengele, cuyo nombre consta expresamente en el reportaje de la publicación *Tiempo*⁵⁴⁰.

Sin adentrarnos en las vicisitudes judiciales del caso concreto, las pretensiones de la denunciante se verían desestimadas tanto en instancias inferiores como en el Tribunal Supremo, y ello porque se negaba constantemente que las declaraciones del demandado fueran ataques que atentaran contra el honor de la denunciante, y porque tampoco podía ésta arrogarse la defensa de toda una colectividad (es decir, una etnia, una raza o un pueblo). Además, tales declaraciones quedaban amparadas por el derecho a la libertad de expresión de ideas, pensamientos u opiniones (art. 20.1 CE), aun cuando las mismas hubieran causado aflicción e incluso sufrimiento. En este contexto, Violeta Friedman recurre en amparo y se apoya en la categoría de “*víctima indirecta*” ya empleada por el TEDH, dejando así constancia de una evidente contradicción: si las asociaciones o instituciones son las que debieren actuar en estos supuestos, pero éstas a su vez no son

⁵³⁹ Estamos, en definitiva, ante el caso más conocido de nazis refugiados en España. Según explica ROZENBERG, León Degrelle llega a España en mayo de 1945 al aterrizar de emergencia en la playa de San Sebastián. A pesar de las demandas de extradición del Gobierno belga y de que las autoridades madrileñas asegurasen haberlo expulsado del territorio, Degrelle obtiene una nueva identidad como José de Ramírez Reina y finalmente la nacionalidad española en 1954.

⁵⁴⁰ Entre otras declaraciones, para cuya consulta se puede acudir al núm. 168 de la revista *Tiempo* (semana del 29 de julio al 4 de agosto de 1985), León Degrelle aporta la siguiente reflexión: “*A mi juicio, el doctor Mengele era un médico normal y dudo mucho que las cámaras de gas existieran alguna vez, porque hace dos años que hay una recompensa en los EEUU para aquel que aporte pruebas de las cámaras de gas. Son 50 millones de dólares y todavía no ha ido nadie a recogerlos*”.

titulares del derecho personalista al honor, se está en definitiva ante una indefensión que conduce a la más absoluta impunidad.

Finalmente, el TC estima el recurso de amparo interpuesto y reconoce el derecho al honor de la recurrente, puesto que la libertad de expresión (en el sentido de emisión de juicio y opiniones subjetivas de acontecimientos históricos) no comprende el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo. El derecho al honor es una proyección de la dignidad humana, siendo así que el odio y el desprecio a cualquier pueblo o etnia son incompatibles con el respeto a la misma⁵⁴¹. En consecuencia, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia resulta también lesionado al ofender, menospreciar o generar sentimientos de hostilidad “(...) *contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social*” (STC 214/1991, de 11 de noviembre de 1991, FJ 8).

Al hilo de la necesidad de contener ciertos discursos y opiniones antisemitas en nuestro país, también se puede presentar una reflexión en clave sociológica que podría ser de interés. Según HERZOG, en la cultura popular española perdura todavía una falta de sensibilidad por el antisemitismo y los estereotipos anti-judíos. En España el hecho de reconocer el rol histórico y decisivo que ha tenido el Holocausto crea la sensación de estar restando importancia o directamente exculpando al franquismo. La víctima del franquismo siempre ha buscado un reconocimiento a través de la crítica a la crueldad del

⁵⁴¹ En el caso que nos ocupa, el TC argumentó cuanto sigue: “[E]l demandado no se limitó a manifestar sus dudas sobre la existencia de cámaras de gas en los campos de concentración nazis, sino que en sus declaraciones, que han de valorarse en su conjunto, efectuó juicios ofensivos al pueblo judío (...), manifestando, además, expresamente su deseo de que surja un nuevo Führer (con lo que ello significa en cuanto al pueblo judío a la luz de la experiencia histórica). Se trata, con toda evidencia, de unas afirmaciones que manifiestamente poseen una connotación racista y antisemita, y que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos. Esta incitación racista constituye un atentado al honor de la actora y al de todas aquellas personas que, como ella y su familia, estuvieron internadas en los campos nazis de concentración, puesto que el juicio que se hace de los hechos históricos (...) no comporta exclusivamente correcciones personales de la historia sobre la persecución de los judíos, dando una dimensión histórica o moral, sino antes al contrario y esencialmente conllevan imputaciones efectuadas en descrédito y menosprecio de las propias víctimas (...), dentro de ellas, la hoy recurrente, razón por la cual exceden del ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho a expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones consagrados en el art. 20.2 CE” (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8).

régimen franquista, sin importar el hecho de que con ese discurso se restase notoriedad al Holocausto, o lo situara entre una de tantas atrocidades cometidas por el fascismo. Y mientras el Holocausto es relegado a un segundo plano, el problema del antisemitismo también pasaría a concebirse como algo extranacional, por mucho que existiese cierta afinidad entre el nacionalsocialismo y el franquismo. Incluso en el caso de asumir el antisemitismo como cuestión nacional, asociarlo al franquismo es trasladar toda su importancia a un pasado ya superado. Todo ello quizás explique la excesiva banalización del nacionalsocialismo que tiene lugar en España. Que la ostentación de simbología nazi se considere una «chiquillada» o que en los debates políticos no existan límites a la hora de comparar casi todo con el nazismo (p.ej.: ETA, el nacionalismo catalán, el aborto, los escraches, la eutanasia, etc.). Según recoge este autor, estamos ante un discurso *mainstream* y nada marginal, invirtiendo la tendencia de otros países europeos⁵⁴².

Aun así, todo lo anteriormente expuesto parece insuficiente para justificar, primero, la urgencia legislativa en la tramitación de la LO 4/1995, y segundo, la aplicabilidad del mayor de los reproches sociales –es decir, la sanción penal privativa de libertad– a la propaganda de ideología filonazi o genocida⁵⁴³. Parfraseando a LANDA GOROSTIZA, sorprende que el castigo de la agitación propagandística antisemita supere las fronteras naturales y el recuerdo histórico de países germánicos como Alemania, Austria o Suiza para asentarse en otros de cuna latina. Esta tendencia parece responder, más que a criterios de necesidad, a la mera puesta a disposición de un conjunto de instrumentos lo más omnicompreensivo posible⁵⁴⁴.

Sería tras la aprobación de la enmienda sexta propuesta por el Grupo Socialista que la LO 4/1995 contendrá, además de la apología del genocidio, una agravante por motivos discriminatorios cuya aplicabilidad quedaría reducida a los delitos contra las personas o

⁵⁴² HERZOG, “La sociología española”, pp. 834-835.

⁵⁴³ España se convierte, tras Francia y Rumanía, en el tercer país europeo en hacer mención al antisemitismo en su legislación, y en el séptimo que sanciona penalmente la canalización de esa motivación antisemita a través de la negación o la justificación del genocidio, tras Alemania, Israel, Francia, Austria, Suiza y Bélgica. ROZENBERG, *La España contemporánea*, p. 308.

⁵⁴⁴ LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, p. 113.

el patrimonio⁵⁴⁵, y un delito de provocación⁵⁴⁶. Según LANDA GOROSTIZA, este giro buscaba adelantar la propuesta legislativa que venía considerándose dentro del dilatado proceso paralelo que desembocaría en el CP/1995. Además, pone de relieve que, de entre los marcadores protegidos por uno y otro artículo, salvando algunos titubeos iniciales, se alcanza una homogeneidad de redacción *cuasi* absoluta⁵⁴⁷. Esta homogeneidad traería una protección *in extenso* de categorías con el fin de reforzar un principio de igualdad con base constitucional, abstracto y aperturista a otros campos discriminatorios (en concreto, a la ideología, religión o creencias)⁵⁴⁸. Se trata del primer germen de una inercia expansiva de categorías marco protegidas⁵⁴⁹.

El Tribunal Supremo se refiere, en la STS 713/2002, de 24 de abril, a que la agravante se incorpora al art. 10.17 CP/1973 con carácter claramente urgente porque obedecía a una preocupación política derivada de un contexto de alarma social. En concreto, se debía al *“incremento de actos delictivos contra las personas y el patrimonio con trasfondo xenófobo y racista y relacionados con los orígenes étnicos o nacionales o con la ideología, religión o creencias de la víctima”* (FJ 4)⁵⁵⁰. Sin embargo, si bien la agravante del CP/1973 efectivamente aspiraba a atajar una criminalidad racista y xenófoba en sentido amplio, no es menos cierto que estaba estrechamente ligada al objetivo más concreto de contrarrestar la ideología del nacionalsocialismo o de otros movimientos

⁵⁴⁵ En su redacción final, el art. 10.17 del CP/1973 disponía que era circunstancia agravante el hecho de *“cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima”*. El ámbito de aplicación de este precepto, circunscrito a los delitos contra las personas y el patrimonio, no parecía del agrado de todos. De hecho, un sector de la doctrina era partidaria de un cambio que finalmente se consiguió. Ampliamente, sobre este particular, véase «1.5.3. Intersección con los delitos de expresión» *infra*.

⁵⁴⁶ En su redacción final, el art. 165 *ter* del CP/1973 queda recogido de la siguiente forma: *“1. Los que provoquen o inciten, directamente o mediante la apología, a través de medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por motivos referentes a su origen racial, étnico o nacional, o a su ideología, religión o creencias, serán castigados con la pena de prisión menor en grado mínimo o medio y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas. 2. La apología existe cuando, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor y que, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito”*.

⁵⁴⁷ La única diferencia de redacción entre ambos preceptos era la mención expresa al antisemitismo en la agravante genérica (art. 10.17 CP/1973) y su omisión en el delito de provocación (art. 165 *ter* CP/1973).

⁵⁴⁸ Véase el epígrafe «b) Rasgos generales de la evolución jurisprudencial del principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE)», del apartado «1.5.1.1. Trazado histórico de gestación» *supra*.

⁵⁴⁹ A mayor detalle, véase LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, pp. 62-71. Una explicación general acerca de la ampliación de causas protegidas ya tuvo ocasión de abordarse al analizar el comunitarismo y el liberalismo como corrientes troncales del multiculturalismo. Véanse los apartados «1.3.4. Reconocimiento y protección: diversidad e identidad cultural» y «1.3.5. Tutela penal de grupos/colectivos protegidos» *supra*.

⁵⁵⁰ Este razonamiento sería reproducido en sentencias posteriores (SAP de Castellón 5/2005, de 25 de abril, FJ 6; SAP de las Islas Baleares 142/2015, de 12 de noviembre, FJ 4).

ideológicos o culturales afines (p.ej.: los cabezas rapadas)⁵⁵¹. Por otro lado, como ya sucediera con el antisemitismo, se observa nuevamente otra tendencia legislativa en países de ámbito latino a implantar la figura de la agravante genérica⁵⁵². Todo ello, según LANDA GOROSTIZA, sin que el tensionamiento interétnico del sur de Europa, aun siendo creciente, fuera en modo alguno equiparable al de las sociedades germánicas o anglosajonas⁵⁵³. En sede doctrinal, en cambio, algún autor se aventura a apuntar el oportunismo político, ya que la introducción de la agravante se produce precisamente en el Año Internacional de la Lucha contra la Intolerancia⁵⁵⁴.

En lo concerniente al delito de provocación del art. 165 *ter* CP/1973, precedente remoto del actual art. 510 CP, se buscaba actuar contra “(...) *cuantas conductas puedan significar apología o difusión de las ideologías que defiendan el racismo o la exclusión étnica*”. Asimismo, el objetivo era atender debidamente el carácter no absoluto de la libertad ideológica o de expresión recogido en la STC 214/1991, de 11 de noviembre (EM de la LO 4/1995). No obstante, igual que sucedía con la agravante, lo que de verdad se intentaba perseguir al tipificar este delito de provocación eran las ideologías neonazis⁵⁵⁵.

c.2) La expansión del marco antidiscriminatorio en el CP/1995

Como vemos, algunos comportamientos discriminatorios comienzan a regir todo un cuerpo de preceptos que constituyen la normativa penal antidiscriminatoria. Ya a partir de 1990, en las legislaciones penales europeas se irán ampliando las causas tradicionales de discriminación (raza, etnia, nacionalidad y/o religión) para reflejar la llegada de otras nuevas (ideología, sexo, orientación sexual, situación económico-social y/o estado físico) que desbordaban todo lo conocido hasta la fecha. Se produce –dentro y fuera de España– un cambio de paradigma importante en términos de tutela penal sobre ciertos grupos humanos. El Derecho penal pasa a ser «uno más de los mecanismos de la política social dirigida a materializar el principio de igualdad entre todos los sectores sociales, e

⁵⁵¹ Así lo pone en evidencia BORJA JIMÉNEZ, quien además estima que el antisemitismo era una mezcla de las formas más tradicionales de discriminación que ya venían recibiendo respaldo penal (raza, etnia y religión), por lo que su mención expresa aspiraba seguramente a destacar la persecución histórica y prácticamente universal del colectivo judío. BORJA JIMÉNEZ, «La circunstancia agravante», pp. 119-120.
⁵⁵² Véase la introducción al apartado «1.4. Estándares Supranacionales de Proscripción» *supra*.

⁵⁵³ LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal*, pp. 208-209.

⁵⁵⁴ Para este particular y para una visión exhaustiva del procedimiento de tramitación parlamentaria que originó la agravante del art. 10.17 CP/1973, véase: DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio*, pp. 38-48; LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, pp. 86-91.

⁵⁵⁵ LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, p. 85.

interiorizar en los ciudadanos el valor del respeto a la diferencia»⁵⁵⁶. No obstante, esta expansión cuestionará más pronto que tarde las designaciones clásicas que venían empleándose para aludir a todo este conjunto de preceptos penales a los que se viene haciendo referencia. Estos preceptos hacían frente ya a un fenómeno que superaba ampliamente la preocupación antixenófoba que motivó la redacción de las primeras figuras penales de corte antidiscriminatorio. Si bien se venía haciendo uso de designaciones tales como *delito de racismo* o *delito de discriminación racial*, las reformas penales que se produjeron a nivel europeo ampliaron las causas de discriminación y, en el caso español, cada uno de los preceptos que las contenían –incluso, de forma parcial– pasó a referirse con el genérico *delito de discriminación*⁵⁵⁷. Ahora bien, según LANDA GOROSTIZA, las fórmulas empleadas tanto antes como ahora –es decir, en relación a la referencia moderna a los *delitos de odio*– apuntan por igual a «una dinámica de ataque inmediato o mediato contra (y una correlativa voluntad de protección de) determinados colectivos o minorías con mayor o menor grado de vulnerabilidad»⁵⁵⁸.

Además de las nuevas causas discriminatorias y de los cambios de designación formal que implicaron, el CP/1995 trajo consigo todo un arsenal de medidas en forma de preceptos dispersos por nuestra legislación. No obstante, no se busca aquí hacer acopio de sugerencias de clasificación y sistematización sobre los delitos de odio y/o delitos de discriminación que irrumpieron con la llegada del CP/1995. Han sido muchas y muy variadas las aportaciones en este sentido dentro de la doctrina española, sin que se haya alcanzado un consenso lo suficientemente amplio al respecto. En buena medida, ello se debe a que las diferentes propuestas doctrinales acostumbra a enlazar su catálogo de delitos de odio y/o discriminación con aspectos troncales de lo que previamente se entienda que constituye el bien jurídico protegido⁵⁵⁹. En lo sucesivo, nos conformaremos

⁵⁵⁶ BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad*, p. 268.

⁵⁵⁷ Ampliamente, sobre todo lo anterior, véase BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad*, pp. 246-273.

⁵⁵⁸ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, p. 45.

⁵⁵⁹ Por ejemplo, GARCÍA ÁLVAREZ se refiere a delitos de discriminación en sentido expreso (arts. 22.4, 314, 511, 512, 510 y 515.5 CP). Dejando ahora de lado la agravante genérica del art. 22.4 CP, de la que nos ocuparemos en el apartado siguiente, tan sólo algunos de esos delitos (arts. 314, 511 y 512 CP) brindarían protección directa al bien jurídico del derecho a no ser discriminado. Esto es, en opinión de la autora, se protegería el «derecho a no ser tratado peyorativamente en comparación, ni más ni menos, que con el trato que le corresponde a la persona afectada, en última instancia, por ley». En cambio, el resto de delitos (arts. 510 y 515.5 CP) sólo proscibirían la discriminación de forma indirecta. Es decir, se protegen otros bienes jurídicos, pero también se garantiza –cuando menos de forma mediata– la no discriminación. Incluso así, esta autora sostiene una visión de conjunto entre todos los preceptos anteriores, ya que el elemento de la discriminación forma parte esencial u orgánica de los mismos. Es decir, la discriminación configura la «estructura del tipo objetivo» de estos delitos. Además, todas estas figuras delictivas acogen, sin ser requerida la uniformidad más absoluta, un catálogo cerrado de causas – más o menos– comunes. DÍAZ Y

con presentar unas consideraciones mínimas sobre algunos delitos de odio expresivos o que tengan una variante expresiva para su comisión (delitos de odio «con palabras»). Esto nos servirá, a su vez, para ir dibujando ya algunas manifestaciones punibles periféricas de lo que en breve pasará a ser la preocupación principal de este estudio (es decir, el ciberodio). Dejando para más adelante el análisis de la agravante genérica por motivos discriminatorios (art. 22.4 CP)⁵⁶⁰ y el del delito de incitación (art. 510.1 CP)⁵⁶¹ o de injuria/difamación colectiva (art. 510.2 CP)⁵⁶², por ser los preceptos «fuertes» llamados a filtrar la gran mayoría de constelaciones sobre discurso de odio punible, nos detendremos ahora en los arts. 170.1 CP (delito de amenazas dirigidas a atemorizar a un colectivo), 173.1 CP (delito de trato degradante) y 197.5 CP (delito de descubrimiento y revelación de secretos con afectación a datos personales especialmente sensibles). Asimismo, por su estrecha vinculación con el delito de trato degradante, que además dará pie a una reflexión mínima al final de este *Bloque I*⁵⁶³, tendrá también cabida el art. 174.1 CP (delito de tortura por motivos discriminatorios)⁵⁶⁴.

El **art. 170.1 CP**, en su redacción actual, prohíbe las amenazas de un mal que constituyere delito y que 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, siempre que tengan la gravedad necesaria para conseguirlo.

Salvando otras disquisiciones doctrinales que no se entrarán a valorar, a la amenaza dirigida a atemorizar a los habitantes de una población (contenida previamente en el

GARCÍA CONLLEDO añade, junto a los referidos en el listado anterior, los arts. 170 y 174.1 CP. Véase: GARCÍA ÁLVAREZ, *El derecho penal y la discriminación*, pp. 35-37 y 57-58; GARCÍA ÁLVAREZ, «Protección penal», pp. 231 y 233; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, p. 307.

⁵⁶⁰ Véase el apartado «1.5.2. Agravante genérica del art. 22.4 CP: los claroscuros de su fundamento dogmático» *infra*.

⁵⁶¹ Véase el epígrafe «a) Primer bloque de conductas punibles: la incitación (art. 510.1 CP)», del apartado «3.3.2.2. Conductas típicas y generación de riesgo» del *Bloque III*.

⁵⁶² Véase el epígrafe «b) Segundo bloque de conductas punibles: la difamación o injurias colectivas (art. 510.2 CP)», del apartado «3.3.2.2. Conductas típicas y generación de riesgo» del *Bloque III*.

⁵⁶³ Véase el apartado «1.5.3. Intersección con los delitos de expresión» *infra in fine*.

⁵⁶⁴ Nótese que, si bien quedarán simplemente apuntados, existen otros preceptos que podrían ser reconducibles al catálogo de delitos de odio (en concreto, delitos de odio *lato sensu*) y/o discriminación tras la entrada en vigor del CP/1995. Este sería el caso de los arts. 160.3 CP (clonación humana reproductiva y selección de la raza), 314 CP (delito de discriminación en el ámbito laboral), 510 *bis* CP (responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos que se detallan en el art. 510 CP), 511 CP (delito de denegación discriminatoria de una prestación de carácter público), 512 CP (delito de denegación discriminatoria de una prestación en el ámbito profesional o empresarial), 515.4 CP (delito de asociación ilícita que promueva o incite a la discriminación, el odio o la violencia), 522 a 526 CP (delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos), 607 CP (delitos de genocidio), 607 *bis* CP (delitos de lesa humanidad), y 611.6 CP (modalidad agravada de prácticas inhumanas y degradantes que entrañen un ultraje contra la dignidad de personas protegidas en caso de conflicto armado).

anterior art. 496 *bis* del CP/1973) se anuda la alusión a “*grupo étnico*” a través de una enmienda introducida por *Convergència i Unió* al Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1995. Según consta, ello se debió a la desprotección de los colectivos étnicos frente a las amenazas de grupos racistas⁵⁶⁵. Por lo demás, la LO 2/1998 también modificó y amplió, al menos formalmente, los colectivos susceptibles de ser destinatarios de la amenaza en cuestión⁵⁶⁶. Primero se incorpora expresamente la mención a grupo “*cultural o religioso, o colectivo social o profesional*”, y seguidamente se altera la cláusula de cierre anterior (“*un amplio grupo de personas*”) por la de “*cualquier otro grupo de personas*”. Esta última parece confirmar que los colectivos protegidos no se definen en términos numéricos o en función del número de integrantes⁵⁶⁷, si bien la doctrina no es uniforme⁵⁶⁸. En lo referente al “*colectivo social o profesional*”, de la tramitación

⁵⁶⁵ CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de marzo de 1995, Núm. 77-6, p. 384.

⁵⁶⁶ La proposición de ley fue presentada por los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista, Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, EAJ-PNV, *Convergència i Unió*, Coalición Canaria y Mixto, no realizándose enmienda alguna en Congreso y Senado en lo atinente a la modificación o ampliación del art. 170.1 CP. Como ya se contenía en la proposición de ley, la EM de la LO 2/1998 reiteró que la finalidad de la reforma radicaba en “*(...) detallar los ámbitos más significativos de protección de este precepto [art. 170.1 CP], especificando que es objeto de esta tutela cualquier agrupación, colectivo o conjunto de personas a los que se amenace genéricamente, con la gravedad necesaria para conseguirlo, y con indeterminación de la persona concreta en que pudiera actualizarse el contenido de la amenaza*”. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, 10 de noviembre de 1997, Núm. 128-1.

⁵⁶⁷ En sesión plenaria del Congreso de los Diputados celebrada el 23 de diciembre de 1997, con objeto de presentar y debatir la proposición de ley que nos ocupa, el representante del Grupo Parlamentario Popular Gabriel Cisneros Laborda realiza la siguiente intervención durante su turno de palabra: “*Es obvio que cuando las amenazas se dirigen, por ejemplo, a los concejales de tal o cual partido en un ayuntamiento, a los redactores de tal periódico o a los magistrados de aquella audiencia, la precisa definición de grupo amenazado poco o nada tiene que ver con el número amplio o reducido de sus integrantes*”. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, año 1997 (núm. 130), VI Legislatura, Pleno y Diputación Permanente, sesión plenaria núm. 126, celebrada el martes 23 de diciembre de 1997, p. 6813.

Ejemplos: 1) La SAN 49/2015, de 30 de julio, calificaría como típicas las amenazas vertidas por tres individuos de ideología cercana a la Falange dirigidas a atemorizar a un colectivo formado por concejales o representantes públicos de diferentes localidades, ya que venían dando cumplimiento a derechos y reconocimientos previstos en la Ley 52/2007 de Memoria Histórica. Por tanto, se entiende como sujeto pasivo del delito los representantes y colaboradores de las instituciones públicas encargadas de implementar una normativa concreta (FJ 3.1.1.). A pesar de anular parcialmente, casar y sustituir por otra la sentencia anterior, la STS 252/2016, de 31 de marzo, confirmaría estos extremos; 2) Tanto la SAP de Córdoba 128/2009, de 14 de mayo, como la SAP de Barcelona 82/2018, de 29 de enero, entendieron que una comunidad de propietarios o vecinos merecía protección a tenor de lo dispuesto por el art. 170.1 CP.

⁵⁶⁸ Ciertos autores apuestan por entender como clave interpretativa que es la referencia numérica, mayor o menor, la que marca la existencia del colectivo. Entre otros, LANDA GOROSTIZA, MIR PUIG y POLAINO NAVARRETE. En cambio, otros apuestan por atender a un elemento común –o afinidad compartida– que identifique al grupo en cuestión. Entre otros, AGUILAR GARCÍA, CUERDA ARNAU, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y QUINTERO OLIVARES. Finalmente, MANZANARES SAMANIEGO o MARQUINA BERTRÁN no descartan incluso la posibilidad de que la amenaza a una única persona tenga encaje en el tipo, si bien el destinatario debe ser una persona concreta cuya relevancia dentro del grupo consiga que el anuncio del mal atemorice a algunos o a todos los integrantes del mismo. Véase: AGUILAR GARCÍA, *Manual práctico*, p. 181; CUERDA ARNAU, «Delitos contra la libertad (y II)», pp.

parlamentaria sólo se extrae una única justificación basada en las generalizadas amenazas a jueces, periodistas o trabajadores de prisiones⁵⁶⁹, lo que plantea dudas legítimas de si estamos ante colectivos para los cuales ya se dispensaba protección con la cláusula residual anteriormente referida. En cualquier caso, nuestra atención se circunscribe a lo cultural y religioso, puesto que con estas nuevas referencias parece reforzarse la tutela más puramente antidiscriminatoria que emana del artículo examinado⁵⁷⁰ y que ya había comenzado a dibujar el legislador con la mención expresa a “*grupo étnico*” como sujeto pasivo. Sin embargo, como se verá a continuación, la virtualidad antidiscriminatoria del tipo penal es más bien accesoria.

Siendo crítico con la falta de concreción exigible a través del principio de legalidad, QUINTERO OLIVARES cree posible realizar una interpretación extensiva para el art.

157-158; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, p. 490; LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, pp. 210-211; MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios al Código penal*, p. 660; MARQUINA BERTRÁN, «Los delitos de odio», p. 331; MIR PUIG, «Amenazas y coacciones», p. 62; POLAINO NAVARRETE, *Addenda*, p. 26; QUINTERO OLIVARES, «Artículo 170», p. 1153.

⁵⁶⁹ Intervención parlamentaria de Margarita Uría Etxebarria, del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV). CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, año 1997 (núm. 130), VI Legislatura, Pleno y Diputación Permanente, sesión plenaria núm. 126, celebrada el martes 23 de diciembre de 1997, p. 6820.

⁵⁷⁰ En el debate que tuvo lugar en sede parlamentaria el 23 de diciembre de 1997, la única alusión al respecto la realiza Luis Mardones Sevilla, representante del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria (CC), quien recuerda los acontecimientos que tuvieron lugar en El Ejido (Almería), “(...) donde una especie de no racismo declarado, pero sí racismo ejecutivo, encuentra a veces un eco social que es necesario cortar de raíz”. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, año 1997 (núm. 130), VI Legislatura, Pleno y Diputación Permanente, sesión plenaria núm. 126, celebrada el martes 23 de diciembre de 1997, p. 6821.

En concreto, la alusión parece venir referida a que ese mismo mes de diciembre de 1997 el propietario de una tienda de animales de El Ejido había denunciado ante la policía un robo en el interior del comercio para acto seguido culpabilizar de los hechos a un inmigrante argelino y a otro marroquí. Durante los días 11-12 de diciembre de 1997, ambos serían amenazados, maniatados, secuestrados y golpeados por el dueño del establecimiento y otras dos personas más, no recibiendo ayuda por parte del vecindario a pesar de los gritos de auxilio. Véase: “Dos inmigrantes, secuestrados y golpeados tras un robo en un comercio de El Ejido”, *El País*, 16 de diciembre de 1997; “Un centenar de vecinos de El Ejido apoyan al supuesto agresor de dos inmigrantes”, *El País*, 17 de diciembre de 1997.

Sin embargo, esta localidad almeriense sería tristemente recordada por otro suceso de referencia que tuvo lugar el día 5 de febrero del 2000, cuando un inmigrante marroquí con esquizofrenia paranoide asesinó a cuchilladas a una vecina de la localidad (SAP de Almería 222/2003, de 6 de octubre). A raíz de lo anterior, la población local amenazó y se organizó en masa para atacar a todos los trabajadores extranjeros del municipio ejidense y a los barracones o demás propiedades de éstos. Todo ello sucedía en un contexto agravado por la pasividad de las fuerzas del orden público y por la aparente legitimidad de ese comportamiento ciudadano de la que parecía hacer gala Juan Enciso Ruiz, alcalde del Partido Popular en dicho municipio. Tras los acontecimientos, se presentaron un total de 693 acusaciones que fueron archivadas sin cargos, constatándose la misma pasividad por parte del poder judicial. Además, cabe apuntar que las amenazas y las instigaciones a «continuar la lucha» traspasaron incluso la frontera de lo virtual y se asentaron, por ejemplo, en la revista nazi *Hispania Gothorum*, alojada en el que se tenía por el principal portal neonazi de habla hispana en Internet (*NuevOrden*). Véase: VAN DIJK, *Dominación étnica*, pp. 26 y 83; IBARRA BLANCO, *Los crímenes del odio*, pp. 55-58.

170.1 CP, dando así cabida a todo el listado de colectivos que recoge el art. 510 CP⁵⁷¹. Ello podría ser así al entender que el art. 510 CP no abarca la comisión de amenazas directas⁵⁷². En otro orden de ideas, LANDA GOROSTIZA estima que el art. 170.1 CP cubre el efecto amenaza directo, proyectándolo contra todo tipo de grupos, más allá de aquellos especialmente sensibles que reciben tutela vía art. 510 CP para las amenazas indirectas⁵⁷³. Aun así, reconoce, a mayor vulnerabilidad del colectivo⁵⁷⁴, mayor aptitud o idoneidad para lograr la finalidad –terrorista– de atemorizar que exige el art. 170.1 CP. Por tanto, este autor se pregunta qué cometido tiene el sesgo xenófobo o antidiscriminatorio si, en última instancia, la aplicabilidad del art. 170.1 CP se concentra en el propósito de atemorizar a una pluralidad de individuos. La conclusión a la que llega es que, si bien pueden producirse concreciones prácticas para hacer frente al fenómeno racista/xenófobo, la naturaleza antiterrorista del art. 170.1 CP absorbe claramente el desvalor de las motivaciones odiosas de autor⁵⁷⁵. Asimismo, otro dato importante es que el TC ha establecido que el delito de amenazas no limita el ejercicio legítimo de la libertad de expresión⁵⁷⁶, puesto que este derecho fundamental no ampara “(...) mensajes que, aun sin hallarse incursos en alguno de los tipos penales de amenazas (...), puedan considerarse intimidatorios, porque anuden, explícita o implícitamente, pero de modo creíble, la producción de algún mal grave (...)” (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 16).

El art. 173.1 CP integra el delito de trato degradante, cuyo bien jurídico protegido es la integridad moral o la inviolabilidad de la persona como manifestación directa de su dignidad. Esto es, se desprovee de dignidad a la víctima y se la cosifica atentando contra su estima humana. Pero lo cierto es que este precepto encierra no pocas dificultades y

⁵⁷¹ Esta lógica, con todas las cautelas al exceder lo estrictamente gramatical, enlaza con la interpretación previamente fijada de grupos culturales en sentido amplio. De esta forma, la alusión a “*grupo cultural*” del art. 170.1 CP comprendería a aquellos colectivos que, sin necesidad de compartir únicamente unos rasgos identitarios estables o coherentes (p.ej.: religión, raza o idioma), sí que comparten trazos particulares diferentes al resto (p.ej.: estilos de vida, valores o intereses), por lo que también pasan a formar parte de la realidad multicultural. En definitiva, colectivos como el de las personas con discapacidad se vuelven potenciales sujetos de la tutela jurídico-penal que propone la legislación española a través de la normativa antidiscriminatorio o los delitos de odio. En detalle, véase el apartado «1.3.5. *Tutela penal de grupos/colectivos protegidos*» *supra*.

⁵⁷² QUINTERO OLIVARES, «Artículo 170», p. 1153.

⁵⁷³ Ampliamente, sobre el art. 510 CP, nos remitimos al apartado «3.3.2. *Aspectos de legalidad penal ordinaria sobre el delito de discurso de odio punible (art. 510 CP)*» del *Bloque III*.

⁵⁷⁴ Esta es una característica compartida por todos los colectivos integrados en el art. 510 CP, a los que se dispensa protección. Ampliamente, véase el apartado «3.3.2.1. *Vulnerabilidad del colectivo y afectación supraindividual*» del *Bloque III*.

⁵⁷⁵ LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, pp. 220-223.

⁵⁷⁶ Ampliamente, véase el apartado «3.3.1.1. *Consideraciones iniciales en materia de libertad de expresión*» del *Bloque III*.

ambigüedades directamente relacionadas con la falta de seguridad jurídica, lo que no se aspira a reflejar aquí. Cosa bien distinta es que se aborde el interés que este precepto suscita en relación con los delitos de odio. Por esta razón, y por más que este artículo se contuviera en el CP/1995, daremos un salto en el tiempo para identificar su capacidad reactiva dentro de la lógica antidiscriminatoria.

En concreto, avanzamos hasta unos hechos con gran repercusión mediática acaecidos la noche del 7 de octubre de 2007 en un tren que cubría el trayecto Barcelona-Martorell. Un varón, tras subirse a uno de los vagones del tren y percatarse de la presencia de una joven menor de edad con rasgos latinos, comenzó a proferir todo tipo de improperios xenófobos y machistas, al tiempo que la agredía y vejaba de forma recurrente. En un primer momento, el caso se tramitaría como un mero juicio de faltas. Posteriormente, tanto el Ministerio Fiscal como el resto de acusaciones solicitaron que se calificaran los hechos como constitutivos de un delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP en concurso ideal con un delito de lesiones del art. 147.I CP, concurriendo además la circunstancia agravante del art. 22.4 CP para este último delito. Según la Sentencia 111/2009 del JP Núm. 16 de Barcelona, de 16 de marzo, queda acreditado que en la conducta de autor concurre el trato degradante propio del art. 173.1 CP⁵⁷⁷, no así el delito de lesiones –físicas o psíquicas– ni, consecuentemente, la agravante por motivos discriminatorios, la cual no se entraría siquiera a valorar. En cambio, también se condena al autor por una falta de maltrato del art. 617.2 CP. Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia anterior, la Audiencia Provincial de Barcelona lo desestima y confirma el fallo condenatorio (SAP de Barcelona 168/2010, de 8 de febrero). Según la Audiencia Provincial, “*rechazada la acusación de lesiones psíquicas, (...) la agravante de xenofobia carece de soporte sobre el que aplicarse*” (FJ 2). Además, no negándose en ningún momento el móvil racista del acusado⁵⁷⁸, se razona por qué no procedería tampoco la

⁵⁷⁷ Según consta en la Sentencia 111/2009 del JP Núm. 16 de Barcelona, de 16 de marzo, “*(...) el acusado actuó con gran agresividad con la menor a la cual no conocía de nada con una violencia gratuita y de las expresiones previas y simultáneas e incluso posteriores al ataque tales como «puta inmigrante, los inmigrantes deberíais estar muertos» se revela una clara manifestación xenófoba contra la chica y una voluntad del acusado claramente vilipendiadora, así como, su verdadera motivación para agredir a la menor y por otro lado, también se pone de manifiesto un motivación de atentar contra la dignidad como mujer al proferirle expresiones tales como «puta, zorra» o incluso toquetearle el pecho, lo que indican una voluntad e intención directa dirigida a humillar o vilipendiar la dignidad de la víctima, por ser inmigrante y por ser mujer*” (FJ 1).

⁵⁷⁸ Muy al contrario, en el cuerpo mismo de la SAP de Barcelona 168/2010, de 8 de febrero, se contiene lo siguiente: “*(...) la actuación del acusado estuvo presidida por el móvil racista; la sentencia declara probado que el acusado se dirigió a la menor con expresión aquí también hay una emigrante de mierda, una zorra, puta emigrante aquí vienes a zorrear. Siguió con insultos semejantes y tras golpearla y marchar*

aplicación de la agravante al art. 173.1 CP, más allá de no haber sido solicitada a este fin. En concreto, se dice que los insultos y la conducta racista integran el núcleo del atentado contra la integridad moral, por lo que una eventual aplicación de la agravante vulneraría el principio *bis in idem* (FJ 2). Sea como fuere, si bien el ataque deshumanizador a la víctima no tenía más móvil que el xenófobo, la no concurrencia de lesiones avocaba el fallo condenatorio a una sustitución de la pena de prisión (art. 88 CP anterior a la reforma operada por LO 1/2015) y, en definitiva, al no ingreso en prisión del acusado. Mediante la incorporación del art. 173.1 CP al escrito de conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal y del resto de acusaciones se consiguió evitar un fallo que no iba a reflejar fielmente la lesión a la dignidad de la extranjera agredida.

El caso expuesto es importante también por representar una de las principales razones para que se constituyera el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona. Se trataba, en verdad, de una especie de evolución respecto del anterior Fiscal interlocutor en delitos con componente de discriminación por orientación sexual e identidad de género nombrado en junio del año 2007 por la Fiscal Jefe del TSJ de Catalunya. También es la primera vez que se emplea el artículo 173.1 CP por parte de la Fiscalía en Cataluña para dar cumplimiento a la Instrucción Interna núm. 6/07 de la Fiscalía Provincial de Barcelona, en vigor desde el día 9 de noviembre de 2007 (extendida posteriormente a toda Cataluña por la Instrucción núm. 2/07). Esta instrucción señalaba que, ante los alarmantes casos de violencia gratuita y con finalidad vejatoria que se venían produciendo, sabedores además que el delito/falta de lesiones no agotaba la antijuridicidad de dichas conductas al proteger sólo la integridad física, los fiscales debían calificar los hechos como delito/falta de lesiones en concurso ideal con el delito contra la integridad moral. Y ello porque este tipo de supuestos normalmente respondían a ciertos motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación.

En cualquier caso, la realidad a día de hoy es que en Cataluña y en el resto del Estado español el art. 173.1 CP sigue siendo un tipo residual en su aplicación conjunta con la agravante del art. 22.4 CP, se llegue o no a concretar el delito/falta de lesiones a esos

del tren se expresó con inmigrante de mierda, lárgate a tu país, puta. Si hubiese alguna duda de cuál era la razón de su comportamiento, dirigiéndose a ella y ante la presencia en el tren de otro joven sudamericano dijo: que todos los inmigrantes deberían estar muertos. Concluir por qué golpeó y vejo a la joven es un juicio de inferencia muy claro, realmente las expresiones son directas y expresivas del móvil de la actuación; los insultos y golpes, las expresiones amenazantes se realizaron por la condición de latinoamericana, lo que integraría la agravante” (FJ 2; resaltado añadido).

mismos hechos⁵⁷⁹. Pero como ya sucediera con la SAP de Barcelona 168/2010, de 8 de febrero, el hecho de que el art. 173.1 CP pueda ocasionalmente abarcar el desvalor adicional de la agravante 22.4 CP lo convierte en funcional para atajar las agresiones de odio, xenófobas y/o discriminatorias. Así, la Sentencia 310/2015 del JP Núm. 3 de Terrassa, de 12 de junio, constituye una sentencia pionera al considerar unas expresiones xenófobas de un cliente hacia una cajera de un supermercado y de nacionalidad colombiana como un delito contra la integridad moral y, de esta forma, también como delito de odio⁵⁸⁰.

El **art. 197.5 CP** es un tipo cualificado dentro de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, siempre y cuando queden afectados “(...) *datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección*”⁵⁸¹. En otras palabras, deben quedar afectados los datos más sensibles que pertenezcan al núcleo duro de la intimidad. Si bien su traslado al CP/1995 trajo causa de la normativa extrapenal⁵⁸², para entender el fundamento de la cualificación

⁵⁷⁹ Que se sepa, las condenas recaídas por conductas que han constituido delito de trato degradante y en las que se ha visto apreciada la circunstancia agravante del art. 22.4 CP, al menos durante las dos primeras décadas desde la entrada en vigor del CP/1995, han sido las siguientes: 1) Sentencia 151/2005 del JP Núm. 8 de Valencia, de 21 de abril; y 2) Sentencia 3/2014 del JP Núm. 11 de Valencia, de 10 de enero. Por lo demás, respecto a condenas recaídas por conductas que han constituido tanto un delito de trato degradante como un delito/falta de lesiones, y que a su vez se haya aplicado la agravante del 22.4 CP a alguno de ellos (en estos casos, la tónica jurisprudencial parece evidenciar que la agravante se habría venido aplicando exclusivamente al delito/falta de lesiones), véanse entre otras: 1) SAP de Valladolid 58/2008, de 10 de abril; 2) Sentencia del JP Núm. 1 de Barcelona, de 16 de marzo de 2015; y 3) Sentencia del JP Núm. 1 de Barcelona, de 19 de enero de 2016.

⁵⁸⁰ La Sentencia 310/2015 del JP Núm. 3 de Terrassa, de 12 de junio, contiene en la relación de hechos probados que durante los años 2008 y 2009 el acusado acudía a un establecimiento de Mercadona en la localidad de Terrassa para, delante de otros clientes y empleados, someter a la cajera a “*numerosas situaciones de humillación en el curso de las cuales profería expresiones despectivas que incidían en su origen latinoamericano y en su condición de inmigrante, tales como: “yo es que odio a los inmigrantes, los cogería a todos, los pondría en un barco, les pondría una bomba y los mandaría a tomar por culo”, “se tendrían que ir a su puto país”, “el otro día me llevó a mi hijo de putas, le tocó una sudamericana de mierda y ni para eso servía”, “¿tú crees que con el paro que hay se puede contratar a dos guarras?”, “yo por la caja de esta pringada no paso”*. El juez considera probado en todo momento que el acusado dirige tales afirmaciones a la cajera del supermercado por el único y exclusivo hecho de ser inmigrante. Además, incidiendo sobre esta idea, concluye lo siguiente: “*En realidad, no hace falta ser inmigrante para valorar todo lo que significa tener y mantener un lugar de trabajo, por lo que “soportar en silencio”, esto es, callar todo lo que le sucedía, no resulta algo especialmente anómalo ni especialmente extraño, tanto por la voluntad de mantener un trabajo como por su condición de víctima de un delito de odio. (...) las víctimas de los delitos de odio (conocidos también en su versión inglesa como “hate crimes”) callan por vergüenza, temor, o en la creencia de que no van a ser creídos*” (FJ 1).

⁵⁸¹ Esta es la redacción dada por la LO 1/2015, modificándose de la anterior tan sólo el término “*incapaz*” por el de “*persona con discapacidad necesitada de especial protección*”.

⁵⁸² El art. 7 de la LO 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal recogía como datos especialmente protegidos los relativos a la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual.

penal habrán de observarse las claves interpretativas que arroja la doctrina. Más en concreto, lo que interesa aquí es recoger toda propuesta de interpretación que, en la búsqueda de tal fundamentación, acerque el precepto al ámbito del Derecho penal antidiscriminatorio. De esta forma, nos encontramos con autores que atienden a una lógica antidiscriminatoria «propia» del precepto, mientras que otros lo hacen a la «sobrevenida o ajena» al mismo.

Dentro de la primera línea de entendimiento, LAURENZO COPELLO y LANDA GOROSTIZA coinciden primero en diferenciar dos supuestos dentro del art. 197.5 CP. Así, la “*minoría de edad*” y la “*discapacidad*” no serían características comprendidas en el art. 197.5 CP para atajar el fenómeno de la discriminación, sino que su fundamento radica en la especial vulnerabilidad de la víctima y en el consenso social existente para dispensar una protección reforzada que evite incrementar todavía más la marginalidad del grupo. Respecto a las restantes características protegidas, los autores estiman que lo determinante para constatar el plus agravatorio es detectar si el dato extraído y revelado crea el peligro de que el sujeto pasivo sufra algún tipo de discriminación por dicha causa. Ahora bien, mientras LAURENZO COPELLO parte de una afección individual de la conducta, LANDA GOROSTIZA matiza que el riesgo potencial debe recaer sobre el conjunto del grupo⁵⁸³. En la segunda línea de entendimiento situamos a BERNAL DEL CASTILLO, quien se refiere a la especial cualidad de los datos descubiertos y revelados como fundamento común del art. 197.5 CP. A partir de aquí, es la interacción del art. 197 CP con otros preceptos antidiscriminatorios lo que dotaría al mismo de una funcionalidad propiamente antidiscriminatoria. Así sucederá, por ejemplo, al aplicar la agravante del art. 22.4 CP cuando la difusión de datos se realice para generar una situación de discriminación, o simplemente cuando el art. 197.5 CP actúe de cauce para cometer unas injurias discriminatorias o una incitación a la discriminación (concurso medial)⁵⁸⁴.

Por último, entre la jurisprudencia recaída alrededor del art. 197.5 CP se traen a colación dos sentencias especialmente ligadas a nuestro objeto de estudio general, adelantando ya algunas dificultades concursales que puedan darse en relación con el art. 510 CP en el ámbito de las nuevas tecnologías. La primera es la SAP de Asturias

⁵⁸³ Véase: LAURENZO COPELLO, “La discriminación”, pp. 287-288 (especialmente, véase la nota al pie núm. 131); LAURENZO COPELLO, «Marco de protección», pp. 280-281 (especialmente, véase la nota al pie núm. 131); LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, pp. 226-234.

⁵⁸⁴ BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, pp. 150-151.

458/2014, de 10 de octubre, que confirma la condena de instancia por el art. 197.5 CP en unos hechos en que una persona insertaba fotografías de contenido pornográfico homosexual de otra en el perfil de *Facebook* de esta última. La contraseña de acceso al perfil de *Facebook* de la víctima la habría obtenido el autor del delito debido a que ambos eran compañeros de trabajo. Sin embargo, en un caso similar, la SAP de Madrid 380/2013, de 11 de marzo, consideró que no resultaba aplicable el art. 197.5 CP.

En este último caso, el acusado accedió a la cuenta de correo electrónico de la víctima –y antigua pareja sentimental– sin su consentimiento. Tras apoderarse de sus claves y venir accediendo al correo de forma recurrente, un día insertó en el perfil de dicho correo veintidós fotografías de la víctima de alto contenido sexual (esto es, desnuda y en diferentes poses) siendo el acceso a las mismas posible para cualquier persona a través de un enlace URL. Además, la semana siguiente a los hechos descritos el acusado remitió un CD con tales fotografías al domicilio de la víctima, pero dirigiéndose a su padre. Según se recoge en la SAP de Madrid 380/2013, de 11 de marzo, la razón de inaplicar el art. 197.5 CP estribaba en la función de “*discriminación social*” que guiaría la cualificación (FJ 3). Por «discriminación social», cabe aclarar, se entienden aquellas conductas o usos sociales discriminatorios que se manifiestan en privado y que, además de ser reflejo de unos cánones de conducta social estereotipada y muy arraigada (p.ej.: la superioridad del hombre respecto de la mujer), acaban por alcanzar una proyección social. El caso examinado distaba mucho de acercarse a la referida discriminación social relativa a la vida sexual de la víctima, ya que todo lo más se habría podido causar “*inquietud, ansiedad o desasosiego*” en su persona por el hecho de saberse públicas tales fotografías (FJ 3). No existe la aptitud *ex ante* para que se materialice acto discriminatorio alguno como consecuencia de las prácticas sexuales. Sin embargo, en la primera de las sentencias analizadas, vemos cómo la homosexualidad todavía hoy acarrea un estigma social que hace cuando menos posible deducir la comisión de actos discriminatorios hacia la víctima por razón del dato revelado. Todo lo anterior, qué duda cabe, invita a la reflexión.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre de 2003 y con entrada en vigor el 1 de octubre de 2004, introdujo en el **art. 174.1 CP** un matiz que acercaba el precepto a la política penal antidiscriminatoria de interés. Se trata de una modalidad de tortura ejercida por autoridad o funcionario público con la finalidad de castigar a la víctima “*por cualquier razón*

basada en algún tipo de discriminación”⁵⁸⁵. Este novedoso elemento teleológico viene a adaptar el precepto al art. 1.1 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984⁵⁸⁶, es decir, a su definición de *tortura*⁵⁸⁷. De cualquier forma, esta adaptación casi diez años después no parece casual. El Comité contra la Tortura de la ONU, a través de una resolución fechada el 23 de diciembre de 2002, recomendó al Estado español depurar la redacción del art. 174.1 CP⁵⁸⁸, todo ello tras examinar el cuarto informe periódico⁵⁸⁹ remitido por nuestro país a este organismo. En concreto, por su interés, reproducimos íntegro el motivo de preocupación que aduce el Comité contra la Tortura sobre este particular: *“Son particularmente preocupantes las denuncias de malos tratos infligidos a inmigrantes, incluyendo abuso sexual y violación, supuestamente por motivaciones racistas o xenófobas. El Comité constata que España se ha convertido en una importante vía de entrada a Europa de la inmigración, lo que ha supuesto un aumento significativo de la población extranjera en el país. En este contexto adquiere especial importancia la omisión en el texto del artículo 174 del Código penal de la tipificación de la tortura*

⁵⁸⁵ La doctrina parece unánime al señalar como válida la técnica de remisión a los artículos 22.4, 510, 511 y 512 CP, o incluso al art. 14 CE, para superar la indeterminación que supone el hecho de que no consten las causas en que se fundamentaría tal discriminación. Entre otros, véase: MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios al Código penal*, p. 683; TAMARIT SUMALLA, «Artículo 174», p. 1221; SÁNCHEZ MELGAR, «Art. 174», p. 1337; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, p. 504.

⁵⁸⁶ Así consta en el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Además, este Informe refleja que una de las razones que motivaron la no inclusión de la tortura por discriminación en el CP/1995 pudo residir en la introducción de la agravante genérica (art. 22.4 CP) y su ámbito aplicativo. Sin embargo, se explica, hasta la LO 15/2003 la agravante sólo podía operar tras la oportuna realización de alguna de las dos conductas tipificadas, esto es, la de infligir intencionadamente dolores o sufrimientos graves para obtener una confesión o información (tortura indagatoria o inquisitiva), o la de infligirlos para castigar un hecho cometido o que se sospeche cometido (tortura vindicativa o de castigo). De esta forma, con la nueva ley se adiciona la tortura por discriminación autónomamente considerada y la prohibición de discriminar no queda sin reproche penal o, al menos, no en relación de dependencia con respecto a la realización de las conductas anteriormente apuntadas. CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica* (2003), pp. 64-65.

⁵⁸⁷ El tenor del art. 1 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984) era el siguiente: *“[S]e se entenderá por el término «tortura» todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”*.

⁵⁸⁸ En concreto, el Comité contra la Tortura recomendaba a España *“que considere la posibilidad de mejorar la tipificación del delito de tortura en el artículo 174 del Código penal para completar su total adecuación al artículo 1 de la Convención”*. COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Conclusiones y recomendaciones* (2002), apdo. 12.

⁵⁸⁹ COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Cuarto informe periódico de España* (2002).

basada en «cualquier tipo de discriminación», sin perjuicio de que, según el mismo Código, el racismo es una circunstancia agravante en cualquier delito⁵⁹⁰. Precisamente, esta última agravante genérica será lo que pase a ocupar toda nuestra atención en el siguiente apartado.

1.5.2. Agravante genérica del art. 22.4 CP: los claroscuros de su fundamento dogmático

El art. 22.4 CP, según redacción dada por LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (DF 6, apdo. 1), dispone que será circunstancia agravante “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta”.

1.5.2.1. Estado de la discusión

En la búsqueda de fundamento para esta circunstancia modificativa ha sido común en la doctrina española⁵⁹¹ acudir a enfoques culpabilísticos, situando ese plus de gravedad en los móviles y/o motivos viles, abyectos, execrables o indeseables que guiaron la conducta de autor. A ello parece que invitan, cabe admitir, los términos de redacción del precepto (cometer el delito “por motivos”). Desde esta lógica de partida, dos son las condiciones que suelen demandarse para la apreciación de la agravante. La primera es que de los hechos probados se deduzca el racismo (u otras creencias/representaciones hostiles) que pueda atribuirse al acusado. Y la segunda es que sea precisamente ese

⁵⁹⁰ COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Conclusiones y recomendaciones* (2002), apdo. 9.

⁵⁹¹ Aunque no se procure aquí un análisis de la jurisprudencia recaída en torno a la agravante genérica del art. 22.4 CP, la doctrina anticipa ya las consideraciones más generales en muchos aspectos clave. No obstante, nos reservamos para un momento posterior el análisis de alguna resolución aislada que, por su especial relevancia para este estudio, sea también de interés para el lector. En concreto, nos remitimos al apartado «1.5.3. Intersección con los delitos de expresión» *infra*. Para un listado exhaustivo de sentencias condenatorias recaídas hasta el 1 de julio de 2018 con apreciación de la agravante del art. 22.4 CP, véase GORDON BENITO, “La violencia de género”, pp. 122-127.

Por lo demás, se aspira aquí a introducir de forma ordenada posiciones relevantes —o relativamente relevantes— en la doctrina, siendo el debate acerca del fundamento de la agravante uno de calado y repleto de matices. Por último, nótese que este análisis enfocado a la teoría del delito será replicado, en relación con la búsqueda del bien jurídico protegido para el art. 510 CP (discurso de odio punible), en el apartado «3.3.2.3. Bien jurídico protegido: encrucijada dogmática» del *Bloque III*.

racismo (u otras creencias/representaciones hostiles) lo que haya movido al autor a ejecutar los hechos delictivos que se le imputan. En suma, hablamos de un elemento subjetivo relativo al ánimo o móvil específico que actúa como factor desencadenante (factor interno) y se concreta en un comportamiento del sujeto (factor externo) estrechamente correspondido con esa *psique* interna. Es decir, deberá comprobarse la relación causal entre el motivo o factor interno y la realización del hecho delictivo o factor externo⁵⁹². En cualquier caso, como no podría ser de otra forma en un Derecho penal del hecho, es irrenunciable que exista un hecho objetivo que tenga plasmación externa. Una vez se exteriorice éste, y sólo entonces, las motivaciones «entrarán en escena» para poder determinar la apreciación o no de la agravante genérica del art. 22.4 CP⁵⁹³. En suma, no se castigan creencias/representaciones hostiles extremas, sino la comisión de actos que representan un estado avanzado del desarrollo (es decir, la manifestación externa del hecho delictivo) de las creencias/representaciones hostiles extremas. Es por ello que es común –y equívoco a partes iguales– que se aluda a la naturaleza mixta objetivo-subjetiva de la agravante cuando, en realidad, lo que se quiere es hacer alusión a su fundamento⁵⁹⁴.

Aun así, las dudas giran en torno a si es el sentido intelectual/cognitivo/racional del motivo lo que determina la agravación, si es en realidad el móvil como motor impulsivo/emocional/energético de la conducta, o si son ambas realidades a la vez⁵⁹⁵. De ahí que el motivo, según queda reflejado en la norma, pueda llegar a comprender todo lo anterior. Es más, los motivos discriminatorios pueden abarcar a su paso también el fin perseguido o elemento direccional (en suma, el elemento finalista o la intención). Poco importa, matiza ARROYO DE LAS HERAS, el peso que se otorgue a unos u otros a efectos de valorar la aplicación de la agravante genérica del art. 22.4 CP⁵⁹⁶. Sin embargo,

⁵⁹² ALTÉS MARTÍN, «Algunas reflexiones» p. 91.

⁵⁹³ DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio*, pp. 172-173.

⁵⁹⁴ Nótese que la naturaleza mixta (objetivo-subjetiva) de la agravante nada tiene que ver con una posible fundamentación mixta (objetivo-subjetiva) de la misma. Esta última posibilidad saldrá más adelante, conforme se avance en el desarrollo de este apartado. En cualquier caso, según explicaba DÍEZ RIPOLLÉS, es algo ampliamente aceptado que «en lo injusto se dan con cierta frecuencia elementos subjetivos», de la misma manera que «no hay obstáculos para que elementos objetivos, si bien son escasos, aparezcan en la culpabilidad». Por tanto, no es posible establecer una correspondencia lógica entre lo subjetivo y la culpabilidad o entre lo objetivo y el injusto. De hecho, aun cuando pueda que así sea en algunos casos, deberá entenderse como una «mera coincidencia y ocasional». DÍEZ RIPOLLÉS, «Naturaleza de las circunstancias», pp. 642-644 y 649. Ampliamente, sobre la naturaleza jurídica de las circunstancias, véase GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general*, pp. 153-177.

⁵⁹⁵ Sobre estas cuestiones, ampliamente, véase: TORÍO LÓPEZ, «Motivo y ocasión», pp. 617-619; DÍEZ RIPOLLÉS, «La atenuante», pp. 94-101; ALONSO ÁLAMO, *El sistema*, pp. 702-713.

⁵⁹⁶ ARROYO DE LAS HERAS, «Los motivos racistas», p. 114.

SANZ MORÁN realiza una valoración crítica respecto a quienes no parten, como podría ser el caso anterior, de una distinción clara entre «finalidad subjetiva» por un lado, y «móvil/motivo» por otro. Si bien reconoce que esto no es fácil, se apoya en la distinción que en su día nos planteaba TORÍO LÓPEZ. De este modo, el *fin* supone la «persecución de un objetivo por parte del sujeto, reconocido por él como *desideratum*». Por su parte, el *motivo* refleja la «razón de ser del comportamiento, o conjunto de consideraciones racionales que lo justifican» (capa intelectual del sujeto), mientras que el *móvil* «se hallaría teñido o impregnado de una coloración subjetiva como conjunto de deseos, pasiones y emociones que impulsan la acción» (capa anímica del sujeto)⁵⁹⁷. Sea como fuere, interesa reflejar aquí que una pretendida fundamentación de la agravante del art. 22.4 CP que se asiente en la categoría de culpabilidad supondrá que la pena se module al alza (mitad superior de la pena abstracta del delito) debido a una desvalorización ética de motivos/móviles propios de la esfera interna del sujeto. En suma, el ánimo o la actitud interna que colorean el hecho criminal exteriorizado hacen al sujeto actuante acreedor de un mayor reproche.

En términos generales, tomando en consideración el motivo discriminatorio que conduce al acto, la doctrina mayoritaria sigue anclada en un mayor desvalor con cargo al reproche de culpabilidad. Esta era la opinión que sostenían autores de la talla de CUERDA ARNAU⁵⁹⁸, RODRÍGUEZ MOURULLO⁵⁹⁹, BERNAL DEL CASTILLO⁶⁰⁰,

⁵⁹⁷ Véase: SANZ MORÁN, *Elementos subjetivos*, p. 34; TORÍO LÓPEZ, “Motivo y ocasión”, pp. 617-619.

⁵⁹⁸ El fundamento de la agravante radicaría, según apunta esta autora, en el «móvil abyecto que llevó al sujeto a actuar». CUERDA ARNAU, «Art. 22.4ª», p. 240. Sumándose a la postura marcada por esta autora, véase también PUENTE SEGURA, *Circunstancias eximentes*, pp. 508-509.

⁵⁹⁹ El fundamento de la agravante radica en la «abyección del móvil». RODRÍGUEZ MOURULLO, «Artículo 22.4», p. 138.

⁶⁰⁰ Según entendía BERNAL DEL CASTILLO, el mayor reproche del autor bascula en torno a «su actitud vital orientada en contra del valor del respeto a la dignidad igual de los demás». Si bien la idea de vulnerar más o de forma más intensa (singularmente grave) la dignidad humana se desarrollará más adelante, puesto que ésta supone una línea de razonamiento que puede sobresalir en relación al desvalor del injusto del hecho, este autor habla más bien de una actitud interna deplorable de autor. En concreto, se alude tanto a una «actitud personal contraria a valores» como a la «disposición moral del delincuente». Por ello, nada sorprende que sitúe los márgenes del debate fuera del injusto penal. BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, pp. 65-66.

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN⁶⁰¹, ÁLVAREZ ÁLVAREZ⁶⁰² o CEREZO MIR⁶⁰³. A su vez, como se ha dicho, esta corriente de discurso dogmático no ha perdido vigencia y ha continuado sumando adeptos a sus filas (entre otros⁶⁰⁴, encontramos a PORTILLA CONTRERAS⁶⁰⁵, QUINTANAR DÍEZ⁶⁰⁶, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO⁶⁰⁷, BARJA DE QUIROGA⁶⁰⁸, DE VICENTE MARTÍNEZ⁶⁰⁹, GOYENA HUERTA⁶¹⁰, QUINTERO OLIVARES⁶¹¹, BOLDOVA PASAMAR⁶¹², DÍEZ RIPOLLÉS⁶¹³ o SÁNCHEZ MELGAR⁶¹⁴).

En general, la principal dificultad que se percibe es más bien de calado práctico. Por ejemplo, PRATS CANUT⁶¹⁵ argumentaba que es difícil en términos de seguridad jurídica probar que el comportamiento de alguien está coloreado de ese *animus* del autor. La motivación discriminatoria tendrá que inferirse a menudo de la prueba indiciaria. Es decir, se aspira a alcanzar certeza a través de acreditar hechos periféricos (p.ej.: tatuajes de

⁶⁰¹ Estos autores recogen también la idea de un «móvil abyecto» que está en el origen de la motivación de autor para actuar como finalmente hizo. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, p. 897.

⁶⁰² Si bien crítico con la configuración subjetiva de la agravante (dentro o fuera de la categoría de culpabilidad), admite que se trata de la fundamentación «más ajustada» a la actual agravante a juzgar por el diseño que el legislador ha previsto para la misma. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «La protección contra la discriminación», p. 329.

⁶⁰³ Véase: CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal*, p. 161; CEREZO MIR, *Derecho penal*, p. 883.

⁶⁰⁴ El listado que sigue, que no aspira a ser exhaustivo, recoge posiciones relevantes en la doctrina. Nótese también que, aunque se ha tratado de respetar un orden cronológico de aparición, algunas de estas contribuciones pueden ser meras actualizaciones de trabajos anteriores. De esta forma, se priorizan las posiciones más recientes de los autores que se citan, pero respetando el orden cronológico de aparición de tales contribuciones actualizadas.

⁶⁰⁵ PORTILLA CONTRERAS, «Delitos en los que concurre», p. 37.

⁶⁰⁶ Este autor considera que la agravación obedece a la motivación con la que ejecutó los hechos el autor, siendo así inevitable hablar de un «móvil subjetivísimo». No obstante, se muestra crítico y denuncia que ello nos aboca a un desafortunado e insostenible regreso al Derecho penal de autor. QUINTANAR DÍEZ, «Las agravantes», p. 252.

⁶⁰⁷ Véase: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «La agravante por discriminación», pp. 55-58; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «La nueva configuración de la agravante», pp. 328-333.

⁶⁰⁸ Este autor habla abiertamente de conocer, a través de indicios que así lo atestigüen, las «razones que se encuentran en el interior de la mente» del individuo. Véase: BARJA DE QUIROGA, «Art. 22.4 CP», p. 177; BARJA DE QUIROGA, *Tratado*, p. 914.

⁶⁰⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, «Circunstancias modificativas», p. 413.

⁶¹⁰ GOYENA HUERTA, «Artículo 22», p. 352.

⁶¹¹ QUINTERO OLIVARES, «Cap. IV. De las circunstancias» pp. 313-314.

⁶¹² Véase: BOLDOVA PASAMAR, «La circunstancia agravante», pp. 394-395; BOLDOVA PASAMAR, «El actual entendimiento», pp. 196-197.

⁶¹³ DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español*, pp. 530-533.

⁶¹⁴ SÁNCHEZ MELGAR, «Art. 22.4 CP», pp. 262-264. Del mismo autor, aunque en referencia específica a las «razones de género» como categoría inserta desde 2015 en la agravante del art. 22.4 CP, véanse también las siguientes contribuciones a obras colectivas: SÁNCHEZ MELGAR, «La violencia de género» (2019); SÁNCHEZ MELGAR, «La agravante de género» (2021).

⁶¹⁵ PRATS CANUT, «Cometer el delito», pp. 242-244. También sobre la problemática probatoria, véase: DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Agravante de motivos», pp. 645-646; DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Motivos racistas o similares», p. 541; MOLINA CABALLERO, «La agravante», *passim*.

símbolos que se vinculen a la loa de regímenes totalitarios, episodios violentos con sesgo racista que sean anteriores o posteriores al hecho enjuiciado, amistades inadecuadas, etc.) que estén relacionados con lo que ha sido objeto de acusación. Algún autor, incluso, insiste en que no debe permitirse dar por probada la existencia de una agravante a través de juicios de inferencia⁶¹⁶. Con todo, el principal problema es que se tiende a construir un perfil de autor con viajes al pasado *ad infinitum* para probar la cosmovisión racista o machista de autor, entre otras. Es una práctica judicial que se olvida a menudo de la impronta del hecho a enjuiciar y muestra más empeño en desenmascarar patrones de comportamiento, carácter o formas de entender la vida del sujeto. Por tanto, la graduación de la pena no depende ya únicamente de la culpabilidad por el hecho cometido, sino de cómo de bien pueda llegar a dibujarse la personalidad de autor. Ello, qué duda cabe, linda con un Derecho penal de autor. Además, salvo casos palmarios, se ha insistido a menudo en la idea de que el esfuerzo que se invierta en dibujar ese perfil criminal también podría quedar condicionado por la ideología del propio juez que conozca del caso. Sea como fuere, todo lo anterior nos desvía sustancialmente del estudio rigurosamente dogmático propuesto para este apartado, dado que acerca la discusión al debate de fondo en torno a razones de política-criminal⁶¹⁷. Lo que parece claro, eso sí, es que será preciso que la motivación haya adquirido en el caso en concreto “*suficiente relieve*” (STS 1145/2006, de 23 de noviembre, FJ 6). Sobre la base del hecho delictivo previo y debidamente exteriorizado se determina entonces esa motivación sobresaliente, si bien como decimos nada impide que se observen tanto los antecedentes de hecho como los coetáneos o posteriores al suceso⁶¹⁸.

Otra vía de entendimiento es la de colegir una incidencia mayor sobre el injusto del hecho que efectivamente se realiza. Para entenderlo mejor, es esclarecedora la idea que nos traslada ACALE SÁNCHEZ. Según esta autora, el móvil discriminatorio cumple el

⁶¹⁶ La prueba debe ser evidente y objetiva a la luz de los hechos, «sin que quepan atribuciones o intuiciones». QUINTANAR DÍEZ, «Las agravantes», p. 252.

⁶¹⁷ En este sentido, SALINERO ALONSO alude a que el fundamento dogmático (graduación del injusto o de la culpabilidad) y las razones de índole político-criminal (razones de conveniencia o utilidad) de según qué circunstancias quedarían hilvanadas de forma tan minuciosa que del cosido final no sería siquiera aconsejable realizar afirmaciones contundentes acerca de dónde radica el peso de su fundamento. Posiblemente, este sería el caso de la agravante por motivos racistas (art. 22.4 CP). SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias*, pp. 64-86 (en especial, la nota al pie 96). En detalle, sobre estas y otras cuestiones, nos remitimos aquí a las reflexiones más generales de QUINTERO OLIVARES, «Cap. IV. De las circunstancias» pp. 298-300.

⁶¹⁸ GANZENMÜLLER ROIG/ESCUADERO MORATALLA/FRIGOLA VALLINA, «Circunstancias que agravan», pp. 232-233.

cometido de reforzar el dolo de autor, siendo así que se perfecciona más si cabe el delito por venir presidido por un ánimo de esas concretas características. Dicho de otra forma, el móvil discriminatorio «recubre al dolo de una intensidad distinta a cuando no concurre». No se castiga, pues, la libertad de pensamiento de autor, sino el «ímpetu que su forma de pensar le imprime al ataque al bien jurídico protegido»⁶¹⁹. Es la voluntad de autor externalizada (cualidad propia de la acción) la que se desvaloriza. En concreto, la agravante podría afectar así al desvalor subjetivo de la acción, al venir constituida por móviles o intenciones (p.ej.: sujeto que lesiona a otro por móviles racistas, concretándose ello en una manifestación externa de la voluntad del sujeto actuante). Normalmente, se dice, ello genera una mayor (o especial) contrariedad a derecho al quedar dañado, además del interés protegido en el tipo penal de referencia (p.ej.: salud e integridad, tanto física como psíquica, en el delito de lesiones), otros intereses o valores compartidos, como pudiera ser el caso del principio de igualdad y no discriminación⁶²⁰. Entre otros autores⁶²¹, es bien conocida la posición de MIR PUIG al respecto, quien entendía que al injusto propio del delito base habría de sumarse la negación del principio de igualdad. Pero, en todo caso, será la motivación de autor la que añada esa contrariedad más intensa a derecho de la conducta (p.ej.: conducta de quien lesiona la integridad física de un tercero debido al color de piel de este último)⁶²².

⁶¹⁹ ACALE SÁNCHEZ, *Violencia sexual de género*, p. 355. De la misma, decantándose también por el mayor desvalor subjetivo de la acción, véase ACALE SÁNCHEZ, «Derecho penal y violencia de género», pp. 420 y 423.

⁶²⁰ Según DE ESPINOSA CEBALLOS, lo que se dispensa es un «trato completamente arbitrario e indigno» hacia la víctima por su pertenencia o vinculación a uno de los colectivos diana. Ese trato, en última instancia, persigue la «exclusión y aislamiento» de ese individuo, relegándole a una «posición desventajosa» en comparación con el resto de ciudadanos. DE ESPINOSA CEBALLOS, «Lección 14. Las circunstancias», pp. 258-259. Véase también, indistintamente: DE ESPINOSA CEBALLOS, «La agravante genérica», pp. 3-6; DE ESPINOSA CEBALLOS, «La agravante genérica», pp. 410-414.

⁶²¹ Recientemente, por ejemplo, DELGADO SANCHO ve justificada la agravante desde la lógica de añadir al desvalor de acción una vulneración adicional al principio de igualdad. También parece verlo así JUDEL PRIETO, quien alude asimismo a una «motivación predominante» en la acción en que «arraigue una idea de discriminación que tenga por base una característica personal». En cualquier caso, todo lo anterior se suma a la necesaria negación del principio de igualdad consagrado en la Constitución. En claro contraste con los anteriores autores, DE URBANO CASTRILLO ve en la agravante del art. 22.4 CP únicamente un «complemento penal general del art. 14 CE», por lo que lo importante sigue siendo el móvil que impulsa al autor a actuar (enfoque culpabilístico). Véase: DELGADO SANCHO, *Penas y medidas*, p. 152; JUDEL PRIETO, «Tema 12», pp. 290-291; DE URBANO CASTRILLO, «Art. 22.4 CP», pp. 308-309.

⁶²² El sujeto ha de haber actuado impulsado por una motivación especialmente indeseable (negación del principio de igualdad). Véase: MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 656; MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, «Artículo 22», p. 148; GÓMEZ MARTÍN, *Delitos de discriminación*, pp. 41 y 43. El mayor desvalor de la acción, en su vertiente subjetiva, también ha sido defendido para la agravante del art. 22.4 CP por SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias*, p. 75. En cambio, combinando el mayor desvalor subjetivo de la acción con un mayor reproche en sede de culpabilidad (postura mixta subjetiva), véase RUEDA MARTÍN, *La violencia sobre la mujer*, p. 86; RUEDA MARTÍN, «Cometer un delito», pp. 12 y 28.

Compartiendo en lo esencial este planteamiento, MAQUEDA ABREU también destaca que estamos ante un elemento subjetivo especial (odio discriminatorio) en el injusto. El plus de la agravante, para esta autora, también reside en el derecho a la igualdad (o, si se quiere, la «afirmación de la dignidad») de las víctimas. Tanto el elemento subjetivo especial como la lesión del principio de igualdad se entrelazan y son, por tanto, prácticamente indistinguibles. Por último, sostiene, lo verdaderamente relevante es el modo de valorar el efecto o agravio que se causa a las víctimas y que, sobre todo, las «identifica como grupo agraviado»⁶²³.

Precisamente sobre este efecto o agravio es de donde parte la reflexión de DOPICO GÓMEZ-ALLER, a quien traeremos a colación en diferentes momentos clave del texto. Rescatamos, por tanto, unas breves palabras de este autor: «[E]ntiendo que se incurre en un error de extensión si se considera que una conducta daña al principio de igualdad si es motivada por consideraciones xenófobas. El principio de igualdad se refiere a la lesión de una expectativa *de trato igual* y no de *motivación igual* en el trato». Sea como fuere, el autor entiende que los autores que siguen esta línea de razonamiento lo hacen con el propósito de referirse no ya a la motivación en abstracto, sino a los efectos de la conducta guiada por esa motivación⁶²⁴. La posición doctrinal de MAQUEDA ABREU recién

⁶²³ Véase: MAQUEDA ABREU, «El hábito de legislar», pp. 17-18; MAQUEDA ABREU, «Necesitan un móvil», pp. 710-714.

Cabe notar que la concepción de la categoría dogmática de culpabilidad de la que parte la autora engancha directamente con la postura clásica y bien conocida de MIR PUIG. En concreto, este último se refería a la teoría del delito sostenida sobre un hecho prohibido (antijuridicidad) y su «atribuibilidad» al autor (tradicionalmente conocida como culpabilidad). Asumiendo este planteamiento, MIR PUIG defendía que todas las circunstancias agravantes tendrían que incrementar necesariamente el injusto penal del hecho (y, por tanto, nunca la imputación personal). Son, siguiendo con su terminología, «elemento que condicionan la atribuibilidad del injusto penal a su autor». Así las cosas, la imputación personal queda invalidada para «crear un nuevo desvalor que no provenga ya del injusto penal, porque no puede más que atribuir el injusto penal que concurra». Eso sí, la gravedad del hecho podrá ser total o parcialmente atribuida al sujeto. La consecuencia de todo lo anterior, aunque lógica, no puede dejar de apuntarse: «Toda la fundamentación de la gravedad del hecho corresponde al injusto penal». Véase: MIR PUIG, *Bases constitucionales*, pp. 132-133; MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 648-649;

⁶²⁴ Si no fuera así, es decir, si no se asume que el acento está puesto en el «efecto» que tiene la motivación de autor en la víctima, entonces lo que se está sugiriendo es que es el propio «motivo» el que refuerza su importancia a efectos de fundamentar la agravante. En concreto, según ÁLVAREZ ÁLVAREZ, lo que se estaría proponiendo sería que la afección a otras normas o valores (p.ej.: igualdad o no discriminación) constituya un «plus en la motivación» de autor. Por tanto, aunque estemos en la categoría de antijuridicidad (mayor injusto subjetivo de la acción), lo cierto es que la problemática es fundamentalmente la misma que la que está presente en la de culpabilidad. En suma, no se habría avanzado nada cambiando de categoría jurídica para encontrar el fundamento de la agravante. De esta forma, parece que acierta RENART GARCÍA cuando afirma que toda línea de argumentación que apunte a la lesión a otras normas o valores protegidos sólo puede tener sentido desde el convencimiento de estar ante una agravante de naturaleza «estrictamente objetiva». Convencido, entre otros, parecía estar ARROYO DE LAS HERAS, quien acude al desvalor de resultado y defiende que para la apreciación de la agravante deben lesionarse «otros valores reconocidos socialmente», además del bien jurídico principal. Véase: ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «La

introducida constituye un claro ejemplo. Este matiz sobre los efectos que se generan invita a pensar en la «significación» racista o xenófoba de un delito. De cualquier modo, DOPICO GÓMEZ-ALLER no alcanza a ver cómo este ropaje racista que dota de significado al delito (p.ej.: delito de lesiones por motivos racistas) puede atentar contra el principio de igualdad de forma diferente a como lo haría ese mismo delito sin motivación abyecta (p.ej.: delito de lesiones). Es un razonamiento falto de contenido, dado que no se discrimina más cuando un móvil racista nos obnubila la razón que cuando lo hacen otros motivos, como puedan ser los económicos. En general, dotar sin más de un mayor valor al trato discriminatorio que proviene de ciertos rasgos de la identidad (p.ej.: raza, etnia, religión, etc.) que al trato discriminatorio que proviene de otros (p.ej.: fealdad) no ofrece razones de peso para fundamentar ese tratamiento tan dispar. La diferencia injusta y arbitraria de trato se concibe como tal en cualquier situación imaginable y, en principio, sean quienes sean los sujetos concernidos⁶²⁵.

En sentido similar, aunque sobre una posible lesión más intensa (no ya una infracción adicional) a la norma, PERALTA se pronuncia en los siguientes términos: «[N]o es que los modos de pensar no generen una devaluación del valor de la norma, es sólo que dicha devaluación no puede justificar legítimamente una pena ni un segmento de ella en un derecho liberal. De otro modo, aquí también se manifestaría un Derecho penal que prohíbe ciertos ánimos»⁶²⁶. Volvemos a encontrarnos, por tanto, con el Derecho penal de autor y los peligros, de sobra conocidos, que ello encierra. En cuanto a una posible infracción adicional a otros «bienes heterogéneos», como pudieran ser la igualdad o la no discriminación, la conclusión es similar: «Si alguien es asesinado por motivos racistas no pierde más derechos que cualquier otro que resulta muerto»⁶²⁷. Otra cosa será el efecto

protección contra la discriminación», pp. 329-330; RENART GARCÍA, “La agravación del delito”, p. 1738; ARROYO DE LAS HERAS, «Los motivos racistas», pp. 112-113.

⁶²⁵ En detalle, véase: DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Delitos cometidos», pp. 510-513; DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Delitos cometidos” (2004), pp. 155-159; DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Delitos cometidos” (2005), pp. 14-17.

⁶²⁶ PERALTA, *Motivos reprochables*, p. 155.

⁶²⁷ PERALTA, *Motivos reprochables*, p. 159. Si bien ALONSO ÁLAMO se muestra conforme con el planteamiento de este autor, matiza que no es el principio de igualdad (dimensión de la igualdad como «principio») ni la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (dimensión de la igualdad como «valor») lo que queda afectado de forma adicional. Es, en realidad, una afección adicional al «interés a ser tratado como igual». En otras palabras, una «pretensión de respeto» que surge del derecho fundamental a la igualdad (dimensión de la igualdad como «derecho»). ALONSO ÁLAMO, «El delito de feminicidio», p. 108. Si se quiere, sobre las diferentes dimensiones de la igualdad en la Constitución española, véase PÉREZ LUÑO, “Sobre la igualdad”, pp. 140-151.

Ahora bien, entiéndase todo lo anterior en referencia exclusiva a las razones de género dentro de la agravante genérica del art. 22.4 CP, es decir, como un mecanismo más dentro de la normativa más amplia

comunicativo del mensaje y cómo se aprehende éste por el sujeto al que se dirige el ataque, por sus semejantes y por la sociedad en su conjunto. Retomaremos este punto en breve.

Finalmente, falta por exponer una última línea de razonamiento relacionada con las anteriores. El fundamento de esta agravante residiría en una suerte de negación adicional y/o especial de la dignidad de la persona por cuestiones raciales, ideológicas, etc. En palabras de PÉREZ DEL VALLE, valedor de esta vía interpretativa en la doctrina española, ello supone sancionar más el «especial desprecio» o «desprecio particularmente grave» hacia el derecho a la dignidad humana que supone actuar con una u otra motivación y, en definitiva, negarle ese derecho a la víctima⁶²⁸. No supone, por tanto, la simple negación a la dignidad humana que podría llegar a defenderse que conlleva, de por sí, la ejecución de un delito cualquiera⁶²⁹. Se trata de algo más, es decir, de una acción particularmente reprobable por su afrenta más lesiva a la dignidad. A modo de respuesta, PERALTA pone al descubierto la sinrazón e incoherencia interna que encierran este tipo de planteamientos: «Lo que se quiere proteger con la «libertad» del pensamiento es, *justamente*, que el sujeto piense lo que quiera *por horrible que sea* mientras no perjudique de otro modo a terceros y que si lo hace que su sanción no varíe por cómo piensa. De otra forma, no se es libre de pensar *cualquier cosa* y esa restricción sí atenta claramente contra la dignidad de la persona. Así, el respeto a la dignidad humana no exige que se piense de cierta manera, sino *justamente lo contrario*»⁶³⁰.

Queda claro, por tanto, que no será fácil argumentar un daño mayor a la norma (p.ej.: delito de asesinato) a través de la agravante (p.ej.: delito de asesinato agravado por

diseñada para combatir la violencia de género. También opta decididamente por objetivar el fundamento de la agravante ligada a las razones de género CISNEROS ÁVILA, «La agravante», pp. 418-425.

⁶²⁸ El autor también habla –alternando con «desprecio»– de «especial hostilidad» frente a la víctima por su raza, etnia, religión, etc. A la luz de un contexto determinado, la especial hostilidad se debe manifestar inmediatamente antes, en el momento de los hechos o, incluso, tras los mismos. PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho penal*, pp. 238-240. Nótese que estos planteamientos, en que el autor manifiesta (*to demonstrate*) hostilidad (*hostility*) hacia la víctima del delito, enlazan de lleno con una terminología más propia del derecho comparado, como se verá en el *Bloque II*. En concierto, nos remitimos aquí al apartado «2.2.2. *The alternative threshold to the state of mind (objective test for hate crimes) and the converging point of «hostility» in between*» del *Bloque II*.

⁶²⁹ Por ejemplo, OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS precisa que se lesiona el bien jurídico protegido correspondiente y también se hace lo propio con la dignidad del individuo, si bien esta última entendida de tal forma que quede «estrechamente vinculada» a las circunstancias personales o sociales de la víctima. OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, *La circunstancia agravante*, p. 195. Ampliamente, véase también OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, «Los sujetos pasivos», pp. 22-24.

⁶³⁰ PERALTA, *Motivos reprochables*, p. 160.

motivos racistas) ni por la vía de una lesión más intensa a esa norma infringida ni por la vía de la lesión añadida a valores o principios compartidos (igualdad y no discriminación) más allá de la norma infringida. Llegados a este punto, tanto si el fundamento de la agravante se ha situado en la categoría graduable de la culpabilidad (causa de índole puramente subjetiva) como si se ha desplazado finalmente hacia la de antijuridicidad (desvalor de acción como causa de índole subjetiva), y muy a pesar de las críticas que surgen en una y otra dirección, es importante hacer notar que se trata de una agravante teñida de un cariz eminentemente subjetivo. Al menos así parece desprenderse de lo estudiado hasta el momento, se esté o no de acuerdo.

Según MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, si bien esta categorización de la agravante genérica del art. 22.4 CP entre las circunstancias subjetivas es bienvenida, dado que al fin y al cabo es el fuero interno de autor lo que se toma en consideración, lo cierto es que puede defenderse también su carácter mixto objetivo-subjetivo. Esta postura, un tanto ecléctica, supone conjugar lo relativo al estado mental/psicológico de la persona con una afectación a «valores objetivos propios de la igualdad y no discriminación»⁶³¹. Lo que para estos últimos autores representa algo defendible supuso en su día el planteamiento acogido por ALONSO ÁLAMO. Para esta autora, el centro de gravedad de la agravante lo constituiría la «especial motivación de autor» (dimensión subjetiva), si bien debe darse también el presupuesto objetivo de discriminación (dimensión objetiva), puesto que la ley hace hincapié precisamente en motivos discriminatorios (y no sólo en motivos). Una discriminación que pasa a ser entendida como «tratos desiguales que tengan su origen en determinados rasgos diferenciales de la víctima», que deben concurrir en ella en el momento de los hechos. Esto acota los márgenes de aplicación de una agravante, por lo demás, volcada hacia la categoría de culpabilidad⁶³². También al carácter mixto de la agravante es a lo que apuntaba hace años BORJA JIMÉNEZ. En principio, este autor parte de que el hecho delictivo debe venir manchado por prejuicios hacia la víctima desde el «punto de vista anímico» del autor. No obstante, ello representa tan solo un mínimo, es decir, un presupuesto ineludible para la aplicación de la agravante. A lo anterior también habría de sumarse la «virtualidad objetiva de peligro» a un bien jurídico adicional

⁶³¹ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, p. 468.

⁶³² ALONSO ÁLAMO, «La circunstancia agravante», pp. 538-541.

que el autor cifra en el «principio de igualdad en el marco de la dignidad humana» propia de todo individuo⁶³³.

Otros autores, si bien han mantenido una postura mixta objetivo-subjetiva, han decidido no abandonar la categoría de la antijuridicidad. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO argumenta que los márgenes del debate se sitúan irremediabilmente en el plano de la antijuridicidad (desvalor que proviene del injusto penal). De esta forma, sostiene que la agravante se perfecciona cuando concurre un desvalor subjetivo y, en virtud del «ataque más extenso» que se produce, otro objetivo. Es la gravedad objetiva de la conducta, por cuanto tiende a causar diferentes efectos o daños en la víctima, la que otorga esa caracterización parcialmente objetiva a la agravante. En suma, según entendemos, actuar por los motivos discriminatorios a los que alude la norma va a suponer, como poco, ese posible efecto acumulativo de daños⁶³⁴.

De forma similar, HORTAL IBARRA cree que no puede negarse sin más la caracterización subjetiva de la agravante. La «motivación especialmente indeseable que impulsa al sujeto a cometer el delito» queda inserta, según da a entender, en el plano subjetivo del injusto. Sobre el desvalor de lo injusto, donde recaería para este autor todo el peso de la agravante, se defiende que además del bien jurídico que haya quedado afectado por el delito ejecutado se menoscaba también otro complementario. Ese segundo bien jurídico es el que permitiría justificar el mayor desvalor del injusto, si bien para eso debemos entender primero que, en realidad, el bien jurídico complementario tiene una naturaleza dual. Por un lado, existe un referente individual («derecho de toda persona a ser tratado igual con independencia de los rasgos identitarios que lo diferencian de la comunidad dominante»), y por otro un referente supraindividual («sentimiento de tranquilidad del colectivo lesionado a resultas de la agresión racista, xenófoba, islamofóbica u homófoba y el riesgo de su repetición en el futuro»). Con esta último (es decir, con la dimensión supraindividual del bien jurídico complementario), se dota realmente de legitimidad al incremento punitivo. Por tanto, el mayor merecimiento de pena apunta, en última instancia, a que el efecto comunicativo del hecho ejecutado logra reconfigurar los espacios de libertad de ciertos colectivos (p.ej.: merma significativa y

⁶³³ BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad*, pp. 324 y 329-330.

⁶³⁴ En detalle, véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, pp. 349-354.

efectiva en la libertad de movimientos, constatándose un retraimiento ciudadano casi seguro que busca protegerse a sí mismo o a los suyos)⁶³⁵.

Como es posible observar, las posturas mixtas (objetivo-subjetivas) dentro de la doctrina pueden variar en infinidad de matices, desde la categoría concreta que se ve involucrada en lo subjetivo (antijuridicidad o culpabilidad) hasta la significación de lo objetivo (p.ej.: peligrosidad objetiva del hecho, daño extensivo, etc.). Todo ello sin contar con la variable de qué concretos derechos, principios o valores del ordenamiento jurídico puedan verse afectado de forma adicional (p.ej.: igualdad, no discriminación, dignidad, etc.), o si se trata más bien de una afección más intensa al bien jurídico de la norma penal vulnerada (p.ej.: honor, dignidad, etc.).

El escenario es tan variado como matices puedan existir en infinidad de combinaciones posibles⁶³⁶. Como botón de muestra de la complejidad de todo lo anterior, así como de

⁶³⁵ HORTAL IBARRA, “La circunstancia agravante”, pp. 43-48.

⁶³⁶ Otra interpretación posible es la que defienden PERALTA y DÍAZ LÓPEZ. Estos autores parten y/o se alimentan de la tesis de Bernd MÜSSIG, reivindicando una supuesta relación entre causas de justificación y motivos discriminatorios. Lo que se plantea es un cambio de perspectiva radical. Los motivos discriminatorios no tienen la función de agravar como tal un hecho delictivo, al menos conforme a lo que se espera que harían en torno a una de las categorías dogmáticas de referencia (antijuridicidad o culpabilidad). De ahí que, como explica PERALTA, las motivaciones no se sancionan de manera autónoma o independiente al hecho (no son añadidos), sino todo lo contrario, son parte del mismo (motivos que se «proyectan» en el hecho, haciéndolo más grave) y tienen la «función heurística de señalar un hecho más grave debido a la ausencia de justificación». Lo que el legislador habría pretendido sería entrar a filtrar la gravedad del hecho en función del «nivel de (in)justificación». En verdad, los motivos reprochables representan causas de justificación a la inversa, es decir, un hecho delictivo (hecho básico) adquiere en realidad la entidad de «hecho atenuado», en la medida en que estará presente de inicio una «causa de justificación parcial» (es decir, no existen motivos reprochables). Siguiendo a este autor, DÍAZ LÓPEZ se refiere a que el «odio discriminatorio» presente en los hechos, que habrá de probarse, implica que no exista atenuación posible. Dicho de otra forma, quien comente el hecho por un motivo discriminatorio de entre aquellos contenidos en el art. 22.4 CP ha de partir desde la mitad superior del marco punitivo de referencia (art. 66 CP). La conducta de autor no se justifica (p.ej.: la víctima se convierte en tal simplemente por ser de otra raza o etnia; en otras palabras, la víctima «no hizo nada» para contribuir a la comisión del hecho, simplemente es portadora de una determinada condición personal), ni tan siquiera parcialmente. La justificación parcial, recuérdese, era el punto exacto de partida en el hecho básico. Por tanto, se pierde la causa de justificación parcial. En suma, lo que se desvalora no es la motivación como tal (los motivos siguen siendo motivos), sino una conducta que conduce a un hecho más injustificado. Se trata, siguiendo la tesis de PERALTA, de un mayor injusto objetivo del hecho entendido desde otras claves a las que normalmente se manejan. Sin entrar en la profundidad que la materia requeriría, DÍAZ LÓPEZ postula otro camino posible que discurre en paralelo a la anterior, si bien no hace una toma de posición clara y categórica en favor de la misma. No deja de ser, como explicó en su día LANDA GOROSTIZA al recensionar este monografista de referencia sobre el art. 22.4 CP en España, una hipótesis interpretativa más. Según reconoce DÍAZ LÓPEZ, su tesis asienta una premisa interpretativa, de la que se parte para acudir a dos «opciones alternativas» posibles. La opción que falta por exponer, en particular, sigue de cerca un planteamiento general de Enrique PEÑARANDA RAMOS, si bien lo emplea DÍAZ LÓPEZ para desplazar los márgenes del debate anterior sin alterar su esencia (es decir, se mantiene el mismo tronco teórico que vertebró la propuesta descrita). En suma, «no se trata de que las motivaciones añadan desvalor al hecho, sino de que permiten que el desvalor por el hecho se impute hasta un determinado punto». El merecimiento

las dudas y la falta de seguridad jurídica que se generan, cabe adelantar ya la propuesta de LAURENZO COPELLO. Su perspectiva, por todos conocida, era la de entender la agravante desde el plano del desvalor adicional de resultado. Ahora bien, ello no suponía prescindir del móvil discriminador, sino dar carácter prioritario al efecto que se produce con dicha motivación en el sujeto pasivo. Pues bien, esta autora consideraba que, si se ponía el acento en el efecto que la motivación tenía sobre la víctima, y si además se hacía argumentando la afección a otro bien jurídico adicional (en sus palabras, al derecho del sujeto pasivo «a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro»⁶³⁷, es decir, a no ser discriminado⁶³⁸), entonces ello enlazaba de lleno con la dignidad de la persona. Así las cosas, el principio de inherencia habría de impedir que la agravante pudiera apreciarse en unos hechos en que el tipo aplicado ya absorbiera de antemano el «efecto de humillación» derivado de la conducta de autor. Esa carga humillante se explica por la situación fáctica subyacente de pertenencia a un colectivo. Entre otros, el delito de injurias graves realizadas con publicidad (arts. 208 y 209 CP) ya absorbería ese desvalor⁶³⁹.

Siguiendo ahora a GARCÍA ÁLVAREZ, al cometerse el delito racista no sólo quedará lesionado el bien jurídico correspondiente, sino también –y de forma añadida– el derecho propio del sujeto a no ser discriminado. Los motivos pasan a ser simplemente factores que visten y constituyen el trato discriminatorio. Unos factores –de variación del injusto– que hacen la función de servir como marcadores abstractos (p.ej.: raza o etnia) para identificar rasgos personales de víctimas (p.ej.: color de la piel). Estos rasgos personales, a su vez, pondrían en evidencia la pertenencia del sujeto a un «colectivo histórica y sistemáticamente marginado» y, precisamente por ello, dotarían de una «significación

de pena se sitúa así en el «desvalor culpable» por el hecho cometido. La diferencia respecto al cauce interpretativo al que se acoge PERALTA es, como el propio autor indica, que «los motivos discriminatorios no implicarían ya que no haya justificación ni siquiera parcial para el hecho, sino que no hay *disculpa* ni siquiera parcial posible». Recientemente, si bien se desmarca de esta última vía de entendimiento alternativa, BUSTOS RUBIO sigue de cerca a los autores anteriores y se suma a la premisa interpretativa compartida por ambos. Ampliamente, véase: PERALTA, *Motivos reprochables*, pp. 199-312; DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio*, pp. 373-392. Véase también: BUSTOS RUBIO, *Aporofobia y delito*, pp. 182-239; LANDA GOROSTIZA, “Recensión a Juan Alberto Díaz López”, pp. 1-16.

⁶³⁷ Véase, indistintamente: LAURENZO COPELLO, “La discriminación”, p. 281; LAURENZO COPELLO, «Marco de protección», p. 275.

⁶³⁸ En esta misma línea, entre otros, véase: REBOLLO VARGAS, “La agravante de discriminación”, p. 25; REBOLLO VARGAS, «Controversias y propuestas interpretativas», p. 208.

⁶³⁹ Véase, indistintamente: LAURENZO COPELLO, “La discriminación”, p. 284; LAURENZO COPELLO, «Marco de protección», p. 278. También parece verlo así ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «La protección contra la discriminación», p. 330. Sobre el delito de injurias graves realizadas con publicidad (arts. 208 y 209 CP), por su relevancia para este estudio, volveremos en breve.

objetiva del daño» que se causa por la materialización de la conducta racista o xenófoba⁶⁴⁰.

Interesa detenernos ahora en la idea de «significación objetiva del daño» a que se refiere esta última autora. Entramos ya, como es de suponer, en posibles valoraciones sobre el daño físico/psíquico objetivamente más intenso que, a menudo, experimentan las víctimas de los delitos de odio en comparación con otras⁶⁴¹ (mayor desvalor de resultado, dentro de la estructura del injusto). Sin embargo, no está tan claro que de lo anterior pueda deducirse un fundamento razonable para proponer el mayor merecimiento de pena a través de una agravante genérica. PERALTA, al menos, no parece muy convencido. Además de las diferentes razones que alega⁶⁴², lo que propone es que se acuda directamente a los factores de determinación de la pena que proporciona la ley (individualización legal de las penas), que no hacen sino orientar la labor judicial (individualización judicial de la pena) para ajustar desde una mejor posición y con cierto margen de discrecionalidad (arbitrio judicial) el *quantum* final de la misma. En concreto, el art. 66 CP incorpora el criterio valorativo de la mayor o menor “*gravedad del hecho*”.

Finalmente, PERALTA también se muestra contrario a cualquier intento doctrinal que pretenda hacer ver que el mayor merecimiento de pena reside, en verdad, en el daño extensible a todo el grupo de pertenencia de la víctima (mayor peligrosidad del hecho). A juicio de autor, ese daño –en caso de existir y si realmente tiene relevancia penal– supone un resultado que deriva de un riesgo permitido. Concretamente, ese riesgo permitido es el de tener las motivaciones que se quieran (libertad de pensamiento) sin que ello pueda llegar a contaminar, mediante un agravamiento de pena, la sanción impuesta por el delito base. El daño extensible a todo el colectivo no puede bascular sobre la base de una motivación socialmente indeseable, por muy repudiable que sea⁶⁴³.

⁶⁴⁰ GARCÍA ÁLVAREZ, *El derecho penal y la discriminación*, pp. 288-290.

⁶⁴¹ Nótese que esta misma idea ya ha sido presentada por primera vez al lector en el apartado «1.2.2.5. Concepción de efecto» *supra*.

⁶⁴² Por ejemplo, señala el autor que la relación entre un daño mayor asociado objetiva y automáticamente a todo delito que venga motivado por razones discriminatorias es, en todo caso, una relación «demasiado contingente». Además, critica tanto «infrainclusión» de la norma (es decir, del art. 22.4 CP y su elenco de categorías protegidas) como su «sobreinclusión» (es decir, se presume todo delito al alcance del art. 22.4 CP más cualificado por el mero hecho de venir motivado de unas causas concretas). En detalle, véase PERALTA, *Motivos reprochables*, pp. 160-161.

⁶⁴³ PERALTA, *Motivos reprochables*, pp. 162-163. Incluso, GOODALL cree que no es justo sugerir que estamos en presencia de un acto delictivo con marca/etiqueta de odio (*hate label*) debido a un mayor merecimiento de pena por la especial gravedad del delito (*seriousness of the offence*). Según esta autora,

Volviendo ya a DOPICO GÓMEZ-ALLER, este autor concibe objetivamente los motivos como elementos tendenciales, lo que se cifra en una «intención de producir» el efecto propio de atentados con esa serie de connotaciones (p.ej.: atentados racistas)⁶⁴⁴. En su día, como hemos visto más arriba, este autor se desbancaba claramente de interpretaciones que incidieran en la negación del principio de igualdad y no discriminación (infracción adicional) desde la lógica del mayor desvalor subjetivo de acción. Entre otras cuestiones, entendía que esas propuestas estaban diseñadas desde la óptica del conflicto intersubjetivo. Es decir, se pensaba en el interés lesionado de la víctima individual por parte del sujeto activo. Por tanto, el autor trató de situarse un paso más allá, observando la funcionalidad de la agravante desde un plano supraindividual o colectivo. Desde ahí, afirma, el comportamiento lanza un mensaje comunicativo que trasciende al individuo, puesto que socava «las expectativas de indemnidad de ciertas personas, del mismo modo que lo haría una amenaza de futuras lesiones, homicidios, saqueos o daños». Esta puesta en cuestión de las expectativas de indemnidad conlleva, como parece lógico pensar, un tensionamiento implícito para la «esfera de libertad» de ciertos individuos que comparten unos mismos trazos identitarios. El caso es que estos individuos ya de por sí conviven con una sensación de desprotección que nace de saberse diferentes en estatus en comparación con el resto. La sensación de desprotección fáctica se hace evidente desde el momento en que se normaliza, entre otras situaciones cotidianas posibles, evitar frecuentar ciertas zonas o buscar instintivamente la autoprotección colectiva⁶⁴⁵. El dolo específico que exige la agravante del art. 22.4 CP abarca, según la tesis del propio DOPICO GÓMEZ-ALLER, el «hecho de estar atentando conscientemente contra un sujeto perteneciente a una *población (ya) amenazada* –con lo que se conoce que existía una amenaza, y que la propia conducta la cumple–», y el «hecho de estar emitiendo un mensaje racista, xenófobo, etc., en tanto que se integra con una

no es razonable que el autor del acto asuma que su pena se ha visto incrementada por «racismo penalmente reprochable» (*criminally blameworthy racism*). Y es que las palabras importan, por lo que una alternativa posible sería simplemente hablar de un mayor merecimiento de pena por la «selección premeditada de una víctima perteneciente a un colectivo vulnerable» (*pre-planned selection of a vulnerable group victim*). GOODALL, “Conceptualising racism”, p. 228.

⁶⁴⁴ Véase: DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Agravante de motivos», pp. 643-644; DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Motivos racistas o similares», p. 540.

⁶⁴⁵ En detalle, véase: DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Delitos cometidos», pp. 516-526; DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Delitos cometidos” (2004), pp. 163-176; DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Delitos cometidos” (2005), pp. 21-33.

serie de circunstancias previas» (es decir, se alimenta una «cadena comunicativa violenta»)⁶⁴⁶.

Finalmente, como indican RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, el mayor desvalor de resultado no es incompatible con que siga requiriéndose que el delito sea cometido por algún motivo en concreto (elemento subjetivo)⁶⁴⁷. Dicho de otra forma, es evidente que necesariamente habrá de darse, como ya hemos visto que señalaba BOONIN más arriba, un estado mental/psicológico (*mental state*) que active la conducta. No obstante, más allá de comprobar que está en el origen de la conducta, no importa en absoluto cómo denominemos a ese estado mental/psicológico (p.ej.: motivo, móvil, fin, etc.)⁶⁴⁸. Su relevancia e interés, según creemos, también debieron quedar limitados a lo anterior. Es decir, el estado mental/psicológico es importante en la medida en que refleja el factor que estimula o desencadena en origen la conducta de autor, sin que sirva por ello para justificar –al menos, de forma aislada e independiente– un mayor merecimiento de pena. Es evidente que, según estas consideraciones realizadas, la circunstancia agravante mantiene cierto carácter mixto (objetivo-subjetivo), en la medida en que el estado mental/psicológico (aspecto subjetivo) siempre será presupuesto para su aplicación. No obstante, tal y como defendemos, ello no demanda un análisis exhaustivo de lo anímico o de si el comportamiento de autor es considerable fiel reflejo de esa *psique* de autor.

Por su especial pertinencia para este *Bloque I*, no puede dejar de mencionarse la postura de MOLINA FERNÁNDEZ sobre la relevancia que merecen las circunstancias subjetivas, del tipo que sean (p.ej.: motivos o móviles) en el juicio de lesividad en torno

⁶⁴⁶ En detalle, véase: DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Delitos cometidos», pp. 522-523; DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Delitos cometidos» (2004), p. 170; DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Delitos cometidos» (2005), p. 28. De esta opinión parece también GORJÓN BARRANCO, quien apunta a un mayor injusto objetivo y al elemento subjetivo que refuerce el dolo de autor para restringir su alcance. Asimismo, MODOLLEL GONZÁLEZ sostiene que lo que se castiga es una «conducta lesiva que afecta a una persona concreta, pero guiada por un ánimo contrario a la colectividad representada en esa persona, lo cual a su vez hace que el acto lesivo, desde un punto de vista *ex ante*, sea un peligro (abstracto) para ese bien jurídico». Eso sí, insiste el autor en que será justamente la exigencia del elemento subjetivo la que ayude a forzar una lectura del precepto en clave restrictiva. Por último, LASCURAIN SÁNCHEZ también apunta a un mayor desvalor objetivo, sea por la peligrosidad objetiva del hecho o por el daño extensivo que se genera. Ahora bien, según sostiene, habrá que justificar posteriormente el mayor merecimiento de pena acudiendo al requisito subjetivo. Este requisito se concreta en comprobar que efectivamente el sujeto «actuó voluntariamente aun conociendo la trascendencia de su conducta (...) y su ilicitud». En detalle, sobre todas estas consideraciones, véase: GORJÓN BARRANCO, *Ciberterrorismo*, pp. 223-225 y 230-233; GORJÓN BARRANCO, «Los derechos humanos», pp. 237-242; MODOLLEL GONZÁLEZ, «Delitos de odio», p. 185; LASCURAIN SÁNCHEZ, «¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación?», p. 32.

⁶⁴⁷ RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, p. 738.

⁶⁴⁸ En detalle, nos remitimos al apartado «1.2.2.2. Concepción intencional» *supra*.

a bienes jurídicos etéreos, incorpóreos o difícilmente aprehensibles. En concreto, este sería el caso del honor como interés jurídico a proteger frente a los delitos de injurias realizados con publicidad (arts. 208-209 CP)⁶⁴⁹. Por tanto, salvando las distancias entre un tipo penal (delito de injurias) y un elemento accidental (agravante genérica), mediante estas reflexiones generales se podrá evaluar mejor qué incidencia tienen realmente los motivos discriminatorios del art. 22.4 CP en el desvalor del hecho. Se va a poder verificar si la incidencia de la caracterización subjetiva de la agravante (p.ej.: motivos/móviles) podría ser reducida a su mínima expresión en comparación con la caracterización objetiva de la agravante (p.ej.: peligrosidad del hecho).

Pues bien, según entiende MOLINA FERNÁNDEZ, siendo como es la injuria un acto genuinamente comunicativo, el autor ha de conocer –es decir, «sepa (o pueda saber)»– el carácter ofensivo (significado injurioso) que tiene lo proferido para la víctima destinataria. Esta última, además, debe poder reconocer, captar o serle inteligible ese significado concreto. Por lo demás, el «sentido injurioso interno» del autor podrá ser transportado hacia el exterior a través de diferentes medios con capacidad comunicativa (p.ej.: gestos o comunicación oral/escrita). En este punto, entiende el autor que toda afección a un bien jurídico como el honor pasa por alguna de las siguientes opciones: i) Que el destinatario del mensaje infiera que la acción del emisor se realiza con propósito/intención de lesionar su honor; o ii) Que el destinatario del mensaje infiera que la acción del emisor se realiza siendo sabedor (p.ej.: conocimiento latente) de que se produciría la lesión de su honor. No importa, por tanto, si lo comunicado era o no injurioso para el autor o si podría llegar a calificarse como objetivamente injurioso. Se asume así una perspectiva pro-víctima tan característica del modelo legislativo de selección discriminatoria, en la medida en que es el sentido injurioso que percibe la víctima que puede latir detrás de los hechos lo que se torna decisivo. De todo lo anterior se desprende, de forma clara, que ni el propósito/intención del emisor ni su conocimiento del posible efecto de su acción comunicativa son relevantes. Por tanto, el elemento subjetivo (es decir, el sentido injurioso interno del autor) no condiciona, en palabras del autor, el juicio de lesividad. El bien jurídico queda afectado igual, incluso aunque no se constate. Ahora

⁶⁴⁹ Nótese que en el apartado final de este *Bloque I* se le planteará al lector la posibilidad de agravar el delito de injurias realizado con publicidad mediante la circunstancia agravante genérica del art. 22.4 CP, a fin de constatar que existe un espacio aplicativo a su alcance que puede llegar a explotarse con mayor determinación y sin que al art. 510.2.a) CP (difamación/injurias colectivas) desmerezca lo más mínimo esa vía. Véase el apartado «1.5.3. Intersección con los delitos de expresión» *infra*.

bien, la clave está en entender que todo lo anterior no implica que podamos desentendernos completamente del elemento subjetivo. Aunque exista lesión al bien jurídico, lo que no va a existir nunca es la comisión de un delito de injurias sin ese elemento subjetivo. Y ello porque «injuriar» lleva implícito que no toda lesión al bien jurídico es válida, sino sólo aquellas que sean realizadas con conocimiento (modalidad dolosa). En otras palabras: «Injuriar es un verbo relacionado con un resultado de lesión del honor pero que solo capta la producción dolosa de dicho resultado, igual que mentir solo capta la aseveración conocidamente falsa (o que el sujeto toma por tal)»⁶⁵⁰.

En este punto, según creemos, la pregunta que se nos plantea es si no podríamos replicar este mismo planteamiento a la comisión del delito por “*motivos racistas*” a que alude el art. 22.4 CP. Así, la creencia/representación racista en origen demanda siempre para el sujeto activo un mínimo conocimiento de la connotación racista –y el efecto potencialmente expansivo– que tendrá su acción, sin que ello obligue a sostener que tal estado mental/psicológico fundamenta el mayor merecimiento de pena. En suma, el fundamento de la agravante reside, a nuestro juicio, en el mayor desvalor de resultado, sin que para activar la agravación podamos desentendernos del todo del elemento subjetivo⁶⁵¹.

Por lo demás, el lenguaje que emplea el legislador (cometer el delito “*por motivos*”) no puede ser un impedimento para asumir la perspectiva de un mayor desvalor de resultado del injusto por la peligrosidad del hecho. Si así fuera, ello supondría incurrir en un «error de literalidad». Sobre esta cuestión, MOLINA FERNÁNDEZ entiende que la mera inclusión de un elemento subjetivo en la redacción de un precepto no prejuzga, o al menos no debería hacerlo, una asignación instintiva a una categoría concreta como pueda ser la de culpabilidad⁶⁵². En cualquier caso, no se aspira aquí a recoger (o hacer acopio) de argumentos, que sin duda los hay, sobre la forma de superar la redacción dada por el legislador⁶⁵³. No obstante, cabe reconocer que serán estos mismos argumentos los que

⁶⁵⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, pp. 836-838.

⁶⁵¹ En detalle, véase el apartado «1.5.2.2. Reflexión y toma de postura» *infra*.

⁶⁵² MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal*, p. 839.

⁶⁵³ Basta con hacer notar que existen diferentes vías para «reconciliar» el precepto (o, mejor dicho, su literalidad) con estándares más objetivos de implantación de la agravante. En primer lugar, suele argumentarse que los “*motivos*” a los que alude el legislador no son sino situaciones fácticas (p.ej.: daño físico/psíquico objetivamente más intenso que el de un delito común, efecto comunicativo intimidante derivado de los hechos, etc.) que suelen darse cuando alguien actúa impulsado anímicamente por tales motivos. Como es fácil imaginar, esas situaciones de hecho serán de lo más variadas, por lo que el legislador

van a permitir que se abra sin miedo (y sin presunciones subjetivistas del lenguaje empleado) el camino para explorar el fundamento de la agravante desde la objetivación de los hechos pretendida. En efecto, aunque no sea determinante en modo alguno, la jerga legal empleada constituye la puerta de entrada para todo intento por depurar el fundamento de la agravante. O, mejor dicho, para que todo razonamiento que abrace un sentido diferente al de los postulados subjetivistas no resulte frustrado o debilitado. Merece rescatar aquí la conocida propuesta de LAURENZO COPELLO, quien estimó que la ley debió referirse a «cometer el delito *contra* determinadas personas por razón de su ideología, etc.»⁶⁵⁴. Con todo, defiende, que esto no haya sido así no cierra las puertas a entendimientos que pongan el acento en el carácter objetivo de la circunstancia agravante en su conjunto.

No se nos escapa, como ya advertía LAURENZO COPELLO, que una fundamentación de la agravante genérica del art. 22.4 CP construida fundamentalmente alrededor de la peligrosidad del hecho (es decir, en torno a la «posibilidad de expansión de actitudes semejantes en el seno de la sociedad»), podría tener una fundamentación «muy similar» a la del discurso de odio punible (art. 510 CP). Esta autora no es partidaria de explorar esa alternativa, ya que el art. 510 CP, cuando menos, exigía según ella que el discurso estuviera dirigido «directamente»⁶⁵⁵ a crear en otros «sentimientos de hostilidad» en torno a colectivos protegidos. Este referente (es decir, la incitación/provocación directa) se pierde si nos planteáramos un fundamento similar para el caso de la agravante genérica del art. 22.4 CP. En consecuencia, el ámbito aplicativo

es consciente de que le resulta imposible trasladar a la norma penal tal variedad de efectos posibles. Por tanto, la idea que subyace es la de que el legislador no se estuviera refiriendo a ningún estado mental/psicológico del sujeto, sino más bien a los efectos tan comunes que derivan de esos motivos discriminatorios cuando se exteriorizan e impactan sobre un colectivo concreto. En suma, cuando la norma alude a “*motivos*” nos estaría dando información clave para conocer qué colectivos sufren los efectos especialmente dañinos o lesivos. En segundo lugar, mediante una interpretación forzada de ley, podría ser también que las fórmulas “*motivos racistas y antisemitas*” y “*otra clase de discriminación referente a (...)*” que se contienen en el art. 22.4 CP no debieran equipararse en su tratamiento legal. Tal planteamiento supone que la segunda de las fórmulas puede llegar entenderse como una apuesta decidida por objetivar (eso sí, parcialmente) la agravante sita en el art. 22.4 CP.

⁶⁵⁴ Véase, indistintamente: LAURENZO COPELLO, “La discriminación”, p. 281 (nota al pie núm. 118); LAURENZO COPELLO, «Marco de protección», p. 275 (nota al pie núm. 118).

⁶⁵⁵ Sobre el debate doctrinal centrado en la idoneidad del discurso para mover voluntades y, en concreto, sobre si es sostenible exigir simplemente una incitación/provocación indirecta o si se requiere, como defendía esta autora, una incitación/provocación directa, nos remitimos aquí al subepígrafe «a.1) *La incitación pública grave y su cadena de difusión (arts. 510.1.a) y b) CP)*», del epígrafe «a) *Primer bloque de conductas punibles: la incitación (art. 510.1 CP)*», del apartado «3.3.2.2. *Conductas típicas y generación de riesgo*» del *Bloque III*.

del art. 22.4 CP quedaría desbocado y sin constricción posible⁶⁵⁶. Es verdad también que, tras la reforma por LO 1/2015, el art. 510 CP plantea pocas dudas en este sentido (que no críticas). En efecto, el precepto habla ya de fomentar, promover o incitar “*directa o indirectamente*” al odio, hostilidad, discriminación o violencia (art. 510.1.a) CP). No obstante, mucho antes de esta gran reforma penal, LANDA GOROSTIZA partía del planteamiento inicial de LAURENZO COPELLO y lo matizaba notablemente⁶⁵⁷. De esta forma, es posible adelantar ya que la propuesta de fundamentación para la agravante del art. 22.4 CP desarrollada en este apartado quedará alineada en esta misma dirección.

Según LANDA GOROSTIZA, el acto realizado inequívocamente ha de trascender a la víctima directa⁶⁵⁸. El mayor merecimiento de pena pasa por la «idoneidad de la conducta para conmocionar las condiciones de seguridad existencial del colectivo». Esta idoneidad se verifica *ex ante*, desde la perspectiva de un observador imparcial situado en el lugar del sujeto activo⁶⁵⁹. En suma, la idoneidad para que el mensaje lanzado al viento cale intersubjetivamente y, por tanto, escale desde lo individual hacia lo colectivo a modo de amenaza despersonalizada en el interior del colectivo implicado. No es la motivación subjetiva la que determina o marca el compás de la escalada –como se ha dicho, intersubjetiva (y no, en cambio, frontalmente colectiva)– de ese mensaje amenazante. Otra cosa será que, normalmente, esa motivación de autor acompañe a la conducta delictiva⁶⁶⁰. El efecto amenazante, asimismo, no queda condicionado por el tipo o categoría delictiva empleada, ni tan siquiera por el hecho de que exista o no un contexto de «crisis» social. Eso sí, que el efecto amenazante no se vea condicionado por estas variables no implica que no pueda verse alterado por las mismas. En concreto, el efecto amenazante será más o menos grave en función del delito concernido⁶⁶¹, mientras que la situación de crisis dota de mayor intensidad al efecto intimidatorio (y, por ende, también

⁶⁵⁶ Véase, indistintamente: LAURENZO COPELLO, “La discriminación”, pp. 279-280; LAURENZO COPELLO, «Marco de protección», pp. 273-274. Para un tratamiento amplio de la discusión actual en torno al bien jurídico protegido del art. 510 CP, véase el apartado «3.3.2.3. Bien jurídico protegido: *encrucijada dogmática*» del *Bloque III*.

⁶⁵⁷ Además de las referencias más recientes a la obra del autor, que se realizarán en breve, véase ampliamente su propuesta original en LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, pp. 185-194.

⁶⁵⁸ Más arriba ya hemos visto que esta visión era puesta de relieve por DOPICO GÓMEZ-ALLER. En detalle, véase nuevamente: DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Delitos cometidos», pp. 516-526; DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Delitos cometidos” (2004), pp. 163-176; DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Delitos cometidos” (2005), pp. 21-33.

⁶⁵⁹ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, p. 123.

⁶⁶⁰ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, p. 126.

⁶⁶¹ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, p. 124.

al efecto penológico de la agravación prevista en el art. 22.4 CP)⁶⁶². En cualquier caso, lo mínimo exigible es que el sujeto activo conozca las circunstancias y el contexto en que despliega su conducta y, por tanto, sea consciente de la recepción o significado que iba a tener su comportamiento (comportamiento expresivo) para el colectivo y para la sociedad en su conjunto⁶⁶³. El efecto amenazante, siendo el sujeto consciente de que así va a ser percibido desde fuera, lo que hará será privar de «seguridad normativa» al colectivo. En definitiva, como se ha comentado más arriba, se constriñen los espacios de libertad o se acaba renunciando al uso y disfrute de derechos fundamentales «a escala grupal»⁶⁶⁴. El mayor desvalor de resultado radica, según entendemos, en crear ese peligro abierto (peligro de causación tan indeterminada como probable), a modo de ruleta rusa al que los miembros del colectivo amenazado deciden directamente no jugar (es decir, no hacer uso –consciente o inconscientemente– de sus derechos fundamentales).

En línea con el autor anterior, ASÚA BATARRITA apunta al «plus de conmoción de bienes jurídicos» que es capaz de producir cualquier conducta delictiva al cometerse precisamente por los motivos y razones contenidos en la norma. Según esta autora, el fundamento de la agravación del art. 22.4 CP debe situarse sobre el mismo basamento en que repose la explicación del castigo de las conductas previstas en el art. 510 CP⁶⁶⁵. El efecto amenazante que emerge en uno y otro caso es ciertamente «muy similar»⁶⁶⁶. En este punto, siguiendo a LANDA GOROSTIZA, la autora concluye con un afirmación de verdadero interés para los fines de este trabajo: «[C]uando nos referimos a la agravante del art. 22.4 ese mensaje amenazante no deriva de lo que se dice, sino de lo que se hace –delito concreto de agresión física, daños, coacciones o amenazas...– y de cómo se hace, pues el mensaje va implícito en el delito al que se adiciona la agravación»⁶⁶⁷. Sobre la posibilidad (cuando menos, incierta) de que el art. 22.4 CP y el art. 510 CP aspiren a cubrir un mismo espacio aplicativo en relación con los delitos de expresión (o, en su caso, con delitos que puedan adquirir alguna variante de comisión expresiva), es justamente de

⁶⁶² LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, p. 127.

⁶⁶³ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, p. 124.

⁶⁶⁴ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, pp. 126-127.

⁶⁶⁵ ASÚA BATARRITA, «La razón de género», p. 370. De esta opinión es también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los elementos subjetivos*, p. 280. Contrario parece BUSTOS RUBIO, quien simplemente desliza la posibilidad de que ambos preceptos pivoten sobre fundamentaciones diferentes. Véase BUSTOS RUBIO, *Aporofobia y delito*, pp. 234-235.

⁶⁶⁶ ASÚA BATARRITA, «Ni impunidad ni punitivismo», p. 173.

⁶⁶⁷ ASÚA BATARRITA, «Ni impunidad ni punitivismo», p. 173.

lo que se hablará en breve⁶⁶⁸. En todo caso, la toma de posición en la fundamentación de la agravante, así como en lo relativo al bien jurídico del art. 510 CP⁶⁶⁹, no hacen sino anticipar los mimbres de una discusión que, según entendemos, sigue irresuelta.

1.5.2.2. Reflexión y toma de postura

La naturaleza de la agravante es indudablemente mixta (objetivo-subjetiva), lo que no parece que esté en disputa hoy en la doctrina. En cambio, el fundamento de la agravante puede y debe defenderse desde postulados más objetivos sin que la naturaleza de la agravante empañe esto último. De hecho, entendemos, la incorporación de las “razones de género” por LO 1/2015 debería haber servido como «palanca de cambio» para objetivar unos hechos que, en abstracto, tienen una significación social más grave⁶⁷⁰. El *corpus* jurisprudencial construido durante años alrededor de las figuras penales con marca de género debería haber servido de incentivo para reflexionar y cuestionar la interpretación en clave culpabilística que parece haberse adueñado de la agravante genérica del art. 22.4 CP. Es decir, esta confluencia inédita entre supra-categorías delictivas (delitos de odio y violencia de género) en un mismo precepto (art. 22.4 CP) podría haber precipitado un «efecto contagio» en términos interpretativos⁶⁷¹.

Sea como fuere, según entendemos, las connotaciones del acto realizado sí que generan un efecto hacia el exterior que será perfectamente aprehendido por algunos sujetos. Por tanto, el perjuicio (o potencial perjuicio) a terceros reside en un comportamiento coloreado de razones que recuerdan a todo el colectivo el sitio que han merecido y, es de suponer, que todavía merecen en la sociedad. La sanción penal agravada deviene no ya del pensamiento de autor, sino de que el acto que se comete puede ser objetivamente distinto, como distinta será la respuesta que merece. El resultado irradia al exterior un significado inequívoco de exclusión y estigma social que profundiza en la situación tan delicada de partida en que ya cabía inferir que se encontraba un colectivo diana. Con

⁶⁶⁸ Véase el apartado «1.5.3. Intersección con los delitos de expresión» *infra*.

⁶⁶⁹ Ampliamente, nos remitimos aquí al apartado «3.3.2.3. Bien jurídico protegido: encrucijada dogmática» del *Bloque III*.

⁶⁷⁰ Ampliamente, nos remitimos a GORDON BENITO, “La violencia de género”, *passim*.

⁶⁷¹ Ahora bien, mientras el componente de discriminación es connatural al concepto mismo de violencia de género, no precisándose demostrar tal aspecto en los delitos con marca de género (delitos género-específicos o puramente de género, como sería el caso de los arts. 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2 CP), ello sí que seguiría siendo necesario en los delitos neutros (o sin marca de género) a los que se trate de anudar la agravante del art. 22.4 CP. SANZ MULAS, *Violencia de género*, p. 96.

razón DUFF/MARSHALL estimaban que lo que se emite es un mensaje de exclusión de la identidad cívica o del sentido de pertenencia de una persona, en representación de un colectivo, a una sociedad. La mayor responsabilidad delictiva no depende tanto de estados mentales/psicológicos concretos de la persona (p.ej.: motivos, móviles o fines), sino del conocimiento de que la conducta tenga, o puede percibirse que tenga, ese significado. Es decir, no importará por qué o exactamente qué propósito lleva a alguien a que se sume a una agresión racista (p.ej.: buscar la aceptación de grupo o ganarse el respeto de otros integrantes), sino que lo haga siendo consciente del sentido comunicativo que proyecta la conducta materializada. Lo que gana en interés y relevancia penal es lo que se dice a la víctima o sobre la víctima con la acción. Ese significado será sensible a un determinado contexto, pero sobre todo deberá quedar cristalizado en los hechos de alguna forma inteligible (p.ej.: lo verbalizado en el momento). No será suficiente, por tanto, con que la conducta pudiera dar a entender algo reprobable socialmente. De la lectura de unos hechos, puestos al trasluz del contexto en que suceden, debe ser claro y manifiesto que la conducta se torna «realmente amenazante» (*genuinely threatening*) para con unos miembros de la sociedad, definidos conforme a unas categorías marco (p.ej.: raza, etnia, religión, etc.), y no para con otros⁶⁷².

A efectos de fundamentar la agravante, la idea de una selección mínimamente consciente del efecto que supone ese acto debe ganar peso en detrimento del estado mental/psicológico del sujeto actuante. Esto último nos acerca al modelo legislativo de la selección discriminatoria (*discriminatory selection model*)⁶⁷³. Y nos acerca en el sentido que entramos en otro debate de indudable interés, ya que el modelo de selección discriminatoria no es un compartimento estanco como suele hacerse creer. En este punto, nos parece pertinente y enriquecedor aportar a la discusión doctrinal española el enfoque de GOODALL. Según esta autora, las posturas a adoptar pueden ser de lo más variadas. Por ejemplo, podría exigirse el *conocimiento*, la *intención consciente* o, cuando menos, la *indiferencia más insensible* respecto a la posibilidad de que esa víctima sea parte de un colectivo que constituya en realidad un colectivo vulnerable. Por otro lado, la *mera selección intencional de víctimas que forman parte de un colectivo en concreto*, que suele

⁶⁷² En detalle, véase: DUFF/MARSHALL, «Criminalizing hate?», pp. 115-149; DUFF, *The realm*, pp. 200-201 y 307-308.

⁶⁷³ Véase, sobre este modelo legislativo y, lo avanzado ya en el apartado «1.2.2.3. Concepción discriminatoria» *supra*.

acaparar gran parte de las críticas que dirige la doctrina al modelo de la selección discriminatoria, no representa sino una modalidad diferente a las anteriores (y, huelga decirlo, también la más extrema)⁶⁷⁴.

A nuestro juicio, por realizar una toma de posición clara al respecto, creemos que ALONSO ÁLAMO acierta cuando, al hilo de un comentario de sentencias sobre la agravante aplicada a casos de violencia de género, deduce que sería suficiente con un «conocimiento latente» de la situación de desigualdad y discriminación objetiva al tiempo de los hechos. Asimismo, la autora acierta también cuando comenta que ello no excluye hablar de qué papel en concreto juega el factor interno del sujeto (es decir, los motivos y las emociones) detrás de ese conocimiento latente⁶⁷⁵. Nuevamente, como ya se ha dicho anteriormente, se puede seguir manteniendo que el estado mental/psicológico prejuicioso del autor es un factor que estimula, desencadena o precipita los hechos⁶⁷⁶. Ahí reside, que no es poco, su importancia e interés.

Por de pronto, ello debiere permitir cerrar el paso a lo que FUENTES OSORIO denomina como «situaciones de discriminación o racismo inconsciente socialmente compartido». Es decir, un acto delictivo objetivamente racista pero disfrazado de normalidad absoluta, hasta el punto de no percibirse su significado real (o incluso, llegado el caso, negarlo). A esto es también a lo que REY MARTÍNEZ aludía con referencias al «neo-racismo invisible», «racismo blando (o de baja intensidad) subyacente» o «racismo líquido»⁶⁷⁷. A pesar de los diferentes nombres que recibe, estamos ante manifestaciones de un mismo fenómeno aparentemente inconscientes⁶⁷⁸. En efecto, la dificultad de separar el conocimiento latente (pudiendo llegar hasta el punto de ser el autor insensiblemente indiferente a la situación de discriminación) y la situación de discriminación inconsciente es de compleja solución. No obstante, según entendemos, aquí entrará con fuerza la

⁶⁷⁴ GOODALL, “Conceptualising racism”, p. 230.

⁶⁷⁵ ALONSO ÁLAMO, «El delito de feminicidio», pp. 114-115.

⁶⁷⁶ FUENTES OSORIO, “El odio como delito”, p. 5.

⁶⁷⁷ Ampliamente, véase REY MARTÍNEZ, «Discurso del odio», pp. 79-84.

⁶⁷⁸ Según WIEVIORKA, cuanto más embebido quede el racismo en las «relaciones sociales tangibles», más difícil será que el prejuicio se desvincule de la conciencia del sujeto. De esta forma, el prejuicio no es más que una «expresión de esta conciencia, que acompaña a formas concretas de dominación y evoluciona al mismo tiempo que se transforman esas mismas formas». Otra cosa será que el racismo no esté tan íntimamente ligado a esas relaciones sociales tangibles, sino más bien que se construya sobre un «registro imaginario» (p.ej.: el antisemitismo sin judíos que se extiende por Polonia en tiempos recientes). En este caso, el racismo es más «opaco a la conciencia del actor» que cuando existe la posibilidad, por limitada que sea, de que el racismo aflore en relaciones sociales tangibles. WIEVIORKA, *El espacio*, p. 128.

lectura subjetiva (estado mental/psicológico) de los hechos, de tal forma que se acuda al origen de la acción en busca de más información (o de información complementaria) sobre cuál ha sido el desencadenante de la misma. Pero ello no para realizar una evaluación interna sobre las creencias/representaciones (o formas de ver la vida) del sujeto, sino para determinar que efectivamente ha existido una mínima consciencia⁶⁷⁹ que explique que no le era totalmente ajeno que sus actos iban a producir los efectos socialmente proscritos. Unos efectos que serán los que finalmente fundamenten, según nuestra propuesta, la aplicación de la agravante genérica del art. 22.4 CP.

1.5.3. Intersección con los delitos de expresión

No se puede negar, por cuanto así se desprende de lo desarrollado a lo largo de este *Bloque I* que ahora toca a su fin, que existen elementos de distanciaci3n clave entre los delitos de odio y el marco m3s general de conductas punibles de corte antidiscriminatorio. Las diferencias no estriban 3nicamente en que el mismo prejuicio que sostiene la infracci3n penal en los primeros queda relegado a un componente a3adido –y, como tal, accidental y prescindible– en los segundos. Conviene insistir una 3ltima vez en aspectos tales como el *impacto sobre lo colectivo* o la *vulnerabilidad del colectivo*⁶⁸⁰, que sin duda ayudan a dibujar y a hacer reconocible la especificidad de la categor3a de los delitos de odio. Esta especificidad, empero, no deber3a nunca romper con la estructura basal que representa el Derecho antidiscriminatorio. As3 lo entiende LAURENZO COPELLO, para quien los delitos de odio se ver3an desprovistos de sentido si no los consider3semos como una forma m3s de ahondar en la marginaci3n y exclusi3n social de ciertos grupos hist3ricamente discriminados⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ No se obvia aqu3 que, como alude D3EZ RIPOLL3S, pueden existir diferentes niveles en lo que a la motivaci3n consciente se refiere. D3EZ RIPOLL3S, *Derecho penal espa3ol*, p. 532.

⁶⁸⁰ Esto 3ltimo con cautela, pudiendo llegar a relativizarse como parece que sugieren algunos autores. Por ejemplo, D3AZ L3PEZ entiende que la noci3n de discriminaci3n asociada a las motivaciones, como se deduce de la dicci3n literal del art. 22.4 CP (motivos discriminatorios) conectar3a con un odio basado en la intolerancia. Una intolerancia entendida, a su vez, como creencias del sujeto que motivan su rechazo hacia personas que no comparten alguna de sus condiciones personales. Esas creencias son las que podr3n llegar a exteriorizarse, precisamente, a trav3s de un m3vil (raz3n para la acci3n del sujeto). Por todo ello, este autor cree posible que los motivos discriminatorios del art. 22.4 CP puedan estar apuntando a un sentido bidireccional de lo discriminatorio. De esta forma, la discriminaci3n no se limitar3a a la que padecen ciertos grupos hist3ricamente expuestos a ella, sino que operar3a tambi3n en direcci3n opuesta. Es decir, podr3a estar detr3s de conductas delictivas llevadas a cabo por un sujeto perteneciente a un grupo hist3ricamente desfavorecido o vulnerable y cuya v3ctima fuere, por poner un ejemplo extremo, un hombre blanco y heterosexual. En detalle, v3ase D3AZ L3PEZ, *Informe de delimitaci3n conceptual* (2018), pp. 13-18.

⁶⁸¹ Cualquier suerte de intervenci3n penal que ignore esta premisa ser3a ileg3tima, puesto que adem3s de desnaturalizar y descontextualizar la categor3a, estar3a apostando por una v3a expansiva –y, muchas veces, interesada o manipuladora– que afianza privilegios y posiciones de poder. Dicho de otra forma, los delitos

Ahora bien, debemos detenernos por un instante en el *impacto sobre lo colectivo* que moldea esa especificidad tan propia de los delitos de odio. Sobre esta cuestión, BERNAL DEL CASTILLO afirma que en los delitos propiamente discriminatorios la conducta lesiva se dirige contra la individualidad, por lo que la afectación al grupo o colectivo que engloba a la víctima en dimensiones simplemente se relega a un segundo plano⁶⁸². De otro lado, aun siendo cierto que los delitos de odio impactarán –de forma mediata o inmediata– sobre una colectividad, no dejan de existir matices en la forma de conseguirlo. Es decir, podrá darse un impacto intersubjetivo que alcance dimensiones colectivas (agravación genérica del art. 22.4 CP) o un impacto frontalmente colectivo (el art. 510 CP como tipo penal específico). En este apartado la atención estará centrada en el primero

de odio «son delitos de discriminación o no son nada» En detalle, véase: LAURENZO COPELLO, «La manipulación», pp. 459-467; LAURENZO COPELLO, “Un ejemplo de derecho penal expansivo”, pp. 250-253. De la misma autora, para un breve recorrido sobre los orígenes y posterior desarrollo histórico de la categoría de los delitos de odio, insistiendo en todo momento en que no debe perderse el sustrato antidiscriminatorio de los mismos, véase LAURENZO COPELLO, «No es odio, es discriminación», pp. 259-268 y 279.

⁶⁸² BERNAL DEL CASTILLO, “Política criminal en España”, p. 382. Nótese que esta afirmación conecta de lleno con un modelo de política-criminal de corte más bien liberal, en coherencia con la explicación del mismo autor que ya vimos en el apartado «1.1. Enfoques y Modelos de Aproximación Previos» *supra*. Precisamente, sobre esta misma idea, otros autores han incidido en que el art. 22.4 CP queda orientado preferentemente hacia una tutela del individuo en vez de a una protección que tenga connotaciones grupales (delincuencia sistemática/estructural). De hecho, algún autor habla incluso de omisión deliberada por parte del legislador al no recoger, como sí hace el art. 510 CP (discurso de odio punible) y del que luego hablaremos, una referencia a lo «grupal». Entre otros, véase: BORJA JIMÉNEZ, «La circunstancia agravante», p. 120; GOYENA HUERTA, “Algunas cuestiones penales”, pp. 89-90. Como veremos en breve, esto se debe a un modelo jurídico de corte liberal y, por tanto, marcadamente individualista. Sobre esta cuestión, del mismo autor, véase lo desarrollado en el apartado «1.1. Enfoques y Modelos de Aproximación Previos» *supra*. Un ejemplo claro de este enfoque podríamos situarlo en la propuesta de redacción del art. 22.4 CP realizada por el GEPC en 1998, en que se restringe el ámbito de aplicación de la agravante y se apuesta por una concepción personalista de afección a bienes jurídicos. Es decir, restringir el ámbito aplicativo de la agravante exclusivamente a aquellos delitos que protejan bienes jurídicos personales. Eso sí, siguiendo al GEPC, cabe matizar que el fundamento de la agravante se cifra en “(...) la necesidad de ofrecer una tutela adicional a quienes, por pertenecer a colectivos socialmente marginados, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, con menores expectativas de respeto de sus derechos fundamentales”. Pero esto último también era controvertido para algunos autores. Por ejemplo, ÁLVAREZ ÁLVAREZ comparte la idea de que se tiene que restringir el marco de protección de la agravante a bienes jurídicos personales, si bien argumenta que esto será así precisamente por la «incapacidad de tutela adicional» a grupos de personas o colectivos. Recientemente, ACALE SÁNCHEZ sostiene que antes de la reforma operada por LO 1/2015 la agravante genérica del art. 22.4 CP era de aplicación a casos en que se atentara contra bienes jurídicos personales, puesto que el art. 510 CP ya se ocupaba de los relativos a bienes jurídicos colectivos. En cambio, la reciente STS 459/2019, de 14 de octubre, parece que circula en otra dirección: “*Tal agravante [en referencia a la agravante genérica del art. 22.4 CP], aparte de otras consideraciones, no puede operar en delitos con bienes jurídicos supraindividuales, no estrictamente personales*” (FJ C-4). Véase: GEPC, *Alternativas al tratamiento* (1998), p. 33; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «La protección contra la discriminación», pp. 327-328 (véase también la nota al pie núm. 65 de la p. 331); ACALE SÁNCHEZ, «Derecho penal y violencia de género», p. 420.

No obstante, aunque parezca contradictorio con lo expuesto hasta el momento, el Derecho antidiscriminatorio nace con vocación de protección grupal y, más concretamente, intergrupal. Es decir, detrás del Derecho antidiscriminatorio se encuentra la búsqueda de corregir una situación de injusticia que sufren determinados grupos frente a otros.

de los supuestos, si bien nos aproximaremos a esta realidad desde el prisma de los delitos de expresión. Y es que parece razonable pensar que siempre será diferente el examen del contenido declarativo de una expresión que acabe impactando sobre lo grupal y el examen del hecho crudo –o en bruto– de lanzar mensajes intersubjetivos con hechos mientras se actúa contra miembros de un colectivo concreto. Los delitos «de actos» de odio también tienen la capacidad de despertar decisiones resolutorias en terceros, si bien la fuerza de los hechos nos sitúa fuera de los márgenes de intervención del derecho a la libertad de expresión⁶⁸³.

Con lo anterior en mente, se sostendrá en lo sucesivo la tesis de que existen algunas formas discursivas de odio que, siendo encauzadas a través de la agravante genérica del art. 22.4 CP⁶⁸⁴, se dirigen a una víctima individual e identificable para superarla e impactar sobre el grupo –real o percibido– de pertenencia de la misma. Una fuerza comunicativa y expansiva tal que, como es obvio, dependerá de unos hechos puestos al trasluz de un contexto social muy concreto. De esta forma, el empleo de ciertos discursos, por más intrascendentes o inocuos que resulten ser en otro contexto, podrán contribuir a un caldo de cultivo que no escape del todo al conocimiento de quien los vierte. Nos estamos refiriendo aquí a la situación de injusticia como fenómeno grupal y como estado objetivo de agravio para todo miembro definido en razón de una característica personal (p.ej.: raza, origen étnico, sexo, etc.) compartida con el resto. Precisamente, apunta BARRÈRE UNZUETA, que esa injusticia grupal se haga evidente a través de «determinados casos individualizadamente» no la convierte automáticamente en un fenómeno individual. Por el contrario, seguirá siendo una injusticia de carácter grupal, por más que esto tensiona un Derecho liberal anclado en la protección de los individuos y sus derechos. De este modo, la desigualdad intergrupal queda inserta dentro de unas estructuras jurídicas que, al menos en el ordenamiento jurídico español, se asientan sobre una concepción de la igualdad centrada en el individuo (modelo jurídico individualista). Con todo, el alcance del Derecho antidiscriminatorio debiere ser «presumiblemente» grupal siempre, por más que se perciba, se manifieste o se active individualizadamente⁶⁸⁵.

⁶⁸³ LANDA GOROSTIZA, *El delito de odio* (2017).

⁶⁸⁴ Sobre este aspecto, véase lo que ya se adelantó en el epígrafe «a) Agravación penológica de delitos comunes y discurso de odio», del apartado «1.4.2.1. Consideraciones previas» *supra*.

⁶⁸⁵ Ampliamente, sobre estas cuestiones apuntadas, véase: BARRÈRE UNZUETA, *Discriminación*, pp. 26-29; BARRÈRE UNZUETA, *El derecho antidiscriminatorio*, pp. 29-30 y 45-46; BARRÈRE UNZUETA, *Feminismo y derecho*, pp. 19-22 y 145.

Pues bien, aquí tenemos ya uno de los principales desafíos que también alcanzan a la agravante genérica del art. 22.4 CP. A juzgar por la aplicabilidad que ha merecido esta última por parte de nuestros jueces y tribunales, así como por la discusión doctrinal que la rodea, todo hace indicar que la presunción es justamente la contraria a la apuntada. La presunción de afectación supraindividual no es tal, sino que sencillamente se presume lo que se percibe o se manifiesta en el momento. Quizás contribuya a ello, como recogía BERISTAIN IPIÑA a finales del siglo pasado, que se haga referencia a la víctima –y no, en cambio, a las víctimas– en la formulación misma de la agravante, siendo para este autor «más acorde con la moderna ciencia victimológica» un entendimiento amplio que permita superar la mera identificación de la víctima con el sujeto pasivo del delito en cuestión. Además de las víctimas inmediatas, cabría hablar también de víctimas mediatas o indirectas⁶⁸⁶. En otras palabras, al encontrarnos con un ataque físico racista u homófobo contra una persona concreta, lo que se percibe y presume es justamente eso, una agresión injustificada sobre una persona concreta⁶⁸⁷ –con nombres y apellidos– y reprochable por deberse, por ejemplo, a una cuestión de raza u orientación sexual determinada⁶⁸⁸. Por tanto, este supuesto se canaliza sin mayor dificultad que la probatoria, normalmente vinculada al móvil de autor, por la vía de la agravante del art. 22.4 CP.

No obstante, se ha caído a menudo en el error de no realizar una interpretación conforme al sentido originario de esta agravante. Este sentido no puede ser otro que el impacto que se proyecta *ad extra* sobre algún colectivo de referencia, sea de forma directa o mediata a través de ataques dirigidos a terceras personas muy relacionadas con la causa. Nos referimos así, una vez más, al efecto intimidante o *in terrorem* como pauta

⁶⁸⁶ De hecho, BERISTAIN IPIÑA hizo una propuesta de *lege ferenda* en el sentido indicado, al propugnar un cambio de redacción legal para la agravante del art. 22.4 CP (es decir, hablar de «víctimas» en plural, en vez de «víctima» en singular). BERISTAIN IPIÑA, «Comentario al art. 22.4 CP», pp. 969 y 985.

⁶⁸⁷ Se percibe una tendencia antidiscriminatoria descaradamente individualista en el caso español, siendo así que el abordaje de este tipo de situaciones se canaliza hacia lo meramente «bilateral» (víctima concreta y agresor). Así lo entiende LANDA GOROSTIZA, quien cree que la luz se posa sobre el «micro-conflicto», quedando en la sombra –o fuera de escena/foco– el impacto sobre lo grupal. En definitiva, no se hace esfuerzo suficiente por elevar la mirada y observar desde una mejor perspectiva la dimensión estructural del problema. Otro reto mayúsculo, al que no entraremos por razones de espacio, tiene que ver con políticas de igualdad que RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER cataloga como «unidimensionales», al no estar preparadas para hacer frente a la discriminación múltiple (p.ej.: víctima mujer, negra y con discapacidad). Véase: LANDA GOROSTIZA, «Delitos de odio y sentido de tutela», p. 371; RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, “Discriminación múltiple”, p. 6

⁶⁸⁸ Como bien reflejaba BROWN a mediados de la década de los noventa, en la cultura capitalista liberal los problemas sociales son reducidos a «agravios individualizados y deshistoriados». De ahí que la autora extraiga acto seguido una conclusión clara: «[N]o existe el daño si no existe un agente ni un sujeto vulnerable de manera tangible». BROWN, *States of injury*, p. 124. Para la traducción al castellano empleada, véase BROWN, *Estados del agravio*, p. 235.

comunicativa tan característica de la victimización por odio. Este efecto conlleva que lo individual migre hacia lo colectivo, extendiéndose con ello la sensación de desprotección, desasosiego y temor que comparten los miembros de determinados sectores de la población. Aún más, el Tribunal Supremo afirma que lo acontecido “(...) *no sólo perturba a la víctima, sino también el conjunto de la sociedad puesto que el hecho, además, pone de manifiesto un problema de convivencia por la discriminación en el que se basa*” (STS 458/2019, de 9 de octubre [FJ 5]). Se trata, por tanto, de un «plus delictivo» (STSJ de Aragón 21/2021, de 25 de marzo [FJ 4]) que nace de una correcta interpretación de la agravante del art. 22.4 CP.

Otro tanto sucede con el supuesto de que se concrete algún delito expresivo –o, cuando menos, con alguna variante expresiva– (p.ej.: injurias, calumnias, amenazas o trato inhumano o degradante de palabra) al que se anude la agravación del art. 22.4 CP. Esta última posibilidad indiscutiblemente existe, e incluso algunos autores como RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ fueron en su día los valedores del cambio legislativo para que fuese posible⁶⁸⁹. En efecto, recuérdese que la actual agravante accedió al ordenamiento penal español con carácter de urgencia vía Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código penal (art. 10.17 CP/1973)⁶⁹⁰, para poco después instalarse a través de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en el art. 22.4 CP/1995. Como puede observarse, el art. 22.4 CP vino a ampliar sustancialmente el ámbito de aplicación que hasta entonces estaba limitado a los delitos contra las personas y el patrimonio (art. 10.17 CP/1973). Ya con la entrada en vigor del CP/1995 la agravante alcanza, entre otros, a los delitos contra el honor (p.ej.: injurias y calumnias) o a los delitos contra la libertad (p.ej.: amenazas). Se tienden, por tanto, los primeros puentes de unión entre los delitos «de pura» expresión (discurso de odio punible)

⁶⁸⁹ RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, p. 739. Haciéndose eco de la postura anterior, encontramos a BERISTAIN IPIÑA o a CEREZO MIR, siendo para este último todo un acierto de política legislativa ensanchar la capacidad reactiva de la agravante. Véase: BERISTAIN IPIÑA, «Comentario al art. 22.4 CP», p. 970; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal*, p. 160; CEREZO MIR, *Derecho penal*, p. 882. Incluso, propuestas de redacción alternativas para el art. 22.4 CP, como la del GEPC en 1998, también mantuvieron intacta esta posibilidad. En concreto, según el GEPC, el art. 22.4 CP debía quedar redactado de la siguiente forma: “Cometer un delito contra la vida, la integridad, la libertad, la libertad sexual, la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, el honor o el patrimonio por razón de la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su orientación sexual, la enfermedad o minusvalía que padezca”. GEPC, *Alternativas al tratamiento* (1998), p. 33.

⁶⁹⁰ La circunstancia agravante del art. 10.17 CP/1973 apuntaba a “cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima”.

y los delitos materiales (delitos «de actos» de odio) a los que parecía limitarse el juego de la agravante.

En clave crítica, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN estimaron que era objetable el hecho de que la agravante del art. 22.4 CP alcanzara a sancionar los «excesos en la libertad de expresión» y el «disentimiento con los valores de la mayoría» (disenso social)⁶⁹¹. A modo de solución intermedia entre RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ y COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, podemos situar la postura de ARROYO DE LAS HERAS. Según sostuvo este último autor, el delito de injurias podría verse agravado por el art. 22.4 CP en supuestos concretos. En principio, no sería posible una tal agravación cuando, atendiendo al contenido del mensaje, «la injuria coincida con las motivaciones a que expresamente se refiere la agravación» (p.ej., se nos ocurre, «negro cabrón, recoge el algodón»)⁶⁹². Si este no fuera el caso, es decir, si del contenido del mensaje que configura la injuria no se evidenciara dicha motivación, pero sí que fuera posible probar que dicho mensaje venía impelido por una de las motivaciones recogidas en el precepto (p.ej., se nos ocurre, «cabrón, vuelve por donde viniste», cuando a la luz del contexto quepa inferir un trasfondo racista en las palabras), entonces la aplicación de la agravante genérica al delito de injurias sería posible⁶⁹³. No sólo eso, sino que, como sostienen CANCIO

⁶⁹¹ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, p. 897. En opinión de DÍEZ RIPOLLÉS, si bien estos autores se pronunciaron de forma exagerada, lo cierto es que la ampliación del alcance de la agravante del art. 22.4 CP habría resultado excesiva. Excesiva por cuanto la motivación de autor no tendría la misma relevancia penal en todos los ámbitos imaginables y porque la prueba se antoja incluso más difícil en algunos de ellos. En general, LAURENZO COPELLO y LANDA GOROSTIZA también se mostraron contrarios a la ampliación del ámbito delictual acometido en la agravante del art. 22.4 CP. Véase: DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español*, p. 533; LAURENZO COPELLO, “La discriminación”, pp. 286-288; LAURENZO COPELLO, «Marco de protección», pp. 279-282; LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, pp. 205-206.

⁶⁹² De esta misma opinión eran también CUERDA ARNAU y LAURENZO COPELLO. La primera argumentaba que si el contenido del agravio ya absorbía el componente discriminatorio legalmente previsto en la agravante genérica del art. 22.4 CP, entonces carecía de sentido apreciarla al caso. La segunda, por su parte, alude a que en el delito de injurias «el contenido de injusto capta directamente el efecto de humillación que sufre el sujeto pasivo como consecuencia de la conducta típica», razón por la cual la agravación del art. 22.4 CP no puede pretender lo mismo y, por tanto, no tendría cabida. La posición de esta autora, cabe aclarar, parte del honor como categoría que emana directamente de la dignidad de la persona. Véase: CUERDA ARNAU, «Artículo 22.4º», p. 245; LAURENZO COPELLO, “La discriminación”, p. 284; LAURENZO COPELLO, «Marco de protección», p. 278; LAURENZO COPELLO, *Los delitos*, pp. 36-48. En general, comentando estas posiciones anteriores y tratando de poner orden dentro de la complejidad añadida que supone, a su juicio, la aplicación de la agravante del art. 22.4 CP al delito de injurias, además de constatar lo poco estudiada que estaría esta posibilidad a nivel doctrinal, véase RENART GARCÍA, “La agravación del delito”, pp. 1743 (véase también la nota al pie núm. 84 que se contiene en la página 1851).

⁶⁹³ ARROYO DE LAS HERAS, «Los motivos racistas», pp. 120-121. De la misma opinión, véase una breve referencia en ARIAS EIBE, “Non bis in idem y concurso”, p. 98.

MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, este tipo de supuestos sí que pueden ser calificados de auténticos delitos de discurso de odio⁶⁹⁴.

El problema, como ya nos referíamos antes, es que la agravante del art. 22.4 CP se aplica a menudo siendo absolutamente inapreciable el efecto comunicativo intimidante a otros miembros del colectivo de referencia de la víctima directa⁶⁹⁵. Este sería el caso, por poner un ejemplo, de la SAP de Valladolid 240/2016, de 25 de julio, que condena a un individuo que atemorizaba e injuriaba insistentemente a su expareja sentimental y a la madre de ésta a través de mensajes SMS, mensajes de *WhatsApp* y llamadas telefónicas. Finalmente, resultó ser un delito continuado de injurias leves (arts. 173.4 y 74 CP) lo que devino agravado, si bien más allá de la “*violencia verbal*” (FJ 1) empleada no consta que ello posibilitara trascendencia comunicativa alguna del mensaje. De hecho, huelga decir que el condenado empleó canales de comunicación privados para contactar con su expareja (y con la madre de esta última).

Otro tanto acontece en la SAP de Asturias 517/2017, de 4 de diciembre⁶⁹⁶, o la SAP de Madrid 74/2018, de 13 de febrero⁶⁹⁷, condenándose esta vez al sujeto varón por un delito de amenazas (art. 169.2º CP) en la primera y por un delito de amenazas continuadas condicionales (arts. 169.1º y 74 CP) en la segunda, pero con la concurrencia en ambas de la circunstancia agravante de actuar por razones de género (art. 22.4 CP). En la primera de las resoluciones nos encontramos con una ruptura de la relación sentimental que mantenían el condenado y su expareja sentimental, no pudiendo superar el primero ni el

⁶⁹⁴ CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, ¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?, pp. 100-102 (en concreto, véase la nota al pie núm. 173).

⁶⁹⁵ Para salvar este extremo, CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ sostienen que, desde una concepción exclusivamente motivacional de autor (*animus model*), la norma penal «despliega sus efectos de protección en el plano comunicativo y en primer lugar frente a colectivos concretos (tradicionalmente discriminados por una concreta condición personal)», por lo que poco importa que el efecto comunicativo *ad extra* (efecto intimidatorio supraindividual) se haya o no probado. Estos autores se posicionan así en contra de la consideración realizada por ESQUIVEL ALONSO, quien sugería que, efectivamente, a falta de ese elemento que supere a la víctima en dimensiones no cabría hablar de discurso de odio. En concreto, se reproducen a continuación las palabras exactas de esta última autora: «[E]l discurso del odio pretende difundir animadversión hacia un grupo determinado, por lo que no se consideran las ofensas individuales (difamación, injurias, calumnias, etcétera) como propias del *hate speech*. Las expresiones de odio intentan esencialmente provocar una especie de “dolor lingüístico” a un sector poblacional determinado». Véase: CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, ¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?, pp. 100-102 (en concreto, véase la nota al pie núm. 173); ESQUIVEL ALONSO, “El discurso del odio”, p. 4.

⁶⁹⁶ Esta sentencia sería posteriormente confirmada por STSJ del Principado de Asturias 4/2018, de 2 de marzo, si bien por STS 92/2019, de 20 de febrero, se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la anterior y se dicta segunda sentencia. En cualquier caso, la apreciación de la agravante del art. 22.4 CP se mantuvo inalterada en todo momento.

⁶⁹⁷ Esta sentencia sería posteriormente confirmada por STSJ de Madrid 92/2019, de 17 de mayo.

cese de la relación ni las negativas de la segunda para retomarla. Todo ello llevaría a una serie de palabras o actitudes conminatorias que llegan a su punto álgido con un simple pero contundente mensaje de texto enviado al móvil de la víctima: «*Vas a morir*». En la segunda de las resoluciones referidas, los hechos que motivaron la condena son tres mensajes de texto que envía un hombre a su exmujer a través del teléfono móvil. Uno de ellos, al parecer, se envía apenas un día después de abordarla en un callejón poco iluminado y de asestarla varias puñaladas. El mensaje en cuestión era del siguiente tenor: «*Si no eres para mí no serás para nadie, vuelve conmigo, sino a la próxima, será letal*». En ambos casos planteados, el canal escogido era privado. Al margen de que no conste ningún tipo de reacción por parte de víctima que hiciera sospechar que esa conducta de su agresor acabaría concerniendo al colectivo mujer de alguna forma, lo importante aquí es que existe una conducta dolosa de autor a la que no se puede añadir la emisión deliberada de un mensaje que busque implicar o comprometer al colectivo. La falta de ese elemento añadido en los casos reseñados hace notorio que el autor opta por disimular o silenciar el hecho, lo que determina su falta de voluntad de que la conducta trascienda al individuo como víctima directa⁶⁹⁸.

Parece evidente, a juzgar por lo visto hasta ahora, que nuestros jueces y tribunales han adulterado el sentido originario de la agravante. Sea como fuere, como así sugería

⁶⁹⁸ Cabe matizar que esto será así siempre y cuando no se llegue a un hipotético final fatal (p.ej.: homicidio o asesinato), como argumenta DOPICO GÓMEZ-ALLER. Y es que este autor entiende que el efecto intimidador de la conducta quedaría totalmente desenfocado en el resto de supuestos como los que anteriormente hemos planteado. Así, en prácticamente todas las diferentes concreciones de la violencia de género el maltratador tiende a mantener intramuros tanto su conducta como el mensaje que irradia con ese actuar. No hay, según este autor, una «propagación con intención intimidante», por lo que difícilmente el dolo de autor va a comprender, siquiera tangencialmente, el componente supraindividual requerido por la agravante. La única opción para que pudiera ser así pasa por la trascendencia comunicativa que siempre arrastra tras de sí el delito de sangre, como sería el caso del asesinato, no pudiendo ya su autor «confiar en que los hechos sigan manteniéndose en secreto». Véase: DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Delitos cometidos», pp. 525-526; DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Delitos cometidos» (2004), pp. 175-176; DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Delitos cometidos» (2005), pp. 32-33. Del mismo autor, véase una breve referencia al efecto intimidador como quintaesencia de la agravante genérica en DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Motivos racistas o similares», p. 542.

Según creemos, el efecto intimidador en estos casos pasa por la anticipación del miedo que muchas mujeres sienten, hasta el punto de desconfiar en exceso, extremar precauciones y alterar su forma de vida para evitar de alguna manera «ser la siguiente». En definitiva, será preciso que unos hechos impacten de tal forma en la conciencia social que la sensación y experiencia individual de la víctima directa se vuelva transversal y no se limite a la conyugalidad o al ámbito de la pareja. La previsibilidad de que todo ello quede abarcado por el dolo eventual de autor es difícil, pero no puede descartarse para casos marcadamente excepcionales. En cualquier caso, como viene haciéndose alusión, lo que interesa reflejar aquí es que el componente intimidador de la agravante del art. 22.4 CP tiende a difuminarse hasta el punto de desaparecer como requisito para su apreciación. Quizás la incorporación del género como categoría protegida por LO 1/2015 ha contribuido a precipitar la pérdida definitiva de dicho componente, así como del sentido originario de la agravante. En detalle, véase el apartado «1.5.3. Intersección con los delitos de expresión» *infra*.

MAQUEDA ABREU en 2008, el legislador español habría optado por «ampliar los ámbitos de punición» del discurso de odio al dejar dispersos en varios preceptos penales las diferentes concreciones del mismo, siendo éste el caso del delito de injurias agravado por el art. 22.4 CP a la que esta misma autora hace referencia⁶⁹⁹. Un paso más allá se sitúan PÉREZ DE LA FUENTE y DÍAZ LÓPEZ, quienes deslizaron la posibilidad de llegar a plantearnos la conveniencia de primar el campo aplicativo propio de la agravante, refiriéndose el segundo de los autores también a las calumnias –y no exclusivamente a las injurias– como objeto de agravación⁷⁰⁰. Recientemente, CUERDA ARNAU también se ha cuestionado si no sería preferible acudir a los «viejos delitos de injurias o contra la integridad moral» junto con la aplicación de la agravante genérica del art. 22.4 CP⁷⁰¹. El hecho de dar preferencia a un espacio punitivo sobre otro lo vinculan estos autores a una cuestión de estrategia que evite, según alcanzo a entender, la impunidad. La agravante del art. 22.4 CP pasaría así a convertirse en una red o sostén que evitará, a modo de escalón intermedio entre el art. 510 CP y la nada, que determinadas conductas no tan graves, siendo indiscutiblemente punibles fuera del lenguaje de odio (p.ej.: unas injurias realizadas con publicidad), puedan también ser sancionadas penalmente por odio (delito de expresión y agravante del art. 22.4 CP). Por tanto, más que crear ese escalón intermedio lo estaríamos aquí reivindicando.

En este punto, es interesante reflejar cómo REY MARTÍNEZ nos plantea la disyuntiva de qué hacer con las formas «menos graves y más frecuentes» de discurso de odio, matizando que este supuesto enlaza con aquellas que no sean penalmente relevantes. Este autor, en definitiva, apuesta por la vía de la sanción administrativa impuesta por un órgano autónomo *ad hoc* o, incluso, más general (p.ej.: la figura del defensor del pueblo)⁷⁰². En este apartado, en cambio, lo que se defiende y promueve será más bien la implantación progresiva de un nivel blando de acción del Derecho penal, donde los mismos discursos «menos graves y más frecuentes» a los que apuntaba el autor anterior no escapen a su consideración si, salvando el elemento del prejuicio de autor, esas mismas injurias, amenazas, etc. hubieran sido punibles. A su vez, parece razonable pensar que esto

⁶⁹⁹ MAQUEDA ABREU, *Els límits de la intervenció penal* (2008), p. 25 (nota al pie 28).

⁷⁰⁰ Sobre este particular, véase: PÉREZ DE LA FUENTE, «El enfoque», p. 150; DÍAZ LÓPEZ, «A generic aggravating», p. 636; DÍAZ LÓPEZ, «El art. 22.4 CP», p. 109; CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, «¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?», pp. 100-102 (en concreto, véase la nota al pie núm. 172).

⁷⁰¹ CUERDA ARNAU, «Lección XL. Delitos contra la Constitución», p. 756.

⁷⁰² REY MARTÍNEZ, *Derecho antidiscriminatorio*, p. 66.

sucedará, en mayor medida, en Internet. Las características propias de este medio sirven para que los mensajes lleguen a numerosos hogares o dispositivos móviles, creando un efecto intimidador invisible –sobre todo si no se reacciona o se manifiestan muestras de rechazo explícitas a esos mensajes– pero real y sufrido en silencio por un amplio segmento de la población que, perteneciendo o estando vinculado a un colectivo concreto (p.ej.: miembro de una ONG de ayuda humanitaria a inmigrantes), simplemente leen esos *tweets* o comentarios en *Facebook*. El impacto, aunque inadvertido, trasciende al sufrido por la víctima directa. Internet ofrece posibilidades que cambian de alguna forma nuestra perspectiva jurídica, como se verá más adelante con un ejemplo real, reciente y cada vez más habitual. Pero para comprender mejor de dónde nace esa impunidad a la que antes nos referíamos, se hace preciso reflejar ya unas nociones mínimas del delito de discurso de odio punible *ex art. 510 CP*.

Pues bien, la cuestión es que las conductas punibles con un sustrato comunicativo y con ese plus que conlleva el prejuicio tienden a ser preferiblemente desviadas, de forma casi instintiva y, me atrevería a decir, irreflexiva, hacia el artículo que monopoliza y genera una *vis attractiva* para todo delito de expresión (art. 510 CP). Poco o nada parece importar la viabilidad de ese camino judicial que se emprende, incluso siendo notorio que en la mayoría de ocasiones ello conducirá a la inidoneidad de la conducta. Si bien este punto será tratado con más detenimiento donde corresponda⁷⁰³, que la conducta deba guardar un sentido concreto (p.ej.: fomentar, promover o incitar, o producir, difundir o poseer con el fin de distribuir cualquier material idóneo para los fines referidos) o que deba darse una aptitud para la generación de una situación de peligro seria y realista en abstracto (es decir, que conlleve la inminencia del peligro proyectado y un encadenamiento causal prácticamente seguro), junto a otros elementos de restricción del tipo (p.ej.: elemento de publicidad) o criterios de revisión del contexto (p.ej.: trasfondo socio-político, contenido y forma del mensaje, posición o estatus del orador, alcance del acto expresivo, etc.), hacen particularmente difícil un pretendido encaje normativo en el art. 510.1 CP. Respecto al art. 510.2.a) CP, aunque más difícil para marcar distancias con respecto al espacio aplicativo de la agravante del art. 22.4 CP, por tratarse de conductas que buscan difamar al colectivo (es decir, “*acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito*”), lo cierto es que la afección debe ser de una intensidad tal

⁷⁰³ En concreto, véase lo desarrollado en el apartado «3.3.2. Aspectos de legalidad penal ordinaria sobre el delito de discurso de odio punible (art. 510 CP)» del Bloque III.

que entrañe un potencial agresivo por parte de terceros para con ese colectivo que se deshumaniza a sabiendas de esa posibilidad. Con todo, dado que el art. 510 CP contempla que será aplicable –entre otros supuestos– cuando una víctima particular lo sea «en representación de» el colectivo de pertenencia, es evidente que pueden existir casos frontera, es decir, más o menos dudosos, entre la agravante del art. 22.4 CP aplicada a un delito expresivo y el art. 510 CP⁷⁰⁴.

Por el momento, nos conformaremos con constatar este problema que, como parece deducirse, podría estar provocando alguna que otra laguna de punibilidad importante. Y ello no sólo por la mala *praxis* de derivar e insistir en un encaje forzado de la conducta en el art. 510 CP⁷⁰⁵, sino también por no instarse en los escritos de acusación, cuando menos, a una apreciación subsidiaria del delito de expresión correspondiente (p.ej.: injurias, calumnias, amenazas, etc.) agravado por la vía del art. 22.4 CP⁷⁰⁶. Quizás lo más interesante sería directamente revertir de forma radical este planteamiento inicial⁷⁰⁷. En

⁷⁰⁴ Esta zona fronteriza se hace si cabe más difusa si, por ejemplo, como sostiene un sector doctrinal, entendiéramos los delitos de injurias o calumnias como auténticos delitos de lesión (menoscabo fáctico, real o de hecho del honor, y no de mera aptitud de la conducta para conseguirlo), al igual que lo que parece sostenerse mayoritariamente para el art. 510.2.a) CP (delito de lesión fáctico, real o de hecho a la dignidad de los colectivos vulnerables), suponiendo así la excepción dentro del abanico de conductas punibles que configuran el art. 510 CP. En efecto, como se verá más adelante, la opinión doctrinal y jurisprudencial dominante coincide en asociar la conducta del art. 510.2.a) CP con un delito de lesión, si bien existe alguna que otra posición minoritaria que trata de vincular esa conducta con un delito de peligro, respetando el sentido global y sistemático de interpretación del art. 510 CP. A favor de concebir los delitos de injurias y calumnias como delitos de lesión, pero reflejando bien otras posturas doctrinales divergentes, véase LAURENZO COPELLO, *Los delitos*, pp. 48-50. Sobre la estructura típica del art. 510.2.a) CP y su posible configuración como delito de peligro, nos remitimos al subepígrafe «b.1) *La injuria/difamación colectiva pública y su cadena de difusión (art. 510.2.a) CP*», del apartado «3.3.2.3. *Conductas típicas y generación de riesgo*» del *Bloque III*.

⁷⁰⁵ Esta obstinación puede verse claramente en la posición de FERNÁNDEZ BERMEJO/MARTÍNEZ ATIENZA, quienes afirman que será en el caso de que unos hechos no encuentran acomodo en alguna de las conductas previstas en el art. 510 CP que adquiera protagonismo la agravante del art. 22.4 CP. De ahí se evidencia el rol secundario que jugaría la agravante, siendo una especie de válvula de escape para el caso de que todo lo demás falle. FERNÁNDEZ BERMEJO/MARTÍNEZ ATIENZA, *Código penal*, p. 969.

⁷⁰⁶ La consecuencia es obvia, pero así queda patente, por ejemplo, en la SAP de Barcelona 736/2019, de 31 de octubre: “[E]l art. 510.2º) es el único delito objeto de acusación por lo que no cabe tampoco entrar en consideraciones individualizadas de la posible aplicación por la concurrencia de la agravante por razón de raza, o etnia del art. 22.4 del CP. En consecuencia, lo expuesto, procede dictar sentencia absolutoria” (FJ Único).

⁷⁰⁷ Esta línea de investigación, pese estar muy poco explorada, nos permite traer a colación propuestas como la que hiciera AMADEO GADEA respecto al art. 510.2 CP contenido en la regulación inmediatamente anterior a la LO 1/2015. Según este autor, tiene sentido comprobar primero si unos hechos son constitutivos de un delito de injurias, puesto que de no ser así tampoco sería posible canalizar la conducta a través de la difusión de “*informaciones injuriosas*” que planteaba el anterior art. 510.2 CP. De forma todavía más extrema, GARCÍA ÁLVAREZ cuestionaba directamente la necesidad de mantener el art. 510.2 CP teniendo a disposición del operador jurídico el art. 22.4 CP para aquellos casos en que, habiéndose cometido un delito de injurias, el atentado contra el honor de la persona lo hubiera sido por motivaciones discriminatorias. Siguiendo ahora a CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN y MUÑOZ CONDE, el art. 510.2 CP debía entenderse como una extensión de los delitos de injurias a grupos o asociaciones (*ergo*, no

tanto no se busquen soluciones en esta línea, el problema sobre las posibles interferencias entre el art. 510 CP y la agravante genérica del art. 22.4 CP aplicada a un delito de nuda expresión seguirá planteándonos a menudo.

Precisamente, las interferencias a las que nos venimos refiriendo no habrían recibido, por parte de doctrina y jurisprudencia, la atención que cabría esperar. Un buen ejemplo para conocer la razón detrás de este aparente desinterés lo encontramos en referencias como las que realiza VELASCO NÚÑEZ. Según sostiene este autor, siendo categórico en su afirmación, si a la «finalidad menospreciante» se le une un móvil de autor –de entre aquellos incluidos en el art. 510 CP– que sirva, en definitiva, para incitar a la violencia contra el ya injuriado *de facto*, y si se hace además para patentizar «diferencias propias de la intolerancia», entonces el art. 510 CP será de aplicación preferente respecto al de injurias⁷⁰⁸. Por tanto, según entendemos, la interferencia de la que aquí vendríamos hablando enlazaría para este autor con la problemática propia del concurso de leyes o normas penales⁷⁰⁹. En cualquier caso, llegados a este punto, lo que resulta discutible no

a individuos concretos). No obstante, CANCIO MELIÁ matizaba en su momento que ello será así respecto a la difusión de informaciones/hechos, no respecto a opiniones o juicios de valor. De esta opinión es también BERNAL DEL CASTILLO, quien sostuvo que el delito del art. 510.2 CP, siendo una modalidad *sui generis* de injurias (delito de injurias discriminatorias), tiene como interés jurídico tutelado el derecho al honor/reputación, en tanto se vierten hechos deshonorosos, y el derecho a no ser discriminado. Y todo lo anterior sin descuidar, como apunta DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, que el art. 510.2 CP exigía la difusión de tales informaciones/hechos, lo que implicaba ya de por sí una caracterización pública de la conducta que no es predicable de todo delito de injurias. Por último, LAMARCA PÉREZ creía ver el auténtico *quid* de la cuestión en el sentido de tutela, puesto que si el art. 510.2 CP protegía de informaciones ofensivas a los colectivos, el delito común (p.ej.: injurias) agravado ex art. 22.4 CP servía para los casos en que fueran individuos concretos los concernidos. Véase: AMADEO GADEA, *Código penal. Parte especial*, p. 851; AMADEO GADEA, *Código penal. Doctrina*, p. 835; GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho penal y la discriminación*, p. 263; CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, «Artículo 510», p. 2003; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 707; CANCIO MELIÁ, «Artículo 510», p. 1276; BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, pp. 85-86; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Delitos en el ejercicio de derechos», p. 510; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, p. 376; LAMARCA PÉREZ, «Tema 24. Delitos» (2013), p. 801. Véase también las referencias a este asunto contenidas en el apartado «3.3.2.3. Conductas típicas y generación de riesgo» del *Bloque III*.

⁷⁰⁸ Véase: VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos*, p. 295; VELASCO NÚÑEZ/SANCHÍS CRESPO, *Delincuencia informática*, p. 210.

⁷⁰⁹ Aunque de forma testimonial, DE PORRES ORTIZ DE URBINA también alude a un problema concursal frecuente entre el art. 510.2.a) CP y, por ejemplo, los delitos contra el honor (arts. 207 y 208 CP). No obstante, siguiendo el planteamiento de autor, la razón de lo anterior radicaría en que el art. 510.2.a) CP habla de “*acciones*” que entrañen humillación, menosprecio o descrédito, en lugar de “*discursos*” o “*expresiones*”. Esto, a nuestro juicio, parece un planteamiento hasta cierto punto infundado o falto de contenido, ya que no sólo es el art. 510.2.a) CP que no habla de discursos o expresiones, sino que en ninguna de las conductas que integran el art. 510 CP consta tal precisión. Parece evidente, por tanto, que el legislador apunta a “*acciones*” expresivas. De cualquier forma, visto lo anterior y dado que parece obviarse la posibilidad de aplicar la agravante del art. 22.4 CP a los referidos delitos contra el honor, resulta evidente que la referencia debe entenderse hecha a un concurso de delitos. DE PORRES ORTIZ DE URBINA, «El delito de discurso», pp. 285-286.

es la resolución del concurso de leyes en detrimento del delito de injurias (art. 208 CP) cuando no medie la agravante del art. 22.4 CP, lo cual parece acertado⁷¹⁰. Más bien resulta discutible que no se valore y, por tanto, que tampoco se alcance a razonar el posible uso de la agravante anudada al delito de injurias en estos casos. Para estos supuestos, la situación cambia. En opinión de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, el recurso a la agravante genérica del art. 22.4 CP a efectos de valorar una colisión aparente de normas penales debiere llevar a la conclusión de que, en realidad, no cabe siquiera tal planteamiento de inicio. No existe tal concurso puesto que, si hiciéramos la ficción de que existe, cualquiera de los tipos penales enfrentados debería estar en disposición de aprehender todo el desvalor que se representa en el hecho cometido⁷¹¹. Lógicamente, la consideración de la agravante implica que ese desvalor añadido se pierda tan pronto como dejemos de considerar tal elemento accidental⁷¹². A este respecto, GARCÍA ALBERO se pronuncia en términos lo suficientemente claros: «[L]a utilización de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en aras a atender todos los aspectos del

⁷¹⁰ Además, este no es un planteamiento novedoso. BERNAL DEL CASTILLO, quien ya hemos visto que calificaba el anterior art. 510.2 CP de modalidad *sui generis* de injurias (delito de injurias discriminatorias), o injurias cualificadas precisamente debido al componente de discriminación, estimó en 1998 que las relaciones conflictivas entre ese precepto y el delito de injurias (art. 208 CP) se dilucidarán a través del concurso de leyes, entrando entonces en juego la regla del criterio de especialidad (art. 8.1ª CP). Así también parece sugerirlo CAMARERO GONZÁLEZ, quien sólo concibe como típica la injuria especialmente cualificada. La clave de esta cualificación, según este autor, será el atentado a la dignidad. Por su interés, reproducimos a continuación unas breves palabras sobre esta tesis de autor: «El criterio determinante será si la persona perteneciente al grupo de población concernido ha sido alcanzada en el núcleo irrenunciable de su personalidad. Este es el caso, por ejemplo, si se le impide el desarrollo de una esfera importante de su personalidad, o si es tratado como persona de menor valor con menosprecio del principio constitucional de igualdad o si su derecho a vivir en comunidad es puesto en duda o relativizado». De este modo, el art. 510.2 CP parte de la estructura del delito de injurias, para luego añadir nuevos elementos que le dotan de una mayor especialidad. Desde otra lógica más actual, PORTILLA CONTRERAS indica también que el concurso de normas se dirimirá conforme al criterio apuntado, puesto que el art. 510.2.a) CP no sólo protege el derecho al honor o a la integridad moral del afectado, sino también la dignidad de la víctima y el derecho a la igualdad del colectivo al que ésta pertenece. Esta posición de autor es seguida, a su vez, por OTERO GONZÁLEZ. Por su parte, TAMARIT SUMALLA indica que para los casos en que el vigente art. 510.2 CP no actúe como norma especial, lo lógico será mantener su aplicación preferente por vía del criterio de alternatividad o mayor gravedad (art. 8.4ª CP). Como vemos, el conflicto de leyes se resolvería en favor del art. 510.2 CP. Véase: BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 92; CAMARERO GONZÁLEZ, «Algunas notas», p. 15; PORTILLA CONTRERAS, «La represión penal», p. 406; GARROCHO SALCEDO/PORTILLA CONTRERAS, «Delitos de incitación», p. 936; OTERO GONZÁLEZ, «Delitos contra el honor», pp. 1548-1549; TAMARIT SUMALLA, «Artículo 510» (2016), p. 1670; FGE, *Circular 7/2019* (2019), p. 55.

⁷¹¹ Eso sí, autoras como CASTELLÓ NICÁS defienden que debería siempre primar «la interpretación de los preceptos que concurren, para determinar de entre todos ellos cuál califica mejor la conducta, esto es, cual se adecúa mejor al supuesto fáctico». Siendo así, sin referirnos a uno u otro caso en concreto, cuesta creer que el art. 510 CP –y, con ello, las dificultades interpretativas que arrastra este precepto tan cuestionado– encaje de forma natural en la mayoría de los supuestos que llegan a conocimiento de nuestros jueces y tribunales. Por tanto, en un concurso en el que una de las normas deba ceder en beneficio de la otra (concurso de leyes), será el juez quien atribuya funciones a una y a otra para que pueda dirimirse dicho concurso como corresponda. Véase CASTELLÓ NICÁS, *El concurso*, p. 191.

⁷¹² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, pp. 480-481 (en concreto, la nota al pie 398).

hecho, vendría precisamente a confirmar la insuficiencia del tipo delictivo aisladamente considerado en la captación del total contenido disvalioso de la conducta»⁷¹³. Si lo anterior es correcto y no hay concurso de normas posible, entonces no se alcanza a entender por qué, como hace notar QUINTERO OLIVARES, artículos como el 510 CP podrían llegar a «vaciar» en ocasiones el espacio aplicativo no ya de delitos básicos de referencia como las injurias, calumnias o amenazas, sino también –y aquí parece que radica el problema (no concursal)– el de la agravante genérica del art. 22.4 CP⁷¹⁴.

Sean o no de índole concursal, que ahora vemos claramente que no, estos problemas de tipicidad (y que se traducen en la laguna de impunidad que antes mencionábamos) se estarían dando con más asiduidad en casos de «perfil bajo» en la red. De hecho, es el entorno cibernético donde la sensación de impunidad de autor, el alcance e inmediatez de lo expresado, y el estado de agitación social y político permanente en que estamos inmersos alcanza su cota más alta. Todo lo anterior supone que, hoy por hoy, sea más probable que nunca que las expresiones soeces, amenazantes, injuriosas, etc. acaben por judicializarse⁷¹⁵. Un ejemplo bastará para conocer esta realidad, si bien ha de decirse que muchos de estos casos ni tan siquiera llegan a conocimiento público. Es una realidad oculta que, no por poco conocida, deja de ser habitual en el día a día de nuestros juzgados.

Manuel Villadonga Franco, un ultraderechista mallorquín de 43 años, sería enjuiciado a finales de 2020 por una serie de comentarios en *Facebook* que, según opinión coincidente de la Fiscalía Provincial de Valencia y la acusación particular, eran constitutivos un delito previsto en el art. 510.2.a) CP. Los hechos objeto de acusación se remontan al día 24 de abril de 2017, cuando Villadonga arremete contra Rafael Aguado Tarazona, director de un despacho de asesoría legal en Valencia, quien recientemente había anunciado que presentaría su candidatura como independiente en las primarias de

⁷¹³ GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” material, p. 378.

⁷¹⁴ QUINTERO OLIVARES, «Cap. IV. De las circunstancias» p. 313.

⁷¹⁵ Ahora bien, en el caso concreto de las injurias, es preciso matizar algunos prejuicios que predisponen a la acción penal cuando en realidad no debería ser así. Si bien es indiscutible que las redes sociales alimentan continuamente el espacio digital con comentarios que, en abstracto (o en otros contextos), pudieran tenerse por delictivos, no debe desconocerse que las injurias tendrán tal consideración cuando “*por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves*” (art. 208 CP). Este último matiz es importante, por cuanto existen usos y costumbres de interacción *online* que no atienden a dinámicas discursivas o a formas de comportamiento y decoro que pudieran prevalecer *offline*. El relajamiento y la distensión propia del ciberespacio también impacta, como no podría ser de otra forma, en lo que puede o no adquirir la gravedad mínima exigible para una comunidad de usuarios. Las claves vienen marcadas por el entorno en que estos últimos actúan.

la formación política Podemos para las elecciones a las Cortes Valencianas. Precisamente, en respuesta a ese anuncio y sin que conste que se conocieran de nada, Villadonga responde publicando lo siguiente: «*Rafa, me cago en ti y tu comunismo, chavista de mierda, proasesino de tu pueblo de querer que tu pueblo pase miserias, repito me cago en ti y en tu comunmierdas hijo de perra*» (24 de abril de 2017)⁷¹⁶. Este comentario público lo deja en una cuenta de *Facebook*, la de Aguado, que contaba en ese momento con más de 10.000 seguidores –y, añadimos, potenciales lectores– en esa red social.

Sobre este primer mensaje, la Audiencia Provincial de Valencia entiende que “(...) contiene calificativos expresivos de su desprecio por el destinatario (...), desprecio motivado por la proximidad ideológica que el acusado debió deducir que tenía el señor [Aguado] a un partido político al que el acusado desprecia por ser –a su particular criterio– filocomunista y "chavista"” (SAP de Valencia núm. 468/2020, de 19 de noviembre, FJ 1). La cuestión es que, a raíz de ese primer mensaje, diferentes usuarios reprocharon la actitud de Villadonga, quien seguiría respondiendo a esos comentarios con igual o mayor dureza, pero con un trasfondo político muy marcado y presente en todo momento⁷¹⁷. La Audiencia Provincial de Valencia, realizando un análisis individualizado del contenido de todos esos mensajes, llega a decir que el acusado emplea de forma reiterada “(...) expresiones ofensivas, vejatorias, despreciativas (...) que mezcla con expresiones reveladoras de su desprecio, no sólo por la persona destinataria, sino por quienes profesan la ideología que (...) [Villadonga] parece presumir que profesa el

⁷¹⁶ Aunque parezca evidente que no es el caso, cabe recordar que el Tribunal Constitucional matizó en su día que una simple referencia sobre las afinidades políticas de otra persona no constituía un insulto. En concreto, la STC 173/1995, de 21 de noviembre, recogía el siguiente razonamiento: “*Las ideas políticas y las adscripciones correspondientes son siempre legítimas con tal de que respeten los principios del Estado de Derecho establecidos por nuestra Ley fundamental. Las ideas evolucionan y lo que un día decide el pueblo como más oportuno, en otra ocasión lo rechaza o lo modifica sin que ello suponga otra censura que la que deriva del ejercicio legítimo de las correspondientes opciones. Por ello, decir de alguien que es afín a unas u otras ideas políticas no significa insulto*” (FJ 5). El insulto, por lo demás, es un límite claro a la protección constitucional que se brinda en materia de libertad de expresión. En detalle, véase el apartado «3.3.1.1. Consideraciones iniciales en materia de libertad de expresión» del *Bloque III*.

⁷¹⁷ Los restantes comentarios que publica el acusado, que constan también en el relato de hechos probados, fueron los siguientes: «*Pero pedazo de idiota podemierdas me cago en ti y en tu comunismo tú ladras mierda y yo te digo lo que hay, eres un idiota que está a favor de matar a tu pueblo como el inmaduro, que bueno fue don Francisco con vuestros abuelos ARRIBA ESPAÑA hijos de la gran puta, os ganamos en dos guerras civiles y os volveríamos a ganar panolis de mierda y repito ARRIBA ESPAÑA HIJOS DE LA GRAN PUTA*» (24 de abril de 2017); «*El único problema es eliminar mierda comunista como vosotros me cago en vuestra madre que bueno fue don Francisco Franco con vuestros abuelos joder*» (24 de abril de 2017); «*Rogelios de mierda al paredón, que blando fue don Francisco Franco con vuestros abuelos ARRIBA ESPAÑA cabrones comunistas*» (24 de abril de 2017); «*Podemierdas os daba p'al pelo cabrones chavistas podemierdas*» (24 de abril de 2017);

remitente del mensaje al que contesta” (SAP de Valencia núm. 468/2020, de 19 de noviembre, FJ 1).

Pues bien, por de pronto, interesa destacar que la Audiencia Provincial de Valencia llega a la conclusión de que de tales hechos probados no se desprende que el acusado hubiera cometido una conducta que reuniera los elementos necesarios para integrar la conducta típica del art. 510.2.a) CP. En general, sin ánimo de profundizar todavía sobre esta cuestión⁷¹⁸, entiende la Audiencia que los mensajes no son aptos para impactar en su audiencia y de forma tal que hiciera sospechar –con visos de certeza, realismo e inmediatez– una respuesta ciudadana violenta en la dirección pretendida. Ni el contexto⁷¹⁹ ni las condiciones que rodearon tales expresiones fueron suficientes para inferir la peligrosidad requerida en sus palabras, puesto que se trataba de un cruce dialéctico que se prolongó por unos tres días y sin constancia de que fuera un espacio virtual –es decir, el muro de *Facebook* de un militante de Podemos– frecuentado por personas afines al discurso de Villadonga⁷²⁰, lo que viene avalado por la prácticamente nula repercusión o muestras de adhesión a sus mensajes por parte de otros usuarios⁷²¹. En definitiva, y lo que interesa poner en este apartado en valor, es la conclusión a la que llega la Audiencia Provincial de Valencia: “[S]i bien los mensajes del acusado se extralimitaban del ámbito de lo protegible por la libertad de expresión, no por ello son constitutivos del delito por el que se formuló acusación” (SAP de Valencia núm. 468/2020, de 19 de noviembre, FJ 2 *in fine*). La pregunta que queda en el aire es, como antes hemos apuntado, si también se hubiera determinado la libre absolución del encausado con una acusación diferente –o, a lo sumo, alternativa– a la que se tuvo a bien emplear. Al margen de que la crítica política constituye una parcela expresiva que goza de una protección singularmente reforzada, la duda surge en torno a una acusación que hubiera decidido incorporar la agravante genérica del art. 22.4 CP, abarcando todo el desvalor de la conducta al incorporarse a un

⁷¹⁸ Nuevamente, nos remitimos aquí a lo desarrollado en el apartado «3.3.2. Aspectos de legalidad penal ordinaria sobre el delito de discurso de odio punible (art. 510 CP)» del Bloque III.

⁷¹⁹ Entre otras cuestiones, la sentencia hace hincapié en que “no hay constancia” de que Villadonga enviara los referidos mensajes “en un contexto de enfrentamiento en el que existieran tensiones graves por discursos de persecución o gravemente excluyentes contra afiliados o simpatizantes del partido Podemos” (SAP de Valencia 468/2020, de 19 de noviembre, FJ 2).

⁷²⁰ Lógicamente, esto parece evidente desde el momento en que los comentarios escritos por el acusado estaban publicados en forma de comentario en la cuenta de Aguado en *Facebook*.

⁷²¹ Este aspecto se volverá muy importante en el desarrollo de esta tesis, por lo que volverá a traerse a colación esta sentencia en el epígrafe «b) Jurisprudencia española: ¿una practicidad mínima?» del apartado «3.3.3.2. Estudio doctrinal y jurisprudencial (art. 510.3 CP)» del Bloque III.

tipo penal vinculado a algún delito de expresión⁷²². O, incluso, por lo explícito del componente discriminatorio en el mensaje y siguiendo la propuesta doctrinal de ARROYO DE LAS HERAS antes referida⁷²³, también podría valorarse la mera acusación –insistimos, cuando menos alternativa a la principal– por un delito de injurias, pero sin que medien circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Esto sería, de hecho, lo que venía sucediendo en diferentes casos⁷²⁴ aislados con resultado de condena por insultos en la red, que además de haber sido pioneros en este sentido todos han tenido lugar durante esta última década:

- Por ejemplo, en el año 2013 un ciudadano catalán fue condenado por un delito de injurias con publicidad realizadas en un foro de Internet creado por él mismo. Las expresiones empleadas estuvieron dirigidas al entonces candidato a la presidencia de la Junta de Extremadura, José Antonio Monago Terraza, en unos hechos que se remontan al año 2010. El condenado a una pena de doce meses de multa, a razón de siete euros diarios, y a realizar una indemnización a la víctima de dos mil quinientos euros en concepto de daños morales, se refirió al candidato extremeño en los siguientes términos (entre otros muchos comentarios similares): *«una burguesía llena de corruptos y chorizos como es este HIJO DE PUTA en mayúsculas de Monago, que con su desidia ha llevado a Extremadura a ser la Comunidad más pobre de España. Porque sólo un hijo de una gran puta, puede decir las mentiras que dice, siendo los extremeños los que más chupan de España y por tanto de Catalunya (...)*»; o *«pues yo me cago en su puta madre por cabrón, mentiroso, racista anticatalán y naturalmente por ser un hijo de la gran puta»*. Según destaca de la sentencia, eran expresiones de contenido absoluto y formalmente vejatorio e injurioso, que aparte de la gravedad de las mismas resultaban innecesarias para ejercer el derecho de opinión y crítica política. La publicidad de las injurias es clara, entiende el juzgador, desde el momento en que sus palabras permanecieron al menos durante dos años en la red,

⁷²² De hecho, además de lo injurioso, existen posos del contenido amenazante en las palabras de Villadonga, alegando el denunciante Aguado que “(...) dado el contenido de los mensajes, que interpretó como expresivos de que el emisor le deseaba la muerte, pensó que quizás quien los emitía podía ir a por él por no soportar al partido político en el que él desarrollaba actividad y participaba” (SAP de Valencia 468/2020, de 19 de noviembre, FJ 1).

⁷²³ ARROYO DE LAS HERAS, «Los motivos racistas», pp. 120-121. De la misma opinión, véase una breve referencia en ARIAS EIBE, “Non bis in idem y concurso”, p. 98.

⁷²⁴ Son casos en que, además de las penas impuestas, destaca el emplazamiento al condenado para que publique el fallo condenatorio íntegro en sus respectivos perfiles sociales en la red (art. 216 CP).

dando lugar a debates entre usuarios y siendo plenamente accesibles para su consulta a quien así lo quisiera. En concreto, se recoge que “*tales comentarios no fueron realizados en un circuito de amigos, sino en un foro de internet, con difusión, que por otra parte era la pretendido por su autor*”. Entre otras cuestiones, se destaca en el razonamiento jurídico que “*(...) existe un ánimo de menospreciar y menoscabar no solamente la dignidad y el honor del Sr. Monago, sino de todo el pueblo extremeño*”, para acto seguido afirmar que estamos ante “*(...) la tiranía de la palabra (amén de la comisión del delito), que recuerda las ideas de ciertos regímenes totalitarios del pasado del continente europeo, sobre determinados pueblos*” (Sentencia 358/2013 del JP Núm. 1 de Badajoz, de 15 de octubre).

- Otro ejemplo es el de un joven leridano, conocido como *Ximicomix* en *Twitter*, que fue condenado por un delito de injurias graves con publicidad a cinco meses de pena de multa, a razón de dos euros diarios, y a realizar una indemnización a la víctima de mil euros en concepto de daños morales. En mayo de 2012, este usuario empleó otra red social, *Facebook*, para crear un evento llamado «*Hamor [sic] para Cristina Cifuentes en Twitter*», al que incorporaba un texto explicativo. En él se promovía el uso de la frase «*¡Calla puta, que no tienes dignidad!*» de forma simultánea y masiva en *Twitter* contra Cristina Cifuentes Cuencas, por aquél entonces delegada del Gobierno en la Comunidad de Madrid (2012-2015). El evento también se publicitó en *Twitter*, logrando que un total de cuarenta y cuatro usuarios en *Facebook* mostraran su conformidad con el planteamiento del mismo. El día del evento Cifuentes recibió una oleada de mensajes que, según consta en los hechos probados de la sentencia, atentaban contra su dignidad. Finalmente, el acusado reconoció los hechos y mostró su conformidad con la pena antes referida (Sentencia 169/2014 del JP Núm. 24 de Madrid, de 6 de mayo).
- Un ejemplo más reciente es el de la condena recaída, también por injurias con publicidad en Internet, sobre la entonces diputada de Ciudadanos en *Les Corts Valencianes* por Castellón, Cristina Gabarda Ortín. En concreto, Gabarda fue condenada por publicar en *Facebook* en diciembre de 2015 un fotomontaje (fotografía alterada) de Miguel Barrachina Ros, quien pocos años después se convertiría en presidente del PP de la provincia de Castellón (2017-2021). En ese fotomontaje, que al parecer apenas se mantuvo durante unos minutos en el muro de *Facebook* de la

condenada y que había sido elaborado por un tercero no identificado en la causa, aparecía Barrachina tras las rejas de una prisión, vestido de recluso y con el siguiente texto superpuesto a la imagen: «*Miguel Barrachina imputado por corrupción*». Según consta, al no imputársele un hecho delictivo concreto que pudiera dar lugar a un delito de calumnias, la causa se reabrió posteriormente por un delito de injurias graves y públicas, calificación por la que recae finalmente condena en Sentencia 187/2019 del JP Núm. 4 de Castellón de la Plana, de 26 de abril ⁷²⁵. En ella se determina, respecto a la víctima, que “*es claro el daño causado a su fama y dignidad, sufriendo al conocer la publicación el disgusto, temor e indefensión propia de quien se ve sometido a las urnas en pocas horas, pues se enfrentaba a elecciones pocas horas después (...)*” (FJ 3). Gabarda sería condenada a una pena de ocho meses de multa, a razón de doce euros diarios, a realizar una indemnización a la víctima de mil quinientos euros en concepto de daños morales.

- Por último, nos referiremos al caso que involucró a Carmen Moriyón Entrialgo, entonces alcaldesa de Gijón y actual presidenta de Foro Asturias, por unas injurias contra su persona realizadas con publicidad a través de *Facebook* en septiembre de 2017. El condenado, Abelardo Villa, con motivo de una aparición pública de la alcaldesa, publicó el siguiente texto en *Facebook* que borró minutos después: «*En Asturias no te queremos, excelentísima, mejor estabas en la fosa común de Ceares, Gijón, pidiendo perdón de rodillas, donde el padre y el abuelo del líder de tu partido asesinaron, después de torturar, a miles de hombres y mujeres. Cerda, puerca, fascista, perra*». Si bien estos últimos calificativos motivaron su condena por delito

⁷²⁵ En cuanto a la gravedad, se recoge lo siguiente: “*(...) se dice que si algo estigmatiza a un político ante la sociedad es vincularlo a un caso de corrupción y una falsa imputación en ese sentido es muy grave, precisamente hecha dos días antes de las elecciones generales a las que concurría el querellante como candidato nº 1 por su partido al congreso de los diputados*” (FJ 2). En definitiva, se concluye lo siguiente: “[P]ermite, al colgar unos minutos en una red social, que otros vean un fotomontaje, con expresiones gratuitas, ofensivas e innecesarias, afirmando que un político conocido en la región está imputado por corrupción, incluyendo una fotografía alterada que permite verlo vestido de preso, es grave para la generalidad de las personas lesionando su honor” (FJ 3). En cuanto a la publicidad, pese a que aparentemente transcurrió un breve espacio de tiempo entre su publicación y su retirada y que el juzgado instructor entendía por ello que no podía hablarse de “*pública difusión*”, se terminaría estimando que ese tiempo era suficiente para que el mensaje obtuviera difusión, aunque sólo fuera por el número de seguidores que tenía la acusada. En concreto, se destaca que “*(...) es indiscutible que estuvo el montaje expuesto en el perfil de la querellada y hubo personas que lo vieron y leyeron, porque precisamente un periodista de un medio de comunicación fue quien lo comunicó al querellante*” (FJ 2). En suma, parece evidente que el fotomontaje “*(...) se publica en una red social y llega al menos a los que accedieron, directamente, a ese Facebook y, de rebote, a varios periodistas*” (FJ 3). Esta sentencia sería confirmada por SAP de Castellón 33/2020, de 24 de enero.

de injurias, lo cierto es que en la sentencia de conformidad dictada en septiembre de 2019 también quedó incorporada la agravante genérica del art. 22.4 CP por motivos ideológicos. Todo ello a pesar de que Villa escribiera una carta de disculpa pública⁷²⁶ pocos días después de los hechos acontecidos. La condena recaída se concretó en una pena de multa de mil ochenta euros y una indemnización a la afectada de quinientos euros en concepto de daños morales ocasionados⁷²⁷.

Los anteriores ejemplos, si se hacen los paralelismos oportunos, invitan a la reflexión sobre la calificación jurídica más adecuada en relación al caso del ultraderechista mallorquín Villadonga. Por de pronto, si bien se ha dicho con anterioridad que la jurisprudencia se ha desentendido al respecto, parece evidente que debería poder concretarse una pauta comunicativa con una proyección y una afección mayor a miembros del colectivo de referencia y, por tanto, más allá de la persona directamente involucrada en los hechos. En el caso que nos ocupa, aunque a primera vista no se daría esta precondition, se pueden extraer aspectos de un interés notable y que invitan a la reflexión. Ante todo, no puede obviarse que la cuenta donde se publica el mensaje tenía más de 10.000 potenciales lectores que es presumible que sean de la misma corriente de opinión que el denunciante. Que no hayan existido muestras de rechazo suficiente al mensaje de Villadonga no debería hacer pensar que el mensaje no ha sido leído –y, por tanto, sufrido– en la distancia por cada uno de esos seguidores⁷²⁸. El sentimiento de inquietud, inseguridad o impacto emocional, a través de palabras que anticipan la pretensión de hacer un mal o de aquellas otras que simplemente lesionan la dignidad de un sujeto por lo que éste representa, no sólo puede, sino que suele ser compartido sin necesidad de ser verbalizado. Existe, pues, una diferencia cualitativa entre la posible aplicación de un delito de expresión agravado por el art. 22.4 CP y otro que directamente quedara incardinado en alguna de las conductas punibles previstas en el art. 510 CP.

⁷²⁶ “La carta de disculpa del hombre que insultó a Moriyón”, *La Voz de Asturias*, 14 de septiembre de 2017.

⁷²⁷ “El acusado de insultar a Carmen Moriyón acepta el pago de 1.580 euros”, *El Comercio*, 18 de septiembre de 2019.

⁷²⁸ El problema aquí es que no siempre se detalla en los hechos probados el número de seguidores (o lectores en potencia) de unos comentarios alojados en alguna red social. Este es el caso de la SAP de Soria 10/2021, de 18 de enero, en que directamente no consta este extremo al valorar la procedencia de integrar una conducta en el art. 510.2 CP. En cualquier caso, el sentido de la argumentación que se ofrece es similar a la ya vista para el caso que ya ha sido analizado: “(...) [E]l mensaje no tuvo más difusión que su lectura por la destinataria, entre otras cosas, porque nada de lo contrario se fija en el relato de hechos probados, ni se deriva del examen de la declaración testifical [de la víctima] (...) que el citado mensaje tuviera más difusión, ni más repercusión. (...) [E]l mensaje en cuestión no suscitó ni comentarios, ni reacciones entre los usuarios de Instagram” (FJ 1).

Ambos conservan esa dimensión de afectación supraindividual, si bien el canal empleado para cometer el delito, Internet, quizás permita que en casos como el anterior el planteamiento de partida cambie por completo. Posiblemente, insistimos, sería más pertinente disponer de una agravante con mayor autonomía y peso en los escritos de calificación para este tipo de casos tan típicos en la red.

La generalización de esta práctica, de la que el caso anterior representaría un claro ejemplo, hace entrever que existe una zona fronteriza especialmente conflictiva entre la agravante del art. 22.4 CP y el art. 510 CP por captar el discurso de odio punible en el ámbito de las nuevas tecnologías. El espacio aplicativo del art. 510 CP parece que tiende a imponerse y ganar terreno, si bien resulta incomprensible que así sea. La sensación es que las acusaciones, en su búsqueda por una opción que permita el recrudecimiento punitivo, entienden que el delito de injurias dispone de una pena intrascendente o baja. De este modo, la agravación del art. 22.4 CP no supondrá una alteración que marque suficientemente la diferencia entre un actuar con y sin los móviles deplorables o viles (p.ej.: racismo, homofobia, etc.) que guiaban la conducta de autor. Presumiblemente, la Fiscalía estaría incentivando, a la par que esta vía más punitiva de interpretación legal (es decir, la que otorga preferencia o protagonismo absoluto al art. 510.2.b) CP), la vía de la condena dictada por conformidad. De hecho, esta práctica parece haberse estandarizado para todo el catálogo de conductas discursivas de odio recogidas en el art. 510 CP⁷²⁹.

⁷²⁹ Este es el caso, entre otras, de la sentencia condenatoria de conformidad recaída sobre un vecino tinerfeño por publicar tanto en *Twitter* (perfil público, con unos 270 seguidores) como en *Facebook* (perfil semipúblico, con cerca de 5.000 contactos) mensajes que incitaban a ejercer acciones violentas contra la población musulmana y los inmigrantes en general (art. 510.1.a) CP), mezclados con otros muchos de ideología extremista de derechas. De entre todos ellos, haciendo ahora una mera selección (y corrigiendo su deficiente redacción), destacamos los siguientes: «hijo de puta, negro de mierda, yo ya armado para todos los días, y el primero va a pagar por todos», «me están dando ganas de dejarlo todo y dedicarme solo a matar moros, a ver si así cogen miedo y no vienen», o «tenemos que acabar con esta enfermedad musulmana que tiene España y Europa, la peste negra». La pena impuesta fue de dos años de prisión y multa de seis meses, a razón de tres euros diarios (SAP de Sta. Cruz de Tenerife 141/2021, de 21 de abril). También con la conformidad del acusado se acabó dirimiendo la que, según se dice, ha sido la primera condena recaída en España por incitación al odio en Internet (Sentencia 271/2006 del JP Núm. 2 de Lleida, de 16 de noviembre)

Ejemplos como los anteriores, en que la conformidad del acusado pone fin al proceso penal, son bastante más comunes una vez se acude a repositorios digitales de prensa: “Condenado un neonazi por difundir mensajes de odio en un foro de Internet”, *El País*, 12 de abril de 2012; “Condenado a dos años por publicar en redes sociales mensajes "vejatorios" contra el colectivo árabe”, *Europa Press*, 31 de mayo de 2017; “Condenado a un año y tres meses de cárcel por odio a los independentistas”, *El Periódico de Catalunya*, 25 de enero de 2018; “Condenado en Palma por publicar decenas de tuits homófobos y racistas”, *Diario de Mallorca*, 12 de diciembre de 2018; “Seis meses de cárcel por llamar "golfas y guarras" a las manifestantes del 8-M”, *Diario de Sevilla*, 17 de septiembre de 2019; “Un año de cárcel por publicar mensajes contra la Policía en Facebook”, *La Voz de Avilés*, 25 de febrero de 2021; “Condenado a un año y nueve meses de cárcel por pedir que se carguen de "un tiro en cabeza a toda esa gente del PP y Vox””, *Confitegal*, 13 de

Esto, en nuestra opinión, devalúa el umbral de exigencia del tipo en su conjunto, generando la sensación de ser un recurso de gran utilidad y de buen pronóstico judicial. Como bien reflexiona VARONA GÓMEZ, en contra de lo que parecen sugerir hoy algunos tribunales, la tendencia a acelerar los cauces procesales para finalizar con la conformidad del acusado no se debe a un aumento real de la criminalidad, sino más bien al «incesante aumento de la criminalización de conductas»⁷³⁰. En nuestro caso, como venimos diciendo, se estaría forzando un ansioso encaje típico de conductas en el 510 CP, que no está preparado para ello. La conformidad no es sino la vía rápida para evitar que, aquello que debió ser inadmitido a trámite en un primer momento, llegue a ser debatido mínimamente para determinar su adecuación a derecho.

El envés de todo lo anterior es que avanzamos hacia «cierta desprotección del honor» o «infraprotección del honor» en tiempos de Internet. Así lo cree también LASCURAIN SÁNCHEZ, quien advierte de que asistimos impasibles a observar cómo conductas expresivas que favorecen una vulnerabilidad mayor de bienes tan ligados a la condición humana (p.ej.: honor o dignidad), no estarían recibiendo la atención y tratamiento que merecen⁷³¹. En otras palabras, el sistema de justicia penal descuida o se desentiende de su protección. En concreto, el autor defiende que debe fortalecerse la lucha contra las injurias o calumnias totalmente desconectadas de cualquier información u opinión sobre asuntos de interés público (expresión no política) que proliferan en el entorno digital. Todo lo anterior, insiste el autor, no equivale a realizar un alegato para debilitar la garantía de protección tan alta que merece la expresión política (es decir, expresiones relativas a asuntos de interés público o de organización colectiva)⁷³². La idea de reforzar la vía penal por un lado (expresiones no políticas) y el hecho de mantener un estándar de protección alto para evitar limitaciones ilegítimas de la expresión política no son posturas

mayo de 2021; “Condenado un vecino de Ourense por mensajes en un foro de internet que incitaban al odio contra la comunidad gitana”, *Europa Press*, 15 de junio de 2021.

⁷³⁰ VARONA GÓMEZ, “La cara oculta”, p. ix.

⁷³¹ Siguiendo de cerca el *modus operandi* del Tribunal de Estrasburgo a efectos de valorar los límites al derecho a la libertad de expresión, ELÓSEGUI ITXASO indica que precisamente en tiempos de Internet y «ante el aumento de palabras racistas e insultantes, difamatorias o calumniosas» debe ponerse en valor el principio básico de respeto a la dignidad de todo ser humano. ELÓSEGUI ITXASO, “El principio de proporcionalidad”, p. 28.

⁷³² Sobre lo que constituye o no expresión política y las razones para su protección como núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad de expresión, nos remitimos al subapartado «3.3.1.1. Consideraciones iniciales en materia de libertad de expresión», del apartado «3.3.1. Libertad de expresión y sus límites» del *Bloque III*.

encontradas o incompatibles⁷³³. Sobre qué vía penal ha de ser reforzada, LASCURAIN SÁNCHEZ deslizaba hace años que la «adecuada prevención penal» de los delitos de odio –o, según defiende el propio autor, de los «delitos de discriminación»– la brinda una circunstancia agravante y no un tipo penal específico⁷³⁴.

Las dudas acerca de la calificación más conforme a derecho conllevan, como casi siempre, un campo abonado para el abuso. Sin embargo, adelantando ya algunas consideraciones sobre estándares internacionales sobre el discurso de odio, la aplicabilidad de preceptos como el art. 510 CP debe quedar lo más limitada posible. Es decir, debe quedar bien sujeta por diferentes elementos de restricción típicos. Esta lectura restrictiva del tipo penal es la que permitirá, además, compatibilizarlo con el derecho a la libertad de expresión. Si se nos permite el paralelismo, al igual que podría suceder con las injurias, también existen diferentes grados de maltrato. Como explica AMBOS, de seguirse la «teoría de los grados» implantada por el TEDH, podría hablarse de maltrato ordinario, trato inhumano y tortura⁷³⁵. Respecto al maltrato ordinario o los malos tratos (*ill-treatment*), el Tribunal de Estrasburgo indica en *Irlanda c. Reino Unido* (1978) que será necesario “*un mínimo de gravedad*” para que puedan situarse en la órbita del trato inhumano (*inhuman treatment*) y la tortura (*torture*)⁷³⁶. No obstante, a la hora de determinar cuál sería esa gravedad mínima exigible para que los malos tratos escalen a otras realidades punibles, deberá atenderse siempre al caso en concreto. En otras palabras, no existe una pauta general que sirva para distinguir en abstracto los diferentes grados de maltrato con independencia de los hechos y las circunstancias que rodean al caso en particular. Se trata de una valoración “*relativa por naturaleza*” y, como tal, muy condicionada por diferentes variables⁷³⁷. Por último, si bien el efecto combinado o cumulativo de infligir a una persona lesiones corporales (*actual bodily harm*) y/o

⁷³³ Según la tesis que sostiene este autor, las expresiones no políticas y de carácter marcadamente ofensivo estarían aprovechándose de la protección reforzada que se brinda a la expresión política. Es decir, de un «efecto contagio» de generosidad injustificado en detrimento del honor como bien jurídico protegido. Unas breves palabras servirán para reflejar esta idea: «La expresión no política se ha convertido en una especie de hermana gorriona de la expresión política, colándose en la fiesta propia de su privilegiado estatus. Y esto, que no nos pareció nunca muy grave, hoy lo es debido a la red». En detalle, véase LASCURAIN SÁNCHEZ, “Todo a la vez”, pp. 131-133.

⁷³⁴ LASCURAIN SÁNCHEZ, «¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación?», pp. 29 y 35.

⁷³⁵ En detalle, véase AMBOS, *Terrorismo, tortura y Derecho penal*, pp. 27-29.

⁷³⁶ STEDH, *Irlanda c. Reino Unido*, 18 de enero de 1978, § 162.

⁷³⁷ El Tribunal se refiere a observar el “conjunto de los datos del caso”, pero muy especialmente la “duración de los malos tratos” y sus “efectos físicos o mentales”. También alude a que se tengan en cuenta, en función del caso, aspectos como el “sexo”, la “edad”, o el “estado de salud” de la víctima, entre otros. STEDH, *Irlanda c. Reino Unido*, 18 de enero de 1978, § 162.

sufrimientos físicos y mentales intensos (*intense physical and mental suffering*) puede llegar a caracterizarse como trato inhumano, ello no tiene por qué ser suficiente aún para constituir tortura. Para esto último, según se sostiene en *Irlanda c. Reino Unido* (1978), habrá de ocasionarse un “*sufrimiento de particular intensidad y crueldad*” (*suffering of particular intensity and cruelty*)⁷³⁸.

Todo lo anterior, aplicado a nuestro objeto de estudio, sugiere que quizás no sea del todo realista ni aconsejable tratar de ordenar los diferentes grados de injurias. Ni mucho menos que la solución sea la de conceder al delito de difamación/injurias colectiva del art. 510.2.a) CP un carácter de preferencia casi absoluta, cuando respecto al delito de tortura esto sería impensable. Por ejemplo, COLLINGWOOD/BROADBENT sostienen que, cuando las diferentes manifestaciones –o gradaciones de gravedad– del lenguaje ofensivo online son difícilmente reconducibles a un sistema de justicia penal que sitúa el umbral de lo delictivo tan alto, merecen ser exploradas otras vías de solución. De esta forma, se conseguirá hacer frente a comportamientos que «pueden estar en el camino de una conducta inadecuada/indebida más grave»⁷³⁹. Según estos autores, que se decantan por la vía civil en el contexto legal de Reino Unido, la necesidad de escoger entre una incursión penalista sobre la materia o la nada (o, si se quiere, la «casi» nada), sitúa a la ley en una tesitura delicada. Es decir, el sistema legal pasa a ocuparse y valorar los extremos (lo «aceptable» y lo «muy inaceptable»). Según el razonamiento de COLLINGWOOD/BROADBENT, el cual compartimos plenamente, «insertar algo en el término medio podría tener efectos beneficiosos, aunque sea de forma marginal/mínima, dada la influencia periférica de la ley en este ámbito»⁷⁴⁰.

No obstante, al contrario de lo que proponen estos autores, lo que se plantea aquí es promover una vía intermedia sin llegar a desentendernos del enfoque penalista. Ello no prejuzga que puedan existir otras vías de solución extrapenales, sino que simplemente pone en valor que ya existen fórmulas legales alternativas de solución en el propio CP/1995. Es decir, en vez de encauzar un caso por la vía «extrema» del art. 510 CP, quizás deba estudiarse primero el empleo de la vía más «suave y equilibrada» que se nos plantea con la agravante genérica del art. 22.4 CP anudada a un delito de expresión. Sólo así

⁷³⁸ STEDH, *Irlanda c. Reino Unido*, 18 de enero de 1978, § 167.

⁷³⁹ COLLINGWOOD/BROADBENT, “Offending and being offended online”, p. 771 (traducción propia).

⁷⁴⁰ COLLINGWOOD/BROADBENT, “Offending and being offended online”, p. 771 (traducción propia).

podrán atajarse unos comportamientos que no son ni tan graves ni tan extremos, pero que sí son mucho más habituales en la práctica. Todo ello sin caer en la desproporción que supone realizar planteamientos manifiestamente infundados –y, lo peor de todo, normalizados– que fuerzan una posible apreciación del art. 510 CP⁷⁴¹. De hecho, hay razones para pensar que el uso de normas –más o menos exigentes– que puedan captar el discurso de odio, como pudiera ser el caso de la agravante genérica del art. 22.4 CP, ayudan a «reducir la prevalencia y la recepción de material ofensivo que puede ser precursor de la violencia extremista»⁷⁴². Pues bien, antes de continuar con el desarrollo de esta y otras ideas clave en el *Bloque III*, acudiremos primero al derecho comparado contenido en el *Bloque II* para comprobar que ese espacio que en España parece monopolizado por el art. 510 CP queda, como vemos, muy cuestionado en subsistemas legales como los que conforman el Reino Unido.

⁷⁴¹ Nótese que el *Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia* (2020) ya contenía modificaciones para el art. 510 CP que planteaban, entre otras cuestiones, una respuesta atenuada para casos «menos graves» de discurso incitador (actual art. 510.1 CP) o discurso difamatorio/injurioso (actual art. 510.2 CP). En concreto, se aclara que cuando unos hechos “*atendiendo a su contexto, contenido, ausencia de reiteración o a las características o circunstancias personales del autor revistan una menor entidad, podrá imponerse la pena de 30 a 150 días de trabajos en beneficio de la comunidad*” (arts. 510.2 y 510.4 CP). A nuestro juicio, aunque lo anterior refleja una preocupación por «recuperar» un artículo incapaz de absorber todos los casos que le son derivados, la solución pasa más bien por explotar otra vía de acción de la que ya disponemos en nuestra normativa penal (es decir, la de la agravante genérica por motivos discriminatorios del art. 22.4 CP anudada a un delito de expresión, como pudiera ser el caso del delito de injurias realizadas con publicidad). CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, XIV Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de junio de 2020, Núm. 22-1, pp. 45-46.

⁷⁴² RICHARDS/WOOD, «Legal and security frameworks», p. 120 (traducción propia). Sobre el estado de la literatura en relación al nexo que pueda existir entre el mensaje online y la repercusión violenta offline, véase el apartado «3.1.4. La eficacia del discurso de odio a través de las nuevas tecnologías: «lo que se dice» (acción online propia) y «lo que se hace» (consecuencia offline ajena)» del *Bloque III*.

PART II. CYBERHATE. A CRIMINAL LAW COMPARATIVE APPROACH TO STUDY HOW THE PHENOMENON IS ADDRESSED ACROSS THE UK

Hate crimes are firmly embedded in policy and public discourse in the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (UK). They are often referred to describe any legal response aimed at punishing criminal behaviour which is motivated or demonstrates hostility, hatred or bias towards particular groups in society. Despite its wide recognition, no distinct statutory (or parliament-made) law deals with this affair⁷⁴³. Therefore, the hate-oriented provisions are to be found within all-encompassing and wide-ranging bodies of legislation. We should also take into consideration that each provision has had its own legislative development in terms of enactment and scope of protection, even if coexisting with common (or judge-made) law. However, for the moment, what is worth bearing in mind is that there are forms of the cyberhate phenomenon that are identified as hate crime⁷⁴⁴. In turn, despite arguable, the catch-all concept of hate crime could encompass the hate speech notion on it, particularly if the former is loosely described⁷⁴⁵. In this respect, efforts will have to be made to delimit the object of study correctly, as we will shortly do throughout an introductory section.

There are no reliable statistics on the number of hate crimes that occur online, albeit it is worth mentioning the first-ever attempt with experimental data published by the Home Office in the 2016/17 England and Wales report on hate crimes. The resulting figures are based on police officers' practice of ticking a box (or applying a flag) on their system for a crime that comes to their notice⁷⁴⁶. Among other aggravating factors that have a tick box enabled, one has to do with crimes motivated by a hate crime strand (race, sexual orientation, religious, disability and transgender), and a different one has to do with crimes involving an online element (that is, a crime committed, whether fully or partially, through a computer, computer network or other computer-enabled devices). The cross-

⁷⁴³ Note that this is the case at the time of writing, but the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021 will soon come into force. This new Act will receive further attention and development at a later stage.

⁷⁴⁴ BAKALIS, «Regulating hate crime», p. 263.

⁷⁴⁵ In short, as recently noted by the UK Government, “*online hate takes many forms*”, as well as being a “*growing problem in the UK*”. DEPARTMENT FOR DIGITAL, CULTURE, MEDIA & SPORT/HOME OFFICE, *Online Harms White Paper: consultation outcome* (2020), par. 8.8.

⁷⁴⁶ The online flagging practice for all police forces was made mandatory in 2015. The idea was to provide data for a “*national picture of the levels of online hate crime*”. HOME OFFICE, *Action against hate* (2016), pars. 16 and 73.

correlation of data is what is shown in the 2016/17 and 2017/18 bulletins⁷⁴⁷. The data is embryonic, misleading and seems out of touch with reality⁷⁴⁸ considering the dimension of the phenomenon and the expectable volume of crimes involved. Still, the data represents the first official effort for revealing an estimation of this kind in the UK. Bearing this in mind, in 2016/17 there were 80.393 offences recorded with one or more monitoring strands (race, religion, sexual orientation, disability and transgender) for each, but barely 1.067 offences (2%) were flagged as being committed online⁷⁴⁹. In 2017/18 there were 94.098 offences recorded with one or more monitoring strands (race, religion, sexual orientation, disability and transgender) for each, but barely 1.605 offences (2%) were flagged as being committed online⁷⁵⁰. Finally, despite being a dubious representative sample and even if have done following the police criteria for setting crime categories, it will gain importance for this study to note now that 84% and 86% of the hate crimes committed online in 2016/17 and 2017/18 involved offences such as harassment, stalking and malicious communications. At the same time, only 13% and 14% of the hate crimes committed online in 2016/17 and 2017/18 involved public order offences, a category that also includes incitement to hatred offences. In 2020, the UK Government has acknowledged that there is not adequate data yet on the scale and scope of the phenomena, being a major handicap⁷⁵¹. Briefly, the fact that the cyberhate phenomenon is underrepresented and scarcely worked on statistical bulletins is the symptom that further focused research is still needed on the field.

⁷⁴⁷ In the 2018/19 bulletin, however, the analyses were not so repeated due to the uncertainties of the data quality. See: HOME OFFICE, *Hate crime. England and Wales, 2016/17* (2017), pp. 18-22; HOME OFFICE, *Hate crime. England and Wales, 2017/18* (2018), pp. 30-34; HOME OFFICE, *Hate crime. England and Wales, 2018/19* (2019), p. 3.

⁷⁴⁸ In 2016/17 only 23 out of 44 police forces from England and Wales submitted adequate data of online flagging. In 2017/18 the number increased to 30 out of 44. However, even in the case of those police forces that supplied data, it is recognised that the appropriate flags have not been always applied when necessary. See: HOME OFFICE, *Hate crime. England and Wales, 2016/17* (2017), p. 19; HOME OFFICE, *Hate crime. England and Wales, 2017/18* (2018), p. 33.

⁷⁴⁹ As noted, a crime could be flagged with more than one monitored strand. The total number of motivating factors in those 1.067 online offences amounted to 1.171, of which 671 were due to race, 199 to sexual orientation, 140 to disability, 132 to religion and 29 to transgender. HOME OFFICE, *Hate crime. England and Wales, 2016/17* (2017), p. 19.

⁷⁵⁰ As noted, a crime could be flagged with more than one monitored strand. The total number of motivating factors in those 1.605 online offences amounted to 1.784, of which 928 were due to race, 352 to sexual orientation, 225 to disability, 210 to religion and 69 to transgender. HOME OFFICE, *Hate crime. England and Wales, 2017/18* (2018), p. 33.

⁷⁵¹ DEPARTMENT FOR DIGITAL, CULTURE, MEDIA & SPORT/HOME OFFICE, *Online Harms White Paper: consultation outcome* (2020), par. 8.8.

Other policy initiatives have also failed to achieve the expected results in the light of public scrutiny. In April 2017, Sadiq Khan, the Mayor of London, launched a pioneering UK's first expert unit to tackle online hate crimes⁷⁵². The Scotland Yard's online hate crime hub was funded and designed for that end. Any reported online hate crime in London was to be transferred to the hub⁷⁵³. Apparently, up to August 2019, the results obtained were extremely frustrating. Far from expected, there were logged 1.851 incidents, and the police brought charges (formal accusations of a crime by the police) barely for 17 (0,92%). Furthermore, only seven of those charges finally led to prosecution⁷⁵⁴.

Most recently, in August 2021, new research that has been published reveals an interesting poll involving 1.512 people that were considered to be representative of the UK public. Among other issues, 74% of the respondents agreed with the following statement: *"I do not trust social media companies to decide what is extremist content or disinformation on their platforms"*. As the research notes, this suggests a significant degree of distrust about policing activities carried out by social media companies. What is more, there is a «real public hunger» for legislation to take control over this subject⁷⁵⁵. Thus, this chapter will deal precisely with criminal liability resulting from online hate acts. However, in order to be aligned with the rest of the study, we will be concerned exclusively with criminal liability that arises for acts carried out by an Internet user and concerning self-generated content (content producer)⁷⁵⁶.

⁷⁵² See: "Sadiq Khan launches London online hate crime hub", *BBC News*, 24 April 2017.

⁷⁵³ In October 2017, Home Secretary Amber Rudd (2016-2018) launched a homologous online hate crime hub for a national level, hosted by the Greater Manchester Police. As advanced by the UK Government, the aim was to *"ensure"* online hate cases were being duly investigated and to *"help"* increasing prosecutions for online hate crimes. This time, the National Police Chiefs' Council developed a website (www.report-it.org.uk/) to report online hate material. The reports are automatically sent to the online hate crime hub, which has been operative since January 2018. There, they will be assessed on a case-by-case basis and referred, where appropriate, to the relevant local police for further investigation. See: "Home Secretary announces new national online hate crime hub", *Home Office*, 8 October 2017.

⁷⁵⁴ See: "Britain's first police unit dedicated to smashing online hate crime has charged just ONE PER CENT of the internet trolls it has investigated", *Daily Mail*, 30 December 2019; "Less than 1% of cases reported to online hate crime unit resulted in charges", *The Independent*, 30 December 2019.

⁷⁵⁵ HOPE NOT HATE/OTHERS, *Free speech for all* (2021), pp. 6-7.

⁷⁵⁶ Although it is beyond the scope of this study, the UK *Online Harms White Paper* launched in April 2019 is worth mentioning here. Published by the Department for Digital, Culture, Media and Sport (DCMS) and the Home Office, it envisaged a new accountability system for those companies (e.g. social media platforms, blogging sites or messaging services) whose services were hosting user-generated content or those facilitating communication between users. A broad range of obligations on hosting providers (duty of care approach) and harms online are actually covered. It is a means to awaken the passive hosting providers in their gatekeepers' role. They have to monitor the dissemination of harmful material in their platforms, and the legal framework will act as a supervisor, which essentially means co-regulation. There

Overall, it is possible to claim that the UK is a good mirror for attempting to grasp a legal tradition far from the prevailing one in countries with a codified system of law (Romano-Germanic law), like Spain. In fact, we can turn the mirror in different directions. At least as many directions as legal systems compose the UK (English, Scottish and Northern Irish law). Due to the unique socio-historical backgrounds that generate different priorities in the face of shared problems, the varied codified law (statutory-made law) and the –non-always necessarily identical– common law offences (judge-made law)⁷⁵⁷ make the UK legal panoramic view both complex and extremely rich in details. Therefore, the very first aim of this chapter would be to make accessible to the reader the differences of a remarkably fragmented legal landscape. However, at the heart of the decentralised nature of the UK, still are similar, almost identical and/or shared offences. Moreover, there is no doubt that the three legal systems have always look at each other sideways. There seems to be a kind of crossover in many areas of political decision-making.

As part of a broader research project devoted to the Spanish legal framework, this chapter is intended for a lay reader approaching an extraneous legal culture. Hence, the aim is to learn from problems abroad to reflect on our own difficulties or dilemmas. It is not a matter of thoughtlessly adopting legal solutions. It is a matter of understanding why the same transnational problems are dealt with the way they are, whether in a similar or different form as ours. Even if it seems obvious, criminal law does not operate in a vacuum. Its socio-cultural dependence makes it senseless to take any effort to extrapolate solutions, even if necessary changes have already been made. The aspirational goal must

are also plans to make co-regulatory Codes of Conduct in the future. The regulatory framework is valuable because, except for harm occurring through the dark web, it displaces the straightforward enforcement of criminal law. In particular, it is said that the regulatory framework “*will require companies to address illegal content and activity which could constitute a UK criminal offence or an element of a UK criminal offence*”. In fact, the regulatory framework would move beyond the illegal content, thus also capturing unacceptable noncriminal content (e.g. anti-vaccination content). Harmful content/activity would be so if it “*gives rise to a reasonably foreseeable risk of a significant adverse physical or psychological impact on individuals*”. There are also “*priority categories*” of harmful content precisely for “*posing the greatest risk to users*” (e.g. criminal categories of hate crimes). For them, a “*particularly robust action*” must be taken. See: DEPARTMENT FOR DIGITAL, CULTURE, MEDIA & SPORT/HOME OFFICE, *Online Harms White Paper: consultation outcome* (2020); DEPARTMENT FOR DIGITAL, CULTURE, MEDIA & SPORT/HOME OFFICE, *Online Harms White Paper* (2020).

White and green papers both form part of command papers, covering “*documents that the government, by royal command, presents to Parliament for consideration*”. In particular, white papers contain “*statements of policy or explanations of proposed legislation*”. LAW, *A dictionary of Law* (2018), p. 129.

⁷⁵⁷ That is, a body of unwritten rules of law that are based on legal precedents. These rules are developed by the courts, as opposed to statutory-made law. Judicial decisions are binding.

be a more reasonable one. We have to attend to the deliberative process that leads to decision-making within a given legal framework. Moreover, we have to try our best to decipher the rationale behind the decision.

We turn now to consider minimal but relevant information still needed, also endeavouring to delve into the purpose of the study. Concisely, we need to properly acquaint readers with some indispensable keys to proceed with the planned research.

2.1. Introduction

Seeking for a hate crime definition in the UK is a thorny issue. First of all, we better set the large scholars literature efforts aside, which will not be the primary concern here. Of the many reasons of why this chapter will not focus on academic definitions, there is one that stands out. The attempts to clarify the concept could be principally catalogued as an imported issue or unfamiliar in the UK. The North American scholars have strongly influenced the UK's domestic frameworks⁷⁵⁸, among many others. Outside the United States' borders, the hate crime notion began its recognition journey in the UK in the late 1990s, mainly through references to homophobic violence in news media⁷⁵⁹. Currently, though, it can be firmly claimed that there is no legal acknowledgement of a hate crime in the UK. Actually, it is not even part of the lexicon, except for its widespread use in the criminal justice system and amongst civil society activists. The not legal but institutional definitions⁷⁶⁰ differ significantly from one UK jurisdiction to another.

⁷⁵⁸ See an academic definitions summary provided by CHAKRABORTI/GARLAND, *Hate crime*, pp. 3-6.

⁷⁵⁹ In fact, although the neologism of hate crimes was not used, recognition of the social problem of racial violence got underway around five decades ago in the UK. In the 1970s, a great variety of organisations (antiracist, campaigning or victim rights organisation) would make common cause to put media and political attention on racist violence. During the next two decades, the problem would be progressively taking shape in terms of singularity and seriousness. The pressure for legislative action was strengthening over time. Hate crime policy has had a marked tendency to develop at the expense of figurehead cases, which are those that attract much media attention. In the UK, there had been indelible crimes committed that shock society, such as the murders of Stephen Lawrence (England, 1993) and Surjit Singh Chhokar (Scotland, 1998). Finally, the hate crime label was due to almost all the involved activists' or actors' will (lobbyists, campaign groups, rights advocates, etc.). It was a priority that the phenomenon should be branded in an all-inclusive manner that encompasses other forms of social-identity based violence, such as homophobic violence. See IGANSKI/SWEIRY, «Hate crime», p. 403.

⁷⁶⁰ For instance, there is an agreed *hate crime* definition in England & Wales between the National Police Chiefs' Council (NPCC), the Crown Prosecution Service (CPS), and the National Offender Management Service, which is now called Her Majesty's Prison and Probation Service (HMPPS): "*Any criminal offence which is perceived by the victim or any other person, to be motivated by a hostility or prejudice based on a person's race or perceived race; religion or perceived religion; sexual orientation or perceived sexual orientation; disability or perceived disability and any crime motivated by a hostility or prejudice against a*

2.1.1. *Hate crimes and hate speech. A minimal conceptual basis*

The claim that hate crimes and hate speech intersect each other should always be made very cautiously. According to GOULD, both the way of drafting the current law, and how it is implemented by courts when handling hate crimes and hate speech, reflect a mistaken common practice. Hate crimes are criminal acts, and so they must be firstly classified that way. Once the hatred element is added by aggravation, they constitute distinct crimes properly branded as hate crimes. That is, criminality is to be always established beforehand and autonomously. In hate speech, without assessing now any criminalisation legitimacy or the lack of it, the hatred element is not to be added later. We would rather approach to this reality by thinking on a speech act as a crime, requiring the offender's viewpoint (hatred message) combined with its intrinsic vituperative manner of expression (e.g. rudeness of some printed words). That combination, always taken as a whole, determines the punishable mode of expression within a jurisdiction. So much so that, if we can say that the content of the message alone is not decisive for its punishment, neither will the fact of using an offensive or insulting language be⁷⁶¹. Therefore, there would always remain relevant differences distancing hate crime and hate speech further. The former would always be criminal, whereas the latter is no more than potentially criminal depending on what speech act (e.g. holocaust denial or insults), if any, is banned by law⁷⁶².

However, for some, the problem is that States embracing hate speech bans tend to relax and to position themselves in a comfortable no-observance of the differences between hate crimes and hate speech. For that to be so, they ascertain that hate speech is no more than a hate crime manifestation as long as the expressive act is intrinsically harmful itself⁷⁶³. Certainly, it has been argued that we can go yet further with this claim. As

person who is transgender or perceived to be transgender". Among many other references, see: CPS, *Hate crime report 2018/19* (2019), p. 5; LAW COMMISSION, *Hate crime laws* (2020), p. 3.

⁷⁶¹ For example, this view can be easily found in the «*Manual of guidance on keeping the peace*», produced by the National Policing Improvement Agency (NPIA), a non-departmental public body of the UK supporting the police, which was precisely prepared on behalf of the Association of Chief Police Officers (ACPO) and the Association of Chief Police Officers in Scotland (ACPOS) in 2010. See NPIA, *Manual of guidance* (2010), par. 2.46.

⁷⁶² In detail, see GOULD, "Is the 'hate' in hate speech", pp. 171-187. In the same vein, MARRINAN argues that a distinction should always be made between "*criminal expressions of bigotry (hate speech)*" and the "*commission of criminal offences with a bias motive (hate crime)*". The element of *bias* (or a particular motive, that is, a *bias motive*) equates here to the perpetrator's "*prejudice towards the victim*". In any respect, it seems clear that in hate crimes the additional element of bias ought to be attached or embedded to an already existing basic offence. MARRINAN, *Independent review* (2020), pars. 3.16-3.17.

⁷⁶³ Noticing this trend, see HEINZE, *Hate speech*, p. 19.

PERRY/OLSSON would say, hate crime is precisely that, the harm upon the victim on its own right. The criminal act and the harm inflicted are to be seen indivisible, and not the harm as an external consequence and detached from the criminal act. These authors actually transcended the classic discussion about the effects on the immediate victim, collective membership, and/or wider social effects. They took the debate further, to the human rights level. Thus, the harm arising from hate crimes is far more immediate than, to say, bruising somebody's body or causing emotional trauma. In other words, as immediate as saying that «hate crime is itself a distinct harm». It presupposes the violation of the victim's human rights by infringing their human dignity or esteem⁷⁶⁴.

The above discussion is clearly one that exceeds any direct effects on victims. The truth is that, without going that far, there are intrinsically harmful acts caused on the immediate victims as a kind of direct effect. Even minor hate crimes that are completely unlinked from each other, and so not being part of a pattern of hate victimisation, may cause substantial emotional harm⁷⁶⁵. From this view but on hate speech's harmfulness, YAR/STEINMETZ notice that victims usually internalise insults producing instant adverse psychological effects on them (e.g. emotional *distress*, which is a term that, not in vain, the UK anti-hate legislation has assumed). Therefore, the insults are, in their own right, forms of injury. This kind of injury has no reason to envy the effects produced by the physical violence that has always been easily linked to hate crimes⁷⁶⁶. Hence, hate speech tends to become at least familiar with hate crimes and, rightly or not, to blur conceptual boundaries between them. At least in this respect, the message capable of blurring the boundaries between hate speech/hate crimes would only be one directed at an individual victim. The hate crime/hate speech tension is only foreseeable in such a scenario. Nonetheless, we should now develop a different understanding of hate speech. We thus refer to incitement to hatred as hate speech, being convenient to trace its historical roots firstly.

⁷⁶⁴ An academic contribution by PERRY/OLSSON was the driving force behind this change of understanding about hate crimes in 2009. Just a little earlier, IGANSKI advanced what these authors were about to publish and, interestingly, approaching from a UK perspective. In detail, see: PERRY/OLSSON, «Hate crime», *passim*; IGANSKI, 'Hate crime', pp. 122-126.

⁷⁶⁵ Additionally, the Internet facilitates such minor hate crimes being recurrent over a long period and «at roughly the same level of intensity» on the same victim. HOME OFFICE, *Cyber crime strategy* (2010), par. 58.

⁷⁶⁶ YAR/STEINMETZ, *Cybercrime*, p. 155.

2.1.2. Historical background on incitement to hatred

Narrowly defined but also with high recognition, hate speech would be understood as any speech that constitutes incitement to hatred. Limiting hate speech's harmfulness to this premise is within the realm of possibility⁷⁶⁷. The way we see it, incitement to hatred offences constitute a sort of legal inhibitor ensuring that no meaningful contributions are made to foster a climate of bigotry that may conceivably lead to a larger-scale social crisis. It is a highly exceptional remedy, so its legitimacy will be further challenged as we get closer to the idea of punishing apparently vacuous human acts that do not even need to be directly pursuing such a scenario of a larger-scale social crisis. Feeding community by sowing suspicion or fear among individuals or groups of individuals might be enough for hate crimes to occur at any moment.

It is also possible to trace the origins of this governmental response some centuries back in the domestic law of the UK⁷⁶⁸, even if the contexts diverge quite a lot. For example, dwelling on the past, some laws have had at least the potential to rise hate speech questions (e.g. Incitement to Mutiny Act 1797 or Incitement to Disaffection Act 1934)⁷⁶⁹. The s. 5 of the Public Order Act 1936⁷⁷⁰, for instance, prohibited offensive conduct conducive to breaches of the peace. In particular, “*any person who in any public place or at any public meeting uses threatening, abusive or insulting words or behaviour with intent to provoke a breach of the peace or whereby a breach of the peace is likely to be occasioned, shall be guilty of an offence*”. The Act resulted in being employable to deal with racial incitement, even though was not targeting it specifically. It was applicable in England and Wales and Scotland, but was not extended to Northern Ireland (s. 10(2) of

⁷⁶⁷ YAR/STEINMETZ, *Cybercrime*, pp. 154-155.

⁷⁶⁸ To get a closer look at the nowadays state of play and the expectations around its improvement, see section «2.2.4.3. *Incitement to hatred*» *infra*.

⁷⁶⁹ See: WILLIAMS, *Keeping the peace*, pp. 179-197; WILLIAMS, «Hate speech», p. 93.

⁷⁷⁰ The s. 5 of the Public Order Act 1936 was passed to combat the rise of British fascism and, in particular, the civil disorders atmosphere created by the British Union of Fascists (BUF) political party during the 1930s. The s. 5 of the Public Order Act 1936 was particularly controversial in that mission, to the extent that, according to THURLOW, it finally resulted in being far more used against anti-fascists. Apparently, the communists represented a more severe threat to public order in the view of the State. This author also notes what follows about the offence settled on the s. 5 of the Act: «Fascist speakers developed the technique of criticising the Jews as an ethnic group rather than as individuals. Officers in practice found it difficult to distinguish between *badinage* and abuse. Although some speakers were successfully prosecuted, (...) the cases often went to appeal and some were thrown out by magistrates». In great detail, see: DICKEY, “English law”, pp. 316-317; LESTER/BINDMAN, *Race and law*, pp. 350-354; LEOPOLD, “Incitement to hatred”, pp. 392-393; THURLOW, *Fascism in Britain*, pp. 61-87; THURLOW, «Blaming the Blackshirts», pp. 112-130; LAVERICK/JOYCE, *Racial and religious*, pp. 34-36.

the Public Order Act 1936). For Northern Ireland, a comparable provision would be enacted by s. 3 of the Public Order Act (NI) 1951. The Race Relations Act 1965⁷⁷¹ finally extend the s. 5 of the Public Order Act 1936 to written matter⁷⁷², not limiting its scope to words uttered by the offender; that was the case if distributing or displaying any threatening, abusive or insulting writing, sign or visible representation (s. 7 of the Race Relations Act 1965).

Additionally, this last statute is considered the first piece of legislation in Great Britain creating the offence of incitement to racial hatred⁷⁷³. It was set in s. 6 of the Race Relations Act 1965, which was not finally extended to Northern Ireland (s. 8(3) of the Act)⁷⁷⁴. Following its original wording, “*a person shall be guilty (...) if, with the intent to stir up hatred against any section of the public in Great Britain distinguished by colour, race, or ethnic or national origins: a) he publishes or distributes written matter which is*

⁷⁷¹ The Act was passed in very unique and unprecedented circumstances until the 1950s. That was the massive migration waves of people of colour to a predominantly white British society. It was thought that the integration process of immigrants would help to reactivate the problem of colour prejudice that was already latent in society. DICKEY describes as follows: «In Britain this problem [the problem of colour prejudice] is very recent, arising from what was a trickle of coloured Commonwealth immigrants coming to settle in the country in the early 1950's, which became a rush in the mid-1950's and a flood by the time the Commonwealth Immigrants Act was passed in 1962». DICKEY, “English law and race”, p. 10.

The Act aimed to prevent colour feeling from getting worse. In fact, this was possible in both directions. The Lord Chancellor, Lord Gardiner, noted as follows: “[T]he noble Lord, Lord Somers, said that the Bill gave privileges to coloured people that white people had not got. Of course, it would be quite possible, under Clause 6 of the Bill, to have a prosecution of a black person for inciting to hatred against white people”. HL Debate, Vol. 268, Col. 1064 (July 26, 1965). For a table of s. 6 prosecutions up until 1970, which shows that some of the defendants were black, see DICKEY, “Anti-incitement legislation”, p. 137.

⁷⁷² According to the s. 6(2) of the Race Relations Act 1965, «written matter» includes “*any writing, sign or visible representation*”. As for the latter, many doubts were raised as to whether «visible representation» within the clause could cover television broadcast or not. DICKEY, “The law on incitement”, pp. 6-8.

⁷⁷³ However, there must be noted that there were attempts to do so as early as in 1936 when passing the Public Order Act 1936, whether by amending the s. 5 of that Act or by including a specific provision. In 1936 the Government held that it was unnecessary. Indeed, two years before passing the Race Relations Act 1965, the Government was of the very same view: the existing laws (s. 5 of the Public Order Act) and common law offences (sedition and public mischief) were capable of dealing with racial incitement. For a full account on how the first-ever racial incitement offence was introduced into legislation, as well as the questions raised at that time, see WILLIAMS, *Keeping the peace*, pp. 169-178. For a brief account of the deficiencies that the new law would overcome, see DICKEY, “English law and race”, pp. 14-16; DICKEY, “The offence of incitement”, pp. 10-14 and 18.

⁷⁷⁴ Northern Ireland demanded its distinctive features to be adequately considered, as it was a region where faith-based discrimination was rampant. According to DICKEY, even if incitement to religious prejudice could have been incorporated into Britain's Race Relations Act 1965, the Stormont Government simply did not want to embrace a unified legislative image. Great Britain also chose not to include the incitement on religious grounds, since it considered odd and inappropriate to do so if Northern Irish law, where the offence was really needed, was renouncing to do so. DICKEY, “Anti-incitement legislation”, pp. 134-135.

Five years later, Northern Ireland's initial refusal turned to an offence under a newly passed law (s. 1 of the Prevention of Incitement to Hatred Act (NI) 1970). This Act was substantially in tune with Britain's counterpart legislation, albeit with the one already referred and a few other particularities. For further details, see subsection «2.1.4.3. Northern Ireland» included in section «2.1.4. Devolved and reserved matters in the UK» below.

threatening, abusive or insulting; or b) he uses in any public place or at any public meeting words which are threatening, abusive or insulting, being matter or words likely to stir up hatred against that section on grounds of colour, race, or ethnic or national origins” (s. 6(1) of the Race Relations Act 1965)⁷⁷⁵. Until this offence came into force, there were indictable basically those who intended to provoke a breach of the peace or, alternatively, in situations in which that outcome was likely to occur. According to the incitement to hatred offence of s. 6 of the Race Relations Act 1965, first the accused must have intended to stir up hatred, without alternative; and secondly, those whose words –as “*behaviour*” was already left out from s. 6– were not likely causing a breach of the peace would no more benefit from absolute impunity. Until this change of heart, the prevailing legal culture in the UK was trying, by all means, to prevent the mere expression of ideas, without affecting or threatening peace, from being punishable⁷⁷⁶. In particular, the Conservative government was appalled by the mere idea that freedom of expression could ever be limited in a case other than when a risk to public order was involved. The racial problem had to be addressed from a purely educational perspective, away from the law. In contrast, the Labour Party pressured since 1950s for making racial discrimination and incitement to racial hatred part of the law. Racial hatred poses a serious threat to the promotion of harmonious relations, associated with unpredictable consequences expected to happen here and there all over the territory⁷⁷⁷.

⁷⁷⁵ The consent of the Attorney General was needed for the prosecution in England and Wales (s. 6(3) of the Race Relations Act 1965), and it is known he gave at least twenty-one. The explanation for such a consent requirement was the high standard of severity imposed with regard to potentially criminal racist propaganda. During the Race Relations Bill debate, the Secretary of State for the Home Department, Sir F. Soskice, stated as follows regarding the forthcoming s. 6 of the Act: “*The Clause is designed to deal with more dangerous, persistent and insidious forms of propaganda campaigns—the campaign which, over a period of time engenders the hate which begets violence*” [HC Debate, Vol. 711, Col. 941 (May 3, 1965)]. The consent was seen as an additional control to maintain the intended standard. For a detailed historical account on the Act’s application and effectiveness against incitement to racial hatred, also with particular emphasis on the elements of the offence at hand, see: WILLIAMS, *Keeping the peace*, pp. 172-178; DICKEY, “English law”, pp. 317-327; DICKEY, “English law and race”, pp. 16-32; DICKEY, “The law on incitement”, pp. 6-10; LESTER/BINDMAN, *Race and law*, pp. 360-374; SHERR, «Incitement», pp. 69-71; LEOPOLD, “Incitement to hatred”, pp. 394-399.

⁷⁷⁶ WILLIAMS is clear on addressing this point: «Such a contention has deep roots in English history. Certainly since the eighteenth-century Parliament has deliberately steered clear of legislation against the expression of particular views, and prosecuting authorities have consistently been under pressure to avoid using widely drafted or widely defined laws (...) against the expression of particular views». WILLIAMS, *Keeping the peace*, p. 171.

⁷⁷⁷ In great detail about these two opposing views, see DICKEY, “English law and race”, pp. 11-14. Especially interesting is the Government’s position that Lord Chancellor, Lord Dilhorne, stated in 1963 before the House of Lords: “*The Government feel that it would not be right to substitute for the plain, objective test of provocation to a breach of the peace, any wider and vaguer prohibition of incitement to racial hatred, which would make a prosecution depend on the subjective test of the view taken by the police officer on the spot of the content of the words used*”. DICKEY, “English law and race”, p. 11.

Later, the s. 70 of the Race Relations Act 1976 would repeal s. 6 taking it back to the s. 5A of the Public Order Act 1936⁷⁷⁸. In doing so, it also changed the terms for criminal liability. The intentional element was no longer non-negotiable or sufficient. The shift was total, as what was sufficient and non-negotiable became the likelihood that racial hatred would be stirred up, depending on the circumstances⁷⁷⁹. There were also some other provisions that resulted to be regrouped later on in the Public Order Act 1986⁷⁸⁰. For instance, the s. 5 of the Theatres Act 1968 about incitement to racial hatred by means of public performance of a play, and the s. 27 of the Cable and Broadcasting Act 1984 about incitement to racial hatred. All of them scarcely ever were applied. To top it all off exists an offence of racist chanting at football matches under the s. 3 of the Football (Offences) Act 1991⁷⁸¹.

On the other hand, during the Race Relations Bill debate, Sir F. Soskice (the Home Secretary since the Labour Party returned to Government in 1964), stated as follows: *“What is prohibited (...) is the intentional fomentation of hatred of that group, as a group, because of the origin of its members (...) however camouflaged as motivated by a sincere intention dishonestly simulated, to promote discussion of the public interest. In practice, (...) I do not believe that the judge and jury would have any real difficulty in deciding what really was the intention of the person charged. The nature, virulence and persistence of the propaganda, the methods by which and the circumstances in which it was conducted, would, I think, ordinarily afford the clearest pointers to the court as to what really had been the accused person's intent. (...) [I]f the prosecution left a doubt in the minds of the jury as to what was really his intent an acquittal must necessarily follow. Cases of far greater difficulty, turning upon questions of the intent of accused persons, day in and day out come before our criminal courts, and, in practice, judges and juries have little difficulty in pronouncing upon them. In nearly all these cases the accused's intent is a simple question of fact, and juries are there to decide such questions”*. HC Debate, Vol. 711, Cols. 940-941 (May 3, 1965).

⁷⁷⁸ At least between 1st January 1979 and 19th March 1986, it is known that fifty-nine people were prosecuted under the s. 5A of the Public Order Act 1936. See SHERR, «Incitement», p. 73. For a brief overview of the objections raised to s. 5A during that time, see COTTERRELL, “Prosecuting incitement”, pp. 378-381.

⁷⁷⁹ According to the s. 5A of the Public Order Act 1936, a person commits an offence if (a) he publishes or distributes written matter which is threatening, abusive or insulting; or (b) he uses in any public place or at any public meeting words which are threatening, abusive or insulting, but in either case if, having regard to all the circumstances, hatred is likely to be stirred up against any racial group in Great Britain by the matter or words in question.

⁷⁸⁰ The Public Order Act 1986 will also repeal s. 5 of the Public Order Act 1936 (s. 40(3) and Sch. 3) and assume the legal control over the corresponding subject (s. 4 of the Public Order Act 1986 and, also later, s. 4A included on the same Act). These current provisions will be examined in great detail in «2.2.4.2. Public order» and «2.3.2. Public order: Public Order Act 1986 (ss. 4, 4A and 5)» below.

⁷⁸¹ The s. 3 of the Football (Offences) Act 1991 outlaws to engage or take part in chanting of an indecent or racist nature at a designated football match. Much later, Northern Ireland and Scotland will pass theirs. These were the s. 37 of the Justice Act (NI) 2011 and ss. 1 and 6 of the Offensive Behaviour at Football and Threatening Communications (Scotland) Act 2012. The latter Act, although repealed on 20th April 2018, was particularly interesting for this study because of its s. 6. This section was dealing with communication materials that were threatening or inciting to a seriously violent act, and even to those that were threatening and intending to stir up hatred on religious grounds. The offence was possible to be committed via the Internet on the condition that the communication did not result to be unrecorded speech. By the term «material» the Act was pointing to *“anything that is capable of being read, looked at, watched or listened to, either directly or after conversion from data stored in another form”* (s. 8 about how to interpret s. 6).

According to LAWRENCE, the Football (Offences) Act 1991 is probably the closest piece of legislation to a bias crime law that has ever existed in Great Britain before the enactment of the Crime and Disorder Act

Definitely, there is no accepted generic term neither for the legal strains of the past nor on the restrictions of the present in closely related issues about hate speech. If that were not enough, it might be convenient to admit the existence of different families of statutory law concerning hate speech⁷⁸², in which the incitement to hatred or more direct forms of threat to public order⁷⁸³ are just two among many other fields –including, but not limited to, blasphemy, defamation or obscenity⁷⁸⁴– that somehow encompass hate expressive activities. Within this complexity, it should be given prominence to common-law offences⁷⁸⁵, hence developed entirely by the courts and irrespective of statutory law. Without going much further, incitement itself was a common law offence in England and Wales, and still is for Scotland⁷⁸⁶. Some common-law offences may have also overlapped with more recent legislation before being abolished, such as seditious libel⁷⁸⁷.

1998 that will be discussed in detail below. In other words, the first law that is not focused on incitement to racial violence. The racist chanting is defined as follows: the repeated uttering of any words or sounds, alone or not, which is threatening, abusive or insulting to a person by reason of his colour, race, nationality (including citizenship) or ethnic or national origins (s. 3(2)(a) and (b) of the Football (Offences) Act 1991). See LAWRENCE, «Racial violence», p. 43.

⁷⁸² Although not limited in scope to the UK, see a detailed chapter about this particular in BROWN, *Hate speech law*, pp. 19-48.

⁷⁸³ For a current and detailed examination of this parallel offences to incitement to hatred provisions, see «2.2.4.2. *Public order*» and «2.3.2. *Public order: Public Order Act 1986 (ss. 4, 4A and 5)*» below.

⁷⁸⁴ According to LESTER/BINDMAN there are several reasons for not being sufficiently relevant fields when it comes to dealing with hate propaganda. For example, on blasphemy, there is a virtually reduced space left for Courts. In brief, following *Bowman v Secular Society Ltd* (1917), what protected would be the irreligious words that “[have a] *tendency to endanger the peace generally, to shake the fabric of society, and to be a cause of civil strife*”, no those that are directed towards “*doctrines or metaphysics*” of devout individuals. On defamation, they refer to an existing law granting protection just for personal reputation, not that of a group. Additionally, it is not enough for tarnishing someone reputation to falsely associate such a person with a racial belonging. Finally, they cast many doubts on linking racist publications with obscene material if the latter equates to deprive or corrupt an incidental reader. Unlike them, for instance, SAUNDERS has developed a full study to make known the close relationship between obscenity and hate speech. See: LESTER/BINDMAN, *Race and law*, pp. 354-356; *Bowman v Secular Society Ltd* [1917] A.C. 406 (H.L.); SAUNDERS, *Degradation* (2011).

⁷⁸⁵ In Great Britain and Northern Ireland, at least on a more theoretical-abstract level, hate propaganda tensing freedom of speech has been caught by a range of common-law measures such as seditious libel, public mischief or defamation. Despite being broad enough in scope as to cover the oral or written acts of incitement to racial prejudice, they all were somehow powerless in such attempt. See: WILLIAMS, *Keeping the peace*, pp. 197-204; DICKEY, “English law”, pp. 311-316; LESTER/BINDMAN, *Race and law*, pp. 344-350; LEOPOLD, “Incitement to hatred”, pp. 390-392.

⁷⁸⁶ For further details, see section «2.2.4.3. *Incitement to hatred*» *infra*.

⁷⁸⁷ EASTON does mention criminal libel (often referred to as «criminal defamation»), public mischief and seditious libel as examples of common law torts before the Public Order Act 1936 had even passed, noting that at least the seditious libel was remaining useful along with the statutory law for a time. See EASTON, *The problem of pornography*, pp. 158-159.

It is not possible to show the full scope of abolition examples in the UK concerning common law offences, but presenting selected ones could be enough to form a general impression. For instance, the s. 73 of the Coroners and Justice Act 2009 abolished seditious, defamatory and obscene libels under the common law of England and Wales and the common law of Northern Ireland. The offence of blasphemous libel under the common law of England and Wales was also abolished by the s. 79(1) of the Criminal Justice and Immigration Act 2008. Awaiting the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021 coming into force, Scotland has finally abolished the common law offence of blasphemy (s. 16). However, blasphemy and

All things considered, it is possible to uphold now that neither hate speech and so nor hate crime concepts were being used consistently over time, but, even so, this legal landscape in a jigsaw pattern has also flooded the online environment. The examination that follows could also become even more entangled if considered civil actions⁷⁸⁸ or regulatory issues⁷⁸⁹ against online hate. However, for the sake of simplicity, this chapter will concentrate upon the criminal law⁷⁹⁰ responses in just some of the many conceivable areas to address hate on the net. In particular, there would be closely studied what could be referred as the three major legal families that offer a solution to solve the cyberhate problem in the UK. These are **(i) targeted communications**: (i.1) harassment and stalking; (i.2) offensive comments: (i.2.1) *malicious communications*; (i.2.2) *communications concerning the misuse of public electronic communications network*; **(ii) public order**; and **(iii) incitement to hatred**. Excluding the latter, as we will see soon, **aggravated offences** (e.g. ss. 28-32 of the Crime and Disorder Act 1998) or **penalty enhancement sentencing provisions** (e.g. s. 66 of the Sentencing Act 2020) would act upon these legal families.

Later, focusing on the judge-made law of England and Wales, each offence within those legal families will be properly analysed: (i) targeted communications: (i.1) **Protection from Harassment Act 1997 (ss. 2, 2A, 4 and 4A)**; (i.2) offensive comments: (i.2.1) **Malicious Communications Act 1988 (s. 1)**; (i.2.2) **Communications Act 2003**

blasphemous libel remain for Northern Ireland, although organisations such as Northern Ireland Humanists or National Secular Society are getting really involved with campaigns calling for decriminalisation. See: “Campaign to get rid of NI blasphemy laws”, *BBC News*, 27 March 2019; “NSS urges repeal of Northern Ireland blasphemy laws”, *National Secular Society*, 17 March 2021.

⁷⁸⁸ ROWBOTTOM draws attention that there is a wealth of case law developed about actions for defamation and misuse of private information applied to content on the Internet: «In *Keith-Smith v. Williams* a parliamentary candidate for UKIP successfully sued a participant in an online discussion group for suggesting the claimant was a Nazi, a racist and had been charged with several sex offences [*Keith-Smith v. Williams* [2006] EWHC 860 (QB)]. In *Applause Stores* an action was brought in both libel and misuse of private information following the publication of a false *Facebook* profile [*Applause Store Productions Ltd v. Raphael* [2008] EWHC 1781 (QB)]. In *Cairns v. Modi*, £90,000 was awarded in libel damages after defamatory allegations of cricket match fixing were posted on *Twitter* (seen by 65 people) and told to an online journal (seen by 1000 people) [*Cairns v. Modi* [2012] EWHC 756 (QB)]». ROWBOTTOM, “To rant, vent and converse”, pp. 357-358. See also: ARTICLE 19, *United Kingdom (England and Wales)* (2018), pp. 26-29; ROWBOTTOM, *Media law*, pp. 36-109; SCAIFE, *Handbook of social media*, pp. 51-124.

⁷⁸⁹ See: ARTICLE 19, *United Kingdom (England and Wales)*, pp. 32-45; ROWBOTTOM, *Media law*, pp. 256-354; LAIDLAW, *Regulating speech in cyberspace* (2015).

⁷⁹⁰ Although criminal procedure issues might arise or become occasionally relevant along these lines, the study is not intended to attend this field properly. If interested, see: SCAIFE, *Handbook of social media*, pp. 189-232; WALTERS/WIEDLITZKA/OWUSU-BEMPAH/GOODALL, *Hate crime and the legal process* (2017), pp. 72-177.

(s. 127); (ii) public order: **Public Order Act 1986 (ss. 4, 4A and 5)**; and (iii) incitement to hatred: **Public Order Act 1986 (ss. 18-23 and 29B-29G)**.

2.1.3. Freedom of expression amidst so many criminal restrictions

In contrast with such an amount of speech restrictions throughout UK history, it is interesting to note that the common law did not generally recognise the right of freedom of expression until the Human Rights Act 1998 (HRA) came into force on 2nd October 2000⁷⁹¹. In short, quite paradoxically, there used to be a lot of criminal restrictions for a right not broadly guaranteed as such in common law⁷⁹². But one thing is to say that freedom of expression was not guaranteed and quite another is that it did not influence at all. In this line, BARENDT indicates that time before the HRA, there was a common law presumption supporting free speech: the already and more established legal rights should be protected unless a more powerful free speech argument supporting the opposite conclusion is given. Free speech has been used as a defence, exception or qualification in two different ways. Firstly, to limit other common law rules prone to restrict its exercise. And secondly, to control an Act of Parliament not to being construed or applied to restrict its exercise. However, there was one major problem left unattended until the HRA came into play, and that was the principle of parliamentary legislative supremacy. The judges were obliged to implement those statutes that were impossible to interpret as to safeguard free speech⁷⁹³. In summary, judges were tied hand and foot.

Currently, since the HRA was passed, it is unlawful for a public authority (e.g. a court or tribunal), which also includes any person whose functions are of public nature (e.g. police officers in service), to act in a way which is incompatible with a right included on the European Convention on Human Rights (e.g. the right to freedom of expression of the article 10 of the ECHR). If that is what consists of the s. 6 of the HRA, under the s. 3 of the HRA any public authority interpreting the UK legislation, even if passed before the

⁷⁹¹ Actually, just one reference could be found centuries back in the article 9 of the Bill of Rights (1689) but was intended to protect Members of Parliament exclusively. It was guaranteed that “*freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament*”. See ARTICLE 19, *United Kingdom (England and Wales)*, p. 15.

⁷⁹² Protection was usually dispensed simply in the name of «liberty» or «freedom». Towards the end of the 1970s, judges introduced the term «right» to freedom of expression. In addition, alluding to this very same idea, judges used to point to «constitutional right» to freedom of expression, or even to «Article 10» in a more generic way, since this is the freedom of expression article of the ECHR). See, together with a list of cases cited in support of these observations, AMOS, *Human rights law*, p. 600.

⁷⁹³ In detail, see BARENDT, *Freedom of speech*, pp. 39-42.

HRA came into effect, must read laws⁷⁹⁴ and give effect to them harmoniously with the ECHR to the extent possible. However, there is no power provided to courts for remaking or amending statutes. Only a higher court (s. 4(5) of the HRA) may make a declaration of incompatibility (s. 4(2) of the HRA), which would not affect the validity of the law in the case in which has arisen or in any other one (s. 4(6) of the HRA). The reason, once again, has to do with the parliamentary sovereignty. It is always up to the UK's Parliament to decide whether or not to amend the existing law. Even if there is a case for a remedial order, which is an HRA mechanism for amending the law promptly when a Minister of the Crown considers that there are compelling reasons to remove the incompatibility, a draft of the Order must be laid before Parliament for 60 days and approved by resolution of both Houses of Parliament. In yet more urgent cases, remedial orders allowing *ad interim* order will be ineffective lacking the approbation of both Houses of Parliament within 120 parliamentary days (s. 10 and Sch. 2 of the HRA).

In any way, there is no obligation for taking remedial actions since it constitutes a mere power in the hands of the Minister. That said, a failure to do so⁷⁹⁵ could adversely affect and compromise the UK on a political level, just like what would happen if the Parliament decides not to amend legislation due to a provision that has been held incompatible with a right included on the ECHR. In either case, the aggrieved individual can take the case to Strasbourg, whose decision can easily make the failure to amend legislation and/or not taking a remedial order resound louder in the political sphere at a national level (political redress)⁷⁹⁶. In any event, although the courts do not have the power to invalidate statutes, judges are still obliged, “*so far as it is possible to do so*”, to promote a reading that makes such legislation compatible with the HRA (s. 3(1) of the HRA). Such a technique for statutory interpretation is called «reading down». In other words, to avoid a declaration of incompatibility, the judicial authority seeks to limit the language used by the statutes by descending from the natural or possible meanings of a term to those that are compatible with the ECHR. Even though it is a highly controversial topic and has given rise to many

⁷⁹⁴ Note that the HRA at no point alludes to the possibility for the common law to become incompatible with the ECHR. Among others, see: SIMESTER/SPENCER/STARK/SULLIVAN/VIRGO, *Simester and Sullivan's*, p. 35; WILSON, *Criminal law*, p. 26.

⁷⁹⁵ Note that, even if it is said to be unlawful for a public authority “*to act*” in an incompatible way with a Convention right (s. 6(1) of the HRA), such a failure to act does not include to “*introduce in, or lay before, Parliament a proposal for legislation*”, or to “*make any primary legislation or remedial order*” (s. 6(6) of the HRA).

⁷⁹⁶ REID, *Public law*, pp. 370-371.

heated discussions⁷⁹⁷, it is worth mentioning a few words from Lord Bingham. As he stated, a Convention-compliant interpretation (s. 3 of the HRA), which probably demands the court “*to depart from the legislative intention of Parliament*”, is the “*primary remedial measure*” and a declaration of incompatibility (s. 4 of the HRA) an “*exceptional course*”⁷⁹⁸.

Even if we noted above that the validity of the law remains unaffected by a declaration of incompatibility already made by a higher court, this statement merits a little more clarification. We need to consider what about secondary legislation⁷⁹⁹. For instance, that would be the case of Acts passed by the Parliaments of Scotland or Northern Ireland, or by the National Assembly of Wales (s. 21(1) of the HRA). Although we are already anticipating what will be discussed in detail in the following section, the Scottish Act 1998⁸⁰⁰ stated that an Act passed by the Scottish Parliament would not be considered law “*so far as any provision of the Act is outside the legislative competence of the Parliament*” (s. 29(1) of the Scotland Act 1998). Precisely a provision that is “*incompatible with any of the Convention rights*” would be regarded as outside the Scottish Parliament's legislative competence (s. 29(2)(d) of the Scotland Act 1998)⁸⁰¹. Thus, if the Scottish Parliament has no powers to enact legislation incompatible with the ECHR, a declaration of incompatibility is not appropriate. A provision within an Act passed by the Scottish Parliament that is held incompatible with the ECHR is *ultra vires* or beyond the powers of such Parliament. The resolution for this puzzling problem would be to rule that no law exist since the whole Act is invalid⁸⁰².

⁷⁹⁷ For a detailed account on the interpretation duty under the s. 3 of the HRA, see DICKSON, *Human rights*, pp. 63-72.

⁷⁹⁸ *Attorney General's Reference No 4 of 2002 (On Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division)) Sheldrake (Respondent) v. Director of Public Prosecutions (Appellant) (Criminal Appeal from Her Majesty's High Court of Justice) (Conjoined Appeals)* [2004] UKHL 43, par. 28.

⁷⁹⁹ Overall, secondary legislation is seen as a low-level, delegated or subordinate legislation drafted mainly by Government ministers after the legislature allows with an act in this sense. This extended model of governance (mostly in the form of statutory instruments: rules and orders) serve to supplement, administer, support and enforce primary legislation.

⁸⁰⁰ For more details on this notable piece of constitutional legislation, see section «2.1.4.2. Scotland» *infra*.

⁸⁰¹ Similarly, “*a member of the Scottish Executive has no power to make any subordinate legislation, or to do any other act, so far as the legislation or act is incompatible with any of the Convention rights (...)*” (s. 57(2) of the Scotland Act 1998). For a detailed account on legislation passed by Members of the Scottish Government, see MURDOCH, *Reed and Murdoch*, pp. 76-84. Instead, on legislation passed by the Scottish Parliament, see MURDOCH, *Reed and Murdoch*, pp. 70-76.

⁸⁰² See: MURDOCH, *Reed and Murdoch*, p. 34; REID, *Public law*, p. 369.

Regarding the European Court of Human Rights' judgements on human rights affairs, it is well noticing that the UK's courts must "*take into account*" just the ones they consider being relevant to the ongoing proceedings (s. 2(1) of the HRA). Thus, they are not legally binding by them. Finally, the ECHR does recall that other rights already recognised by the law in the UK would not suffer any restriction (s. 11 of the HRA). In this sense, BARENDT enters some additional difficulties that the previous statement implies. On his view, a common law free speech right is still possible to allege before a court and, therefore, to be so recognised. What is posing the problem is to dissociate the Convention right of freedom of expression and the common law free speech right. Indeed, many doubts are still raising for the latter when assessing its continuity under the shelter of the ECHR⁸⁰³.

In other respects, it is noteworthy that the UK is now so cautious in the face of possible interference that checks its control over the right to freedom of expression and its limits⁸⁰⁴. Even though it has signed and ratified the Council of Europe Convention on Cybercrime, coming into force on 1st September 2001, the UK has neither signed nor ratified the Additional Protocol concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems⁸⁰⁵. The rationale for this refusal is clear once known what Vernon Coaker, Parliamentary Under-Secretary of State at the Home Office, responded when was asked in 2008. On behalf of the UK Government, he gave the following written notice: "*(...) our current law effectively deals with incitement to racial hatred, and strikes the right balance between the need to protect individuals from violence and hatred and the need to protect freedom of expression. We will therefore not ratify the protocol as it does not allow us to maintain our criminal threshold for this sort of offence*"⁸⁰⁶. However, pressure from the UN to strengthen the legal framework has also been significant in recent years⁸⁰⁷.

⁸⁰³ BARENDT, *Freedom of speech*, p. 45.

⁸⁰⁴ For a comprehensive and very recent commentary on cases in which UK courts have had to deal with the interpretation and application of the right to freedom of expression, see AMOS, *Human rights law*, pp. 600-660.

⁸⁰⁵ For an in-depth analysis of these leading texts, see subsection «a) *Cybercrime Treaty (2001) and Additional Protocol concerning the Criminalisation of Acts of a Racist and Xenophobic Nature Committed through Computer Systems (2003)*» included in section «3.2.2.1. *Council of Europe*» in *Part III*. For an analysis from the English law perspective, see also BRENNAN, "Legislating", *passim*.

⁸⁰⁶ HC Written Answers, Vol. 471, Col. 209W (January 29, 2008).

⁸⁰⁷ In 2015, among the general observations made to a report submitted by the UK, the UN HRC expressed its concern about "*the prevalence in the media and on the Internet of racist and xenophobic expressions that may amount to incitement to discrimination, hostility or violence*". The HRC then pointed out that,

2.1.4. Devolved and reserved matters in the UK

The contrasts and similarities between regions across the UK make it appealing to the reader and, at the same time, attractive to immerse ourselves in legal frameworks that are different from the English law but very close in spirit and with many elements in common (or at least familiar to each other). As before-mentioned, the Westminster Parliament remains the supreme law-making authority in the UK. Parliamentary sovereignty is not a matter in dispute, though there may be more skeptical or less receptive attitudes to the surrender of sovereignty idea. In fact, the enactment of varied, technical and increasingly detailed legislation sector by sector, together with the need to adjust such body of statutes or related legislation to local circumstances, makes it difficult and inadvisable to sustain a centralised system. Thus, since the late nineties, we are witnessing an asymmetrical devolution process to assemblies in Cardiff (Wales), Edinburgh (Scotland) and Belfast (Northern Ireland). From 1998, both Scotland and Northern Ireland had quite different models of devolution compared to Wales. We can anticipate then that there is a considerable body of legislation and case-law on hate crimes/speech already developed in the UK. It is crucial to detach them all from studying altogether. We will hereafter introduce each regional legal reality briefly, and this will provide us with a minimum and general basis for the subsequent development of far more specific content.

whether amounting to incitement or not, there had been a particularly worrisome trend consisting in “*the publication of material containing extremely negative stereotypes of ethnic, religious or other minorities, including persons of African descent and Muslims and particularly migrants and asylum seekers*”. Hence, the HRC urged the UK to “*effectively implementing and enforcing the existing relevant legal and policy frameworks on combating hate crimes*”. In particular, emphasis was placed on ensuring that those convicted persons receive an appropriate sanction. UNITED NATIONS, *Concluding observations (CCPR/C/GBR/CO/7)* (2015), par. 10. For some remarkable documents provided by the UN Human Rights Committee (HRC), which monitors the implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights (1966), see «3.2.1.2. *International Covenant on Civil and Political Rights (1966)*» in *Part III*. The UN CERD Committee, also within more general observations concerning a report submitted by the UK, insisted in 2016 that there were reasons to be deeply concerned about the rise of online hate speech. Despite being a different body within the UN organigram, the CERD Committee raised the same concern already stressed by the HRC: “[T]he negative portrayal of ethnic or ethno-religious minority communities, immigrants, asylum seekers and refugees by the media in the State party, particularly in the aftermath of terrorist attacks, and at the rise of racist hate speech on the Internet”. Finally, the CERD Committee recommended the UK to adopt «comprehensive measures» to tackle racist hate speech both online and offline. The CERD Committee highlighted that it was important to ensure the application of appropriate sanctions. UNITED NATIONS, *Concluding observations (CERD/C/GBR/CO/21-23)* (2016), pars. 15-16(d). For some remarkable documents provided by the UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), which monitors the implementation of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965), see section section «3.2.1.1. *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965)*» in *Part III*.

2.1.4.1. Wales

The Government of Wales Act 1998 led to establishing a legislative body for Wales in 1999, known as the National Assembly for Wales or Welsh Assembly. The executive and the legislature would operate as a unique body, and the Act also limited Welsh Assembly to pass secondary legislation when authorised by the UK Parliament. The Government of Wales Act 2006 disjoined the executive body (Welsh Assembly Government or Welsh Government) from the legislative one. And what is more, the Act provided a formula for the Welsh Assembly to obtain full law-making powers in well-defined twenty fields⁸⁰⁸. However, policing and criminal justice affairs were not devolved, so Wales kept stick to Westminster Parliament to tackle hate crimes through law⁸⁰⁹, unlike Scotland or Northern Ireland. The Wales Act 2014 and the Wales Act 2017 have also been passed, and the latter reversed the reserved matters model, and so did the legislative competence of the Welsh Assembly (s. 3 of the Wales Act 2017). By Schedule (Sch.) 1 of the Wales Act 2017, a new schedule about reserved matters is incorporated into the Government of Wales Act 2006. The fields not mentioned in the Sch. 7A the Government of Wales Act 2006 became those in which the Welsh Assembly uniquely has the legislative competence. Telecommunications and internet services are reserved matters, but policing and criminal justice are out of the list and, consequently, out of the Welsh Assembly's legislative reach. These areas, in particular, will be gaining presence throughout the study. All being said is the reason not to consider Wales a separate jurisdiction concerning a criminal law approaching study⁸¹⁰. From here on out, unless otherwise stated, *England and Wales law* (or *English law*) would be the unitary designation.

⁸⁰⁸ These broader subject areas were introduced by the Sch. 5 of the Government of Wales Act 2006, but it was not until March 2011 that the referendum was held in Wales asking about it: 63.49% voted *yes*, and 36.51% voted *no*.

⁸⁰⁹ This reasoning has nothing to do with the significant amount of development that Wales has done over the years in other areas of interest. It was more than evident with the *Community Cohesion Programme of the Welsh Government* initiated in 2009, as it starts reacting against negative social attitudes towards minorities via strengthening cohesion and a sense of community in Wales. The commitment also involved criminal justice agencies, local authorities and field researchers or organisations. The outcome was the launching of "*Tackling hate crimes and incidents: A framework for action*" in 2014. The relevance to the forthcoming study of cybercrime is unquestionable, since that framework has also been developed to tackle areas of hate crimes and incidents across cyberhate and bullying. Online access to all the contents: <https://gov.wales/topics/people-and-communities/equality-diversity/rightsequality/hate-crime/?lang=en>

⁸¹⁰ However, HORDER notes that secondary legislation is also the way to create criminal law obligations if there is the political will to do so. For example, is quite common for a statute to say "*it is an offence to breach regulations made under the powers granted by this statute*". Actually, that statute is setting the legal support for the later creation of offences by secondary legislation. Possibly, under the same powers, further secondary legislation could even be created to amend, restrict or extend the previous one. HORDER, *Ashworth's principles*, pp. 56-62.

2.1.4.2. Scotland

In November 1998, the Scotland Act 1998 was passed by the UK Parliament and set up the Scottish Parliament. The first elections were held on 6th May 1999, and six days after took place the first meeting. The Scottish Parliament was officially opened and received legislative powers on 1st July 1999. In the Sch. 5 of Scotland Act 1998, it is explicitly specified the not devolved or reserved matters to the Parliament of the UK (e.g. telecommunications and Internet services⁸¹¹). In that provision was assumed that the Scottish Parliament's legislative competence to make new laws was dependent on those areas not mentioned in the Sch. 5; that was the case for justice and policing. Therefore, Scotland has a self-governing criminal justice system. Although the Parliament of the UK still has the power to make laws for Scotland (s. 28(7) of the Scotland Act 1998), it will not normally legislate about devolved matters like criminal law without the consent of the Scottish Parliament (s. 28(8) of the Scotland Act 1998, amended by Scotland Act 2016). It is also an aspect to be considered the fact that, at the very moment the Scottish Parliament was established, Scotland already had three pieces of legislation to deal with hate crimes⁸¹². The first one, the Public Order Act 1986 (POA), created several offences relating to the incitement of racial hatred (Part III of the Act, ss. 17-29), being applicable either to England and Wales or Scotland⁸¹³. The other two laws introduced racially aggravated offences. As stated in its preamble, Criminal Law (Consolidation) (Scotland) Act 1995 (CLCSA) consolidates⁸¹⁴ for Scotland certain enactments creating offences and relating to criminal law there. More concretely, s. 50A of the Act contains the racially-aggravated harassment figure (in force from 30th September 1998 to present), which was immediately added in the s. 33 of the Crime and Disorder Act 1998 just for Scotland (by

In the Government of Wales Act 2006, there is a general restriction about this matter in the Sch. 5's Part 2(2). It is stated that a provision of the Sch. 5 cannot create, or confer power by subordinate legislation to create, any criminal offence punishable: a) on summary conviction, with imprisonment for a period exceeding the prescribed term (summary offences 5 weeks and triable either way offences 12 months) or with a fine exceeding the amount specified as level 5 on the standard scale; (b) on conviction on indictment, with a period of imprisonment exceeding 2 years. «Summary offences» are those triable in the Magistrates' court without a jury, and «either way offences» those that can be tried in the Magistrates' court or on indictment in the Crown Court by jury.

⁸¹¹ That is why, according to BARKER/JURASZ, Scotland has «one hand tied behind its back». As we will see, no legislative competence is given to pass a new Act or, what is more, to alter or to accommodate to its needs the vastly used Communications Act 2003 throughout the UK against abusive online communications. It is, for sure, a significant limitation. See BARKER/JURASZ, *Online misogyny*, p. 41.

⁸¹² HOPKINS, "Scotland's approach to hate crime law", pp. 19-20.

⁸¹³ Although these offences were much more recently extended to cover religious and sexual orientation hatred (Part III (A) of the Act, ss. 29A-29N), there are outside Scotland's scope of application.

⁸¹⁴ The legal term of consolidation is the process of replacing one or more pieces of legislation that have been much amended with a single new piece of legislation.

the same token, in force from 30th September 1998 to present). Noting these laws down serve us to remark the close ties between English law and *Scottish law* (or *Scots law*) against hate crimes, likewise to be extremely careful with the possible differences of treatment between them. Indeed, we must note before moving forward that the common law offences for Scotland may not be entirely identical to the common law offences for England and Wales. Before joining England & Wales to form the Union of Great Britain in 1707, judge-made law was already present in Scotland. Moreover, Scotland has even retained legal terminology that gives its system a very distinctive and, to a certain degree, non-comparable character⁸¹⁵.

2.1.4.3. Northern Ireland

In Northern Ireland, and after decades of direct ruling from Westminster, the Northern Ireland Act 1998 gave the region legislative control over non-explicit transferred matters. Unlike Scotland, policing and criminal law were here listed in the Sch. 3 about reserved matters⁸¹⁶. And, just like Scotland, telecommunications and internet services were also within those reserved matters. These were, essentially, matters on which the Northern Ireland Assembly could legislate but only with the consent of the Secretary of State (s. 8(b) of the Northern Ireland Act 1998) and the subsequent parliamentary control (s. 15 of the Northern Ireland Act 1998). Even with the legislative competence in some areas, the Parliament of the UK still had the power to make laws for Northern Ireland (s. 5(6) of the Northern Ireland Act 1998). Although appearances would suggest excessive centralism, it was also stipulated that an Act of the Northern Ireland Assembly could modify any provision made by or under an act of Westminster in so far as it was part of the law of Northern Ireland (s. 5(6) of the Northern Ireland Act 1998). But, how could a reserved

⁸¹⁵ DICKSON, «Common law», pp. 274-275.

⁸¹⁶ GILLIGAN notes that criminal justice was perceived to be an especially sensitive matter for just putting it in the hands of Northern Ireland's politicians. Despite everything, the author also remarks that the interest in passing hate crime legislation was manifested by the Members of the Legislative Assembly (MLAs) several times before made a success of it: «In May 2001, for example, the SDLP [Social Democratic and Labour Party] MLA Danny O'Connor raised the issue. In expressing the need for hate crime laws, he drew on his own experience of sectarian attacks on his family home. David Trimble, the UPP [Ulster Unionist Party] leader and Northern Ireland's first Minister, deplored the attacks, but also pointed out that responsibility for criminal justice was a reserved matter for Westminster. Trimble went on to say, however, that two junior ministers at Stormont had met with the Secretary of State for Northern Ireland to discuss the scope for strengthening legislation in this area. A year later, there had been no apparent progress. The Alliance Party raised the issue again. It accused the UK Government of 'stalling over bringing forward proposals for hate crime legislation' and claimed that these proposals had 'been in the pipeline' since the end of the previous year». GILLIGAN, *Northern Ireland*, p. 165.

matter become part of the law? The crux of the matter was in s. 4 of the Northern Ireland Act 1998, enabling a reserved matter to become a transferred one (or vice-versa). Following the formalities contained in s. 4, both policing and criminal justice were moved out from the reserved matters by the Northern Ireland Act 1998 (Amendment of Sch. 3) Order 2010, that came into force on 12th April 2010. Nothing has changed for the telecommunications and internet services areas mentioned above.

The Public Order (NI) Order 1987 (PONIO) was the only piece of legislation in force before the Northern Ireland Act 1998. Back in history, the ground-breaking act to impose penalties for incitement to hatred was the Prevention of Incitement to Hatred Act (NI) 1970⁸¹⁷. Then, in 1981, the Public Order (NI) Order 1981 was passed, and the former was repealed as to include its provisions on it⁸¹⁸. Concretely, incitement to hatred could thereafter be found almost word by word in s. 13 of the new Order. Once again, the order would be repealed by the Public Order (NI) Order 1987. The acts intended or likely to stir up hatred or arouse fear are still in force and located in ss. 8-17. Notwithstanding, as we will see, the order was made similar to the POA covering England and Wales and Scotland. Therefore, it is possible to restate that there were overlapping forces between

⁸¹⁷ On comparative grounds with Great Britain, the offence under s. 1 of the Prevention of Incitement to Hatred Act (NI) 1970 was notably based on the s. 6 of the Race Relations Act 1965, though it was extended to cover incitement on grounds of religious belief and incitement to fear. In this way, the particularities of the region were duly considered. Here what the s. 1 stated: “*A person shall be guilty of an offence under this Act if, with intent to stir up hatred against, or arouse fear of, any section of the public in Northern Ireland: (a) he publishes or distributes written or other matter which is threatening, abusive or insulting; or (b) he uses in any public place or at any public meeting words which are threatening, abusive or insulting; being matter or words likely to stir up hatred against, or arouse fear of, any section of the public in Northern Ireland on grounds of religious belief, colour, race or ethnic or national origins*” (s. 1). Additionally, a new offence like no other at that time in Great Britain was passed: “*A person shall be guilty of an offence under this Act if, with intent to provoke a breach of the peace whether immediately or at any time thereafter, he publishes or circulates in any way whatsoever any statement or report which he knows to be false or does not believe to be true, being a statement or report likely to stir up hatred against, or arouse fear of, any section of the public in Northern Ireland on grounds of religious belief, colour, race or ethnic or national origins*” (s. 2). In detail, see: LEOPOLD, “Incitement to hatred”, pp. 399-402; DICKEY, “Anti-incitement legislation”, pp. 135-136.

⁸¹⁸ The Prevention of Incitement to Hatred Act (NI) 1970 and the Public Order (NI) Order 1981 were proved to be almost useless. Under the first Act, there was an unsuccessful conviction attempt, and under the second, only one conviction occurred. On the one hand, the Loyalist John McKeague was charged together with two others for taking part in publishing the *Orange Loyalist Songbook*. McKeague was the leading of a neighborhood watch (*Shankill Defence Association*) organised to protect a loyalist area of Belfast. Since it was deemed impossible to prove that they intended to stir up hatred or arouse fear (s.1 of the Prevention of Incitement to Hatred Act (NI) 1970) on what was written on such hostile and sectarian book, the defendants were all acquitted in December 1971. On the other hand, the Belfast City councillor for the Democratic Unionist Party (DUP) George Seawright claimed as follows in a public meeting of the Belfast Education and Library Board: “*Catholics and their priests should be incinerated*”. It was found guilty under the s. 6(1)(a) of the Public Order (NI) Order 1981. Both cases involved incitement to sectarian hatred. In detail, see WHITE, «Law, policing», p. 78.

legal systems, even with different legislations as it was the case for *Northern Ireland law* (or *Northern Irish law*).

2.1.4.4. General comment on aims

The current panoramic view about hate crimes in the UK can be summed up in a few words: legislation, policy, policing and victimisation priorities differ considerably across the UK, and make the comparative analyses yet more difficult⁸¹⁹. Nevertheless, in order to be clear and concise, we already advanced that our principal focus for the whole chapter is to exam the available legislation in the UK and its implementation, not encompassing other areas of unquestionable interest. Also considering beforehand the plethora of hate crime/speech statutory laws available for some time now in the UK, it seems reasonable to focus on those that can either more directly or indirectly, react to hatred in the digital communications field. Actually, online hate has been combated with a totally fragmented legal corpus that mostly predates the birth of electronic communications era⁸²⁰. For the purposes of this study, cyberhate is defined as the use of electronic communication networks⁸²¹ (e.g. computer networks or mobile networks), that are most often public in

⁸¹⁹ AMNESTY INTERNATIONAL, *Tackling hate crime in the UK* (2017), p. 6. These differences are also noticeable in how hate incidents are recorded and dealt with at the police level. The path that such an incident follows when it reaches the criminal justice circuit is also different. For such a comprehensive approach to the different legal systems in the UK, including a breakdown of available data, see: UNESCO CHAIR FOR HUMAN RIGHTS AND PUBLIC AUTHORITIES/ERTZAINZA, *2018 Report* (2019), pp. 49-56; UNESCO CHAIR FOR HUMAN RIGHTS AND PUBLIC AUTHORITIES/ERTZAINZA, *2019 Report* (2020), pp. 46-82; UNESCO CHAIR FOR HUMAN RIGHTS AND PUBLIC AUTHORITIES/ERTZAINZA, *2020 Report* (2021), pp. 53-63.

⁸²⁰ The UK was the third country, in between the pioneering countries around the world, to include a national law which expressly provides a computer crime at some point throughout its provisions. That was the s. 8(1)(d) of the Forgery and Counterfeiting Act of 1981, that gave a meaning for “*instrument*” word contained on the following offences (ss. 1-5): a) Forgery; b) Copying a false instrument; c) Using a false instrument; d) Using a copy of a false instrument; and (e) Offences relating to money orders, share certificates, passports, etc. According to s. 8(1)(d), “*instrument*” means “*any disc, tape, sound track or other device on or in which information is recorded or stored by mechanical, electronic or other means*”. Before 1981, the Theft Act and the Civil Evidence Act, both adopted in 1968, gave loose interpretations for “*property*” and “*document*” but without directly referring to electronic communications. See SCHJOLBERG, *The history of cybercrime*, pp. 26-27.

⁸²¹ According to the Communications Act 2003, which applies to the whole of the UK legal systems, an «*electronic communications network*» means “(a) a transmission system for the conveyance, by the use of electrical, magnetic or electro-magnetic energy, of signals of any description; and (b) such of the following as are used, by the person providing the system and in association with it, for the conveyance of the signals: (i) apparatus comprised in the system; (ii) apparatus used for the switching or routing of the signals; (iii) software and stored data; and (iv)(...) other resources, including network elements which are not active” (s. 32(1) of the Communications Act 2003).

nature⁸²², in which the different electronic communication services⁸²³ available are used (e.g. internet access services, electronic mail services or messaging services) for committing a crime by expressing prejudice towards a person or group of persons due to one or more legally protected characteristics, which in the UK essentially are race, religion, sexual orientation, disability and/or transgender identity⁸²⁴.

Apart from electronic communication services (transmission services), there will also be within the scope of the study the bias crimes committed through content services⁸²⁵, which are those providing non-communicative related content (e.g. website content services, as would be the case for the digital version of a newspaper). Currently, indeed, both the transmission services and content-related services converge quite a lot (e.g. discussions in the comments section on news articles online). As mentioned immediately before the introductory section to this chapter, our focus will be exclusively on the criminal liability that arises for acts carried out by an Internet user and regarding self-generated content⁸²⁶. In addition, the core understanding of cyberhate (or online hate) demands us to focus on the group identity, not on the individual. However, as a scapegoat, the individual may well be the immediate victim of the offence. The offender will exceed the mere individual to produce a supra-individual impact on the group to which the individual belongs or is perceived to belong.

⁸²² A «public electronic communications network» means “an electronic communications network provided wholly or mainly for the purpose of making electronic communications services available to members of the public” (s. 151(1) of the Communications Act 2003). In detail, also addressing how social media platforms (e.g. Facebook or Twitter) fit in here, see subsection «b.2) Communications concerning the misuse of public electronic communications network» included in section «2.2.4.1. Targeted communications» *infra*.

⁸²³ An «electronic communications service» means “a service consisting in, or having as its principal feature, the conveyance by means of an electronic communications network of signals, except in so far as it is a content service” (s. 32(2) of the Communications Act 2003). In turn, the «conveyance of signals» is said to include “references to the transmission or routing of signals or of parts of signals and to the broadcasting of signals for general reception” (s. 32(8) of the Communications Act 2003). Finally, by «signal», the following is included: “(a) anything comprising speech, music, sounds, visual images or communications or data of any description; and (b) signals serving for the impartation of anything between persons, between a person and a thing or between things, or for the actuation or control of apparatus” (s. 32(10) of the Communications Act 2003).

⁸²⁴ Note that, once it comes into force, the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021 would include age and variations in sex characteristics to the list.

⁸²⁵ A «content service» means any service consisting of one or both of the following: “(a) the provision of material with a view to its being comprised in signals conveyed by means of an electronic communications network; (b) the exercise of editorial control over the contents of signals conveyed by means of a such a network” (s. 32(7) of the Communications Act 2003).

⁸²⁶ Therefore, not ignoring the dimension and complexity of the problem, criminal liability for third-party content, i.e. the liability of internet intermediaries, such as social media platforms, search engines, internet access providers, or web hosting service providers, will have no place in our analysis.

Finally, leaving this introductory section behind (Part I), we will see now how the remaining sections for the ongoing chapter will be organised. In Part II we will introduce the hate statutory laws that could be useful to confront cyberhate in the UK (English, Scottish and Northern Irish law) at present⁸²⁷. In this first part of the examination, we will refer to very selected case-law where strictly relevant. In Part III, we will see previously mentioned laws have applicability in the online environment by the hands of case-law. In other words, common law will take on major importance in the text, and the effectiveness of the legal responses to tackle hate online will be finally tested. Lastly, Part IV will contain a brief conclusion aiming to assess the current cyberhate regulation in the three legal systems of the UK by means of a comparison attempt with the Spanish framework.

2.2. The existing legal patchwork on hate crimes in the UK and the cyberhate concern

2.2.1. The relevance of motives within the criminal justice system (subjective test for hate crimes)

By and large, the point of departure for the vast majority of criminal theorists of the common law legal systems, and so the English common law, was that emphasis on motive is problematic and irrelevant to the offence. The motive is an *extraneous* element settled beyond the components of crime (actus reus and the mens rea), what makes criminal responsibility unaltered by it. This highly influential thesis is frequently attributed to HALL. In his seminal work *General principles of Criminal law*, first published in 1947, insisted in the extended misunderstanding about motives and their importance through the criminal law lens. In the presence of a criminal plan of action with subsequent stages to attend⁸²⁸, all of them are to be considered intentional actions, but with different significance with respect to criminal law. The harms originated by just some intentional actions that are forbidden by a given criminal conduct are sufficient to encompass the entire scope of the criminal relevance. The motives, in the sense of ulterior intentions

⁸²⁷ Note that the Hate Crime and Public Order (Scotland) Bill, which was introduced to Parliament in April 2020, became law on 23 April 2021. However, at the date of writing, no commencement date has been established for the provisions within the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021 (as enacted). Hereafter, this study will address what remains and is fully in effect while making proper references to the new Act where relevant. This new Act seeks to compile and merge the existing hate crime laws into one and only piece of legislation.

⁸²⁸ HALL did mention a clarifying example: «D plans to (a) buy a gun (b) and bullets (c) practice target shooting (d) break a window in X's home (e) enter (f) kill X (g) inherit X's money (h) use it to buy a newspaper (i) enhance his prestige and (n) so on and on, culminating in his ultimate vision of 'the good life'». HALL, *General principles*, p. 87.

seeking many other goals, fall outside the legally relevant meaning of that term. Motives behind any given conduct give us no more than relevant information surrounding the character of someone or at least the morality of a particular act. Intentions may be inferred from motives, but not vice versa. When asking why someone has chosen to act as he or she did, this is distinguishable and has nothing to do with the intentionality of the action at all⁸²⁹.

In one of the most authoritative and well-established textbooks of the UK, ORMEROD/LAIRD note that motives in criminal law did become distorted over the years due to the ambiguity of the language. The reason for calling them motives is because they are beyond the actus reus and the mens rea; in other words, they are immaterial to the offence⁸³⁰. In the criminal series of events such as the one presented by HALL, the motive is still considered an ulterior consequence also intended. The reason why these goals are named motive instead of intention is that they are not part of the offence. When motive's meaning is different from an emotion such as jealousy or greed, we mean motives that form part of the different species of intention. However, the conclusion reached by HALL represents one explanatory source for highlighting the importance of motives in the criminal justice system (motives as evidence). Bottom line, since people do not usually act without motives, the prosecution can provide evidence to support their motivation to commit a crime. This information simply makes more plausible that the offence has been committed⁸³¹. However, two more explanatory sources were being left unattended.

If we attempt to oversimplify the complexity of a criminal justice system, it is possible to observe two consecutive stages in which it develops. First of all, it would be decided whether the defendant is liable or not (liability or offence stage). Prototypically and apart from the singularities of strict liability offences, in which no mens rea is required, English criminal law distinguishes between different states of mind. These, separately or together,

⁸²⁹ HALL, *General principles*, pp. 83-93.

⁸³⁰ Example: «If D causes an actus reus with mens rea, he is guilty of the crime and on the orthodox view it is entirely irrelevant to his guilt that he had a good motive. The mother who kills her severely disabled and suffering child out of motives of compassion is just as guilty of murder as is the person who kills for gain or hatred. On the other hand, if either the actus reus or the mens rea of any crime is lacking, no motive, however evil, will make a person guilty of a crime». ORMEROD/LAIRD, *Smith, Hogan and Ormerod's*, p. 102.

⁸³¹ ORMEROD/LAIRD, *Smith, Hogan and Ormerod's*, pp. 102-104.

are crucially attended at this stage. Among the most extended classifications author by author, the four mental attitudes to determine where the line of culpability lies are:

- intention⁸³²
- recklessness⁸³³

⁸³² It is the highest category of culpability. Firstly, the intention might be seen as the offender's aim, objective or purpose to do something. According to the core meaning of intention, what is essential is that one acts to bring about an end or result. The means to this end thus also turn to be covered by intention. This should, in any case, be separated from the desire or wish for any consequences attached for acting the way he did. In addition, the intention is so broadly understood that intentional conduct can also be spontaneous (spontaneously formed intention), that is, without premeditation (lengthy formed intention). In short, we have here what we might call *purposive or direct* intention. However, an alternative view would be to equate intention with virtual certainty (*oblique or indirect* intention). Determining criminal liability this way means assuming that it would be sufficient to envision the result proscribed by law as one which is highly probable to occur. That is, the result is virtually certain to occur, or it is practically certain to follow from the behaviour. Therefore, the consequence is no more directly intended, but rather obliquely intended. Moreover, it makes no difference whether achieving the proscribed result was part of its purpose. This kind of expansion of the legal concept of intent has been severely criticised. As is often said, there is virtually no such thing as absolute certainty concerning future events in life. The consequence, therefore, is that many behaviours cross easily the –otherwise dubious– boundaries between reckless and intentional behaviour. In short, there is no legal definition established for the intention in English law, so this element is still problematic. The courts deliberately do not clarify this point, preferring the flexibility of an ambiguous concept that can be malleable enough to deviate from the reasoning held in other cases. Case law is very fluctuating on whether or not it is preferable to make a narrower interpretation for the legal meaning of intention. The idea of different approaches depending on the offence or the class of offences (offence-specific debate) seems to be gaining momentum. In detail, see: HORDER, *Ashworth's principles*, pp. 189-196; SIMESTER/SPENCER/STARK/SULLIVAN/VIRGO, *Simester and Sullivan's*, pp. 138-153; ORMEROD/LAIRD, *Smith, Hogan and Ormerod's*, pp. 89-101. For Scottish law, see CHRISTIE, *Gordon's Criminal law. Vol. I*, pp. 252-269.

⁸³³ Immediately below the intention, though often difficult to delimit with, is the culpable behaviour of recklessness. It essentially means taking unjustifiable risks that could harm others. There are different «shades of meaning» around recklessness that courts have constructed over the years. The standard test requires a conscious assumption of justifiable risks to cause particular harm. Thus, it demands the actual awareness of the risk taken at the time and the subsequent materialisation of such a risk (advertent recklessness). In addition, as far as the riskiness degree is an adjustable measure, any degree of risk is valid for establishing the indispensable minimum for a culpable behaviour of recklessness. As noted earlier, if the risk is too high to amount to practical certainty, the conduct could also be considered intentional. However, it has also been argued that a serious risk, and not just any risk, would be necessary for acting recklessly. Finally, regardless of the debate about what level of risk should be consciously taken, that risk has to be unjustified or unreasonable to take in a given set of circumstances. The socially attributed value to the activity concerned (e.g. playing a Russian roulette game with friends, instead of a surgical operation), and the seriousness of the harm one is aware of (e.g. breaking an object, instead of causing someone's death), alter the characterisation of an unjustified/justified risk. Once characterised as unjustified, the question that comes is whether a reasonable and prudent person would have taken that particular risk. Moving beyond this standard version of recklessness, the concept has also been expanded to encompass other meaningful scenarios. That is the case of the «couldn't care less» attitude. In these cases, someone has not even thought about the proscribed consequences simply because, on a personal level, they were completely irrelevant to him/her. We need to deal with the offender's practical indifference to certain aspects of a situation (practical indifference test), thus failing to give a proper thought. This has also led to demand the proof of a serious and obvious risk, settling the threshold higher. The traditional/standard conception of recklessness, as we can see, has been challenged and is still today subject to criticism for being under-inclusive. In fact, it has been criticised for not dealing fairly with an impulsive person who normally acts without thinking. Further, it has also been criticised for not considering that a person could be so worried about some aspects of reality while acting that would significantly be less worried for others. In detail, see: HORDER, *Ashworth's principles*, pp. 196-202; SIMESTER/SPENCER/STARK/SULLIVAN/VIRGO, *Simester and Sullivan's*, pp. 153-163;

- negligence⁸³⁴; and
- knowledge⁸³⁵

Secondly, as the motives apparently do not fit into those categories, it would be decided to what extent the defendant that already has found guilty of a criminal offence ought to be punished (sentencing stage). Then, it is pretty clear that a judge's sentencing discretion is supposed to be influenced by the offender's motives. What is more, the judicial practice in England and Wales was consciously sentencing in this way time before gaining statutory recognition⁸³⁶. By the same token, far from groundbreaking, the newly arrived statutory sentencing provisions in Scotland and Northern Ireland were just complementing the well-established common law powers to increase the punishment of hate crimes⁸³⁷. There is not a shade of doubt about the appropriateness of considering motives in sentencing. This is the traditional treatment hardly contested. The Crime and Disorder Act 1998 (s. 82) has paved the statutory way in the UK for then to come the Criminal Justice Act 2003 (ss. 145-146). Much more recently, these sections have found their place in the s. 66 of the Sentencing Act 2020, which came into force on 1 December 2020. Once to this point, what concerns us here is whether motives should form part of the substantive criminal law.

ORMEROD/LAIRD, *Smith, Hogan and Ormerod's*, pp. 101-113. For Scottish law, see CHRISTIE, *Gordon's Criminal law. Vol. I*, pp. 269-300.

⁸³⁴ Negligent behaviour is on a lower criminal liability scale compared to culpable behaviour. The key difference lies in the awareness (recklessness) or unawareness (negligence) of the unjustified/unreasonable risk finally taken. The offender was unaware of the risk –and thus inadvertently took it– but ought to have been aware of it. It is also negligent for a person to wrongly and unjustifiably conclude that the risk is so insignificant that it would be justified to assume it. Negligence turns to be an element within few crimes preventing behaviour well-known to amount to serious harm (e.g. careless and inconsiderate driving). The debate has also centred on whether negligence or gross negligence should be required in the serious offences for which negligence is established as criminal liability parameter. In detail, see: HORDER, *Ashworth's principles*, pp. 205-208; SIMESTER/SPENCER/STARK/SULLIVAN/VIRGO, *Simester and Sullivan's*, pp. 166-176; ORMEROD/LAIRD, *Smith, Hogan and Ormerod's*, p. 113. For Scottish law, see CHRISTIE, *Gordon's Criminal law. Vol. I*, pp. 300-303.

⁸³⁵ The category of knowledge is placed alongside intention, which is at the top of the hierarchical pyramid of culpable behaviour. If intention is related to a proscribed consequence covered by the offence (e.g. intent to kill), knowledge relates to facts or circumstances that are a defining feature of the crime (e.g. to damage property that belongs to another, the latter being known to the offender). As commonly defined, knowledge means «true belief». Simple as it may seem, knowledge often gives way to variations of this term (e.g. belief, suspicion, or having reasonable grounds for knowing/suspecting) that have slightly different meanings at a legislative level. In detail, see: HORDER, *Ashworth's principles*, pp. 202-205; SIMESTER/SPENCER/STARK/SULLIVAN/VIRGO, *Simester and Sullivan's*, pp. 163-166; ORMEROD/LAIRD, *Smith, Hogan and Ormerod's*, pp. 114-119.

⁸³⁶ See: MALIK, “Racist crime”, p. 415; BURNEY/ROSE, *Racist offences* (2002), p. 11..

⁸³⁷ McVEIGH, *Incitement to hatred* (2018), p. 30.

HUSAK notes with respect to HALL's theory on motives that if we aim to defend it at any price, we better critically think about the reasons for moving motives –in fact, a reflection of defendant's blameworthiness– from liability stage to sentencing stage. No reason could be brought, as no reasons are found for a narrow construction of only four mental states conforming mens rea. Motive is necessarily a state of mind⁸³⁸ and its systematic relegation of motives to the sentencing stage is unprincipled and rarely discussed for this author. What is even more curious is that the winds of change were coming from Anglo-American sentencing reformists rather than from liability theoreticians. One major advantage of incorporating motives to the substantive criminal law would be to extol «whatever significance motives are thought to have»⁸³⁹ in the offence, not for the judge. HUSAK, who went against the tide not embracing HALL's theory, argues that motives are relevant to criminal liability. For him, some motives could be subsumed in the broader category of intentions and others just not. Motives are «polymorphous collection of action initiators» to get to any end by acting. It no longer matters the differences between intentions and motives, but one connection is impossible to ignore: If an action is lacking a motive (purposeless action or done without hope of reaching the desired end through it), it is questionable that the action itself could ever been called intentional. The intention, as we might remember, is at least one of the most commonly studied mental states within the mens rea of an offence. In that sense, having or not a motive must be always relevant to the liability stage or the substantive criminal law. What might be irrelevant is to know what exact motive or motives come into play⁸⁴⁰.

Nowadays the reality upon the subject in the UK is that the prejudiced motivation does form part of an offence. According to GILLIGAN, there is no doubt that hate crime laws have shaken the foundations of sentencing on the grounds of mens rea. By punishing the offender's motivation, they have allowed the –untraditional– criminalisation of bad intentions to enter on the punitiveness pertinence debate for the criminal law⁸⁴¹. For

⁸³⁸ According to LACEY, maintaining an opposing point of view, even if motives are seen irrelevant to mens rea they somehow keep acting on it. Specifically, motives collaborate in the interpretative construction of the mens rea, for example, with the aggravated liability by way of observing racial or religious motivation. Inevitably, according to this author, the character (in this case, bad character) of the offender has its place in jury's deliberations as a form of interpreting far more consolidated categories of mens rea, such as intention or knowledge. LACEY, «The resurgence», pp. 162-163.

⁸³⁹ An example is also given: «If an assault motivated by racial hatred is believed to be more reprehensible than an assault motivated by sexual jealousy, this judgement should be explicitly included in a criminal code. A properly drafted criminal code should provide effective notice». HUSAK, *The philosophy*, p. 55.

⁸⁴⁰ For a more detailed explanation, see HUSAK, *The philosophy*, pp. 53-68.

⁸⁴¹ GILLIGAN, «Two wrongs don't make a right», pp. 173-175.

example, the motivation model was made a reality in the new range of aggravated offences firstly introduced under the Crime and Disorder Act 1998 (CDA)⁸⁴². Since then, these offences still encompass pre-existing ones “(...) motivated (wholly or partly) by hostility towards members of a racial or religious group based on their membership of that group” (s. 28(1)(b) of the CDA). According to Lord Justice Keene in *Taylor v DPP* (2006), from the explicit reference to hostility towards members of a group based on their membership could be assumed that it covers unspecified or indefinite hostility. That means with complete disregard if there is any such person there present or if it is hostility towards him (e.g. a person yelling out “*fucking nigger*” or “*fucking coon bitch*” for unknown reasons but undoubtedly motivated by racial hostility)⁸⁴³. Except for Northern Ireland, in which jurisdiction is no equivalent to the aggravated offences of the CDA, both English law and Scottish law pull in the same direction. There are also some provisions referring to the sentencing stage in the three legal systems across the UK that, even with different protecting priorities in mind, all of them were drafted mirroring the subjective test of English law.

Once the motivational factor is regarded as valuable for the criminal justice system⁸⁴⁴, further dilemmas may arise from which concrete standpoint to judge. Reflecting on racial motivation, MOODY/CLARK pose questions one after the other about which is that fairest viewpoint: «Should it be based on the victim’s belief that the offence was racially motivated? Should an objective standard be imposed by the judge or jury, that is what would a reasonable person have assumed was the offender’s motive? (...) Is this reasonable man or woman to determine motive from the perspective of an accused person, a bystander, a victim or the specific victim? Or is motive to be evaluated on a purely subjective basis, that is from the perspective of the particular accused?»⁸⁴⁵.

⁸⁴² While the role of motives influencing criminal liability remains exceptional, CARD/WARD do point to a «modern precursor» to the current offences under the CDA. That is the offence of reprisals against witnesses, jurors and others (s. 51(2) of the Criminal Justice and Public Order Act 1994). CARD/WARD, *The Crime and Disorder*, par. 8.18.

⁸⁴³ *Taylor (Selena) v DPP* [2006] EWHC 1202 (Admin), par. 18.

⁸⁴⁴ For a broad and synthetic view of the importance of motives, whether they are part of the offence or not, along with arguments for or against that significance, see HERRING, *Criminal law*, pp. 198-201.

⁸⁴⁵ MOODY/CLARK, “Dealing with racist victimisation”, p. 275.

2.2.2. The alternative threshold to the state of mind (objective test for hate crimes) and the converging point of «hostility» in between

All that has been previously assumed is a theoretical approach to the difficulties from which arose the different relevance of motives in the criminal justice system. But it is barely one-sided examination of the whole topic covered, not even the most relevant way to unmask prejudice-based offences in practice. For example, charges under the Crime and Disorder Act 1998 or Criminal Justice Act 2003 (CJA) due to the offender's motives have not been as numerous as one might have thought. In fact, it has been the opposite of what was originally expected. The number of case law is minimum compared to the recurring cases involving demonstrations of hostility (e.g. words that contain racially offensive language). While hostile motives are related to the inner motivation of the offender, demonstration of hostility is concerned with the outward appearance of such hostility⁸⁴⁶. This factor was first introduced in law to broaden the prosecution or sentencing possibilities⁸⁴⁷, but it was not that peaceful. The objective test for hate crimes was crossing the conservative criminal law position that requires to prove the offender's conscious culpability or subjective awareness. In another sequence of ideas, the objective

⁸⁴⁶ *R. v Rogers (Philip)* [2007] UKHL 8, par. 6.

⁸⁴⁷ When discussing the Bill for the Crime and Disorder Act 1998, Lord Falconer of Thoroton referred to racial motivation as “*notoriously difficult to prove*” or “*illusory matter of proof*”. He defended the Bill explaining that examples such as “*You are a Welsh something*” or “*a Paki something else*” should better prove by themselves the racially aggravating nature of the offence. The Government itself would recognise that, although racial hostile motivation was the central model to guide the application of the newly designed racially aggravated offences, a much more realistic test was necessary. That was the racial hostility demonstration test, a far less subjective one. Further ahead in time, JEPSON would advocate for what he called the «but for the race of the victim» approach. The first step would be to determine whether the basic offence has been committed beyond a reasonable doubt. Then, the turn comes to determine whether the basic offence would have been committed *but for* the race of the victim or intended victim. The example given reads as follows: «Suppose Tom finds Muhammad in bed with his wife and punches him saying: ‘Take that you black bastard’». According to this author, the objective test for hate crimes (hostility demonstration) would entail the risk of punishing expressions of racist views such as the one in the example. As for the subjective test for hate crimes (hostility motivation), it would be difficult to establish with certainty that the offender was motivated by the victim's race, as he could always give other persuasive explanations. Therefore, a more stable approach than hostility motivation and a more effective and reliable approach than hostility demonstration would be the *but for* approach. Taking this model as a reference, the preceding example would be easily solved: «[T]he jury could recognize the racial hostility – but conclude that Tom would have punched any man he found in bed with his wife. As such, the jury would be entitled to conclude that the assault was due to jealousy and have occurred irrespective of the race of the victim. Thus, on the facts, the jury could decide that Tom is not guilty of the racial element associated with the criminal assault». In any case, what is important to note here is that the flaws detected in the hostility motivation (subjective test) and the hostility demonstration (objective test) approaches have led to outlining new solutions. See: HL Debate, Vol. 585, Col. 1273 (February 12, 1998); LENG/TAYLOR/WASIK, *Blackstone's guide to the Crime*, pp. 42-43; HOME OFFICE, *Racial violence and harassment* (1997), pars. 8.2-8.5; JEPSON, *Tackling*, pp. 210-211.

test was getting closer to the anti-discrimination law by recognising the sufficiency of the actual harm to the victim⁸⁴⁸.

We should briefly foresee this counterpart test established by the s. 28(1)(a) of the CDA, on the occasion of a better understanding. It is also a matter to consider beforehand that Northern Ireland has developed the same objective test comparing to England and Wales, and that Scotland has a similarly written one with slight but no substantive wording variations⁸⁴⁹. Furthermore, as it was the case for the subjective test, the objective test extends its branches to stand-alone aggravated offences and to sentencing provisions in each legal system of the UK. However, once again, the exception is Northern Irish law, that has not designed the aggravated offences by listing them. Fully aware of that, the CDA states that an offence is racially or religiously motivated if “*at the time of committing (...), or immediately before or after doing so, the offender demonstrates towards the victim of the offence hostility based on the victims membership (or presumed membership) of a racial or religious group*” (s. 28(1)(a) of the CDA). According to CARD, it is definitely not that simple to bring evidence of an unmistakable demonstration of racial hostility, which must also be obtained from the narrow time period marked by law⁸⁵⁰. Additionally, it is hard to imagine how can be racial hostility demonstrated other than by unambiguous and coetaneous⁸⁵¹ words, either spoken or written, with a minimal racial content⁸⁵².

We can take for granted from now onwards a common feature whatever the UK’s legal system we are referring to. That would be the elastic concept of “*membership*”, making

⁸⁴⁸ MOODY/CLARK, “Dealing with racist victimisation”, p. 276.

⁸⁴⁹ In detail, see sections «2.2.3.1. England and Wales», «2.2.3.2. Scotland» and «2.2.3.3. Northern Ireland» *infra*.

⁸⁵⁰ Even though, CARD/WARD did present a couple of situations where the time limitation could become meaningless and, hence, not run in practice. For example, the most likely situation is an accused defending his cause in such a way that lets the prosecution portraying his character flawlessly, or revealing some of his previous convictions. In detail, also by comparison with the offence of robbery, whose legal wording shares time limitation similarities, CARD/WARD, *The Crime and Disorder*, par. 8.17

⁸⁵¹ In contrast to this objective test, already mentioned above, the racially hostile motivation test is not restrained to coetaneous statements. However, it must be shown that, even if statements were not contemporary with the act, they must be, either way, more relevant than harmful in order to be admitted as evidence (e.g., someone who accidentally bumps into a black man on the doorway while entering his house and insults him contemptuously for being black, although it is not until a week later that the same individual kills that man once discovered that he had been sleeping with his wife). In this regard, see LENG/TAYLOR/WASIK, *Blackstone’s guide to the Crime*, p. 43.

⁸⁵² And this would be so even if we admit that the objective test for hate crimes really tried to simplify the self-evident complexities marked by the subjective one. See CARD, *Public order law*, pars. 4.74 and 4.77.

its protection extendable to any victim associated or presumed that is associated with members of the groups already recognised by law (e.g. association through marriage or adoption, friendship or any kind of socialisation)⁸⁵³. However, it must be noted a curious aspect in Scotland, since it breaks somehow that «targeting by association» homogeneity among protected characteristics. Even if the Scottish law does refer to membership on the objective test, no matter of the statute, and maintains the racially or religiously aggravation by association, there is a one-off deviation. In sentencing provisions of ss. 1 and 2 of the Offences (Aggravation by Prejudice) (Scotland) Act 2009 (OAPSA), which are referred to disability, sexual orientation and transgender identity prejudice, there is no allusion to the group membership of the victim, so nor could be the association implied⁸⁵⁴.

Evidence gathering, as there is no state of mind needed to be proved, turns to be objectively easier with demonstration of hostility, in contrast with the evidence of motivation (e.g. racist views) of the offender. After all, as shows *RG, LT v DPP* (2004), the same amount of evidence that is necessary to prove demonstrations of racial or religious hostility might be normally useful to establish the motive as well. There is neither a prevailing necessity to subsume a racially aggravated element of an offence into one of those models⁸⁵⁵. They are possibly complementary more than mutually exclusive.

⁸⁵³ See in English law: s. 28(2) of the Crime and Disorder Act 1998 and s. 145(3) of the CJA (now in s. 66(6)(c) of the Sentencing Act 2020). See in Northern Irish law: s. 2(5) of the Criminal Justice (No. 2) (NI) Order 2004. See in Scottish law: s. 96(3)(b) of the Crime and Disorder Act 1998, s. 74(6) of the CJSA and s. 50A(3) of the CLCSA. As we may see, the different statutes refer to the victimisation by association exclusively for the objective test for hate crimes. However, following Lord Justice Keene's view in *Taylor v DPP* (2006), one would expect that the UK Parliament has intended to cover association for the subjective test as well. It ought to be so due to the wide-ranging terms used (e.g. s. 28(1)(b) of the Crime and Disorder Act 1998 refers to "hostility towards members of a racial or religious group based on their membership of that group"). Lord Justice Keene notes down an example that could be rephrased as follows: a white man hearing racial abuse towards blacks (e.g. "fucking nigger" or "fucking coon bitch") and making him recall his loved one. In that case, the victim would be the white hearer man if the abusing language, for instance, caused him to be in distress (ss. 28(1)(b) and s. 31(1)(c) of the Crime and Disorder Act 1998). See *Taylor (Selena) v DPP* [2006] EWHC 1202 (Admin), par. 18.

Aligned with Lord Justice Keene in *Taylor v DPP* (2006), see CARD, who also remarks what was earlier explained; namely, that unspecified or indefinite hostility towards members of a racial group, which may not be the group to which the victim of the offence belongs to, are also covered by s. 28(1)(b) of the Crime and Disorder Act 1998. This makes the association clause unnecessary, unlike in s. 28(1)(a) of the Act. In detail, see CARD, *Public order law*, par. 4.76 and 4.79. For further details, see also LENG/TAYLOR/WASIK, *Blackstone's guide to the Crime*, p. 46; PADFIELD, *A guide*, par. 3.4.

⁸⁵⁴ In truth, it is a comparative disadvantage that people from different grounds (race, religion, disability, sexual orientation or transgender identity), who are equally selected presuming to be what they are not, receive different legal responses. Nevertheless, it seems that the Scottish Government is perfectly aware and aims to modernise the legislation revising the unfairness. See: BRACADALE, *Independent review* (2018), pars. 3.37-3.39; SCOTTISH GOVERNMENT, *One Scotland* (2018), pp. 34-36.

⁸⁵⁵ Having said that, Scotland's s. 96(2) of the Crime and Disorder Act 1998, s. 74(5) of the Criminal Justice (Scotland) Act 2003 and ss. 1(4) and 2(4) of the OAPSA impose a statutory exception to the subsumption argument when stating that evidence from a single source shall be sufficient to establish that an offence is

However, it was suggested in that case that the timeline could also be relevant to determine whether to apply the subjective or the objective test. Evidence that is drawn from the immediacy of the tried incident is essentially related to the objective test, whereas evidence from the past that helps to confirm the racist worldview of the offender can at least act as an evidence for the subjective test⁸⁵⁶. In social media, it is particularly complex to identify the offender's motivation within the framework of a tweet or comment on Facebook. Therefore, more contextual information should be provided to the plain message or messages. According to LILIENTHAL/AHMAD, it would be necessary to identify when was the authors motivation displayed for the first time, which is almost impossible on the net. Hence, the judges can only infer the state of mind from the statements that involved in time any criminal conduct⁸⁵⁷. Ultimately, this practice on courts would also link with the demonstrations of hostility, casting serious doubts on the motivational approaching to online hate crimes.

In fact, it was known from the very beginning that hostility demonstrations were behind the great majority of prosecutions⁸⁵⁸. *R. v Rogers* (2007) made evident that, even if the proof of such demonstrations of hostility was not exclusively dependent on using particular words, the use of those well-known terms of verbal abuse would normally lead to it. The wearing of swastikas or the singing of certain songs are other alternatives with this aim in mind. It is not to say that whenever a racial word is uttered is sufficient. In the same case, it was clarified that when gross abuse includes racial epithets but all the relevant circumstances considered there is no apparent hostility to the race in question, then there is no reason to charge an offence as racially aggravated⁸⁵⁹. Moreover, in the earlier case *DPP v Pal* (2000) was clearly stated that it will always be necessary for the prosecution to prove the demonstration of hostility, even though the use of racially abusive insults would ordinarily do so⁸⁶⁰.

aggravated. Hence, the objective test must be used alternatively to the subjective one. However, it could be found an exception within the exception, because the racially aggravated offence or harassment in Scotland do not reflect such a clause (see s. 50A of the CLCSA).

⁸⁵⁶ *RG, LT v DPP* [2004] EWHC 183 (Admin), pars. 14-15.

⁸⁵⁷ LILIENTHAL/AHMAD, "Hate crime and social media", pp. 188-193.

⁸⁵⁸ BURNEY/ROSE, *Racist offences* (2002), p. 13.

⁸⁵⁹ *R. v Rogers (Philip)* [2007] UKHL 8, pars. 13 and 17.

⁸⁶⁰ *DPP v Pal (Roshan Kumar)* [2000] WL 191187, par. 16.

Easier as it might seem moving on from motives model to demonstration of hostility model, there was one challenge left that was keeping out of sight many other complexities. That was to prove the vague concept of “hostility” beyond reasonable doubt. English law and Northern Irish law do not point to hate or prejudice in its statutory provisions. It points, irrespective of the test, to hostility. Scottish law is not that far, preferring doing reference to “*evinced*” rather than to demonstrate, and to “*malice and ill-will*” instead of hostility⁸⁶¹. What legal definition or interpretation is given to the central term of hostility in the UK? As strange as it sounds, there is none. In England and Wales, it is quite symptomatic that the Crown Prosecution Service (CPS) currently redirects legal practitioners to every day or dictionary definitions⁸⁶², including “*ill-will, ill-feeling, spite, prejudice, unfriendliness, antagonism, resentment, and dislike*”⁸⁶³. In its 2014 Consultation Paper, the Law Commission for England and Wales (henceforth cited as Law Commission)⁸⁶⁴ considered that an ordinary definition of hostility includes “*being unfriendly, adverse or antagonistic*”, and that might also include “*spite, contempt or*

⁸⁶¹ During the passage of the CDA 1998 Bill, for example, there were different attempts to standardise the wording between English law and Scottish law. Lord Meston did the first attempt noting the following: “*Why is it necessary or desirable to have the expression ‘evinces malice and ill-will’ in some places and the expression ‘demonstrates hostility’ elsewhere? Apart from the argument for consistency, unless there is some good reason I suggest that the more modern and simpler English version is preferable*”. In response, Lord Monson’s proposal was basically the opposite: “*If the words ‘malice and ill will’ were to be substituted for ‘hostility’, it would make the subsection much more acceptable. ‘Hostility’ can be extremely minor and it can also be transient. (...) Hostility can be a passing thing. ‘Malice and ill will’ are fairly strong. You have to be fairly nasty to express malice and ill will, so that would be more acceptable than hostility, which, as I say, can be very trivial*”. See HL Debate, Vol. 585, Cols. 1268 and 1277 (February 12, 1998).

The necessity of standardisation was the bare minimum agreement. However, BRACADALE explains that despite the two clauses having the same effect, it was finally preferred to choose “*evincing malice and ill-will*” for Scotland. The expression was said to be more rooted in the history of Scottish criminal law and, as such, was more familiar to the courts. Nevertheless, he recommends an easier and understandable use of the language, which is the case for the “*demonstration of hostility*”. Despite apparently agreed, the Scottish Government has finally ignored this recommendation and s. 1(1) of the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021 continues with the very same wording (malice and ill-will). See: BRACADALE, *Independent review* (2018), par. 3.10; SCOTTISH GOVERNMENT, *One Scotland* (2018), p. 9. Favouring Scottish rather than current English terminology for English law, see CARD/WARD, *The Crime and Disorder*, par. 8.17.

⁸⁶² Even though the term hostility was not the one submitted for debate, *Ealing LBC v Race Relations Board* (1972) and *Mandla v Dowell Lee* (1983) were cited in *R. v White* (2001) as to conclude that the Court was not constrained to any dictionary’s definition. In fact, it is claimed that “*(...) statutory language is intended to be given a broad, non-technical meaning. Moreover, words are to be construed as generally used in the jurisdiction of England and Wales*”. See: *Ealing LBC v Race Relations Board* [1972] AC 342; *Mandla v Dowell Lee* [1983] 2 AC 548; *R. v White (Anthony Delroy)* [2001] EWCA Crim 216, par. 17.

⁸⁶³ See: CPS, *Racist and religious hate crime* (2020); CPS, *Disability hate crime* (2020); CPS, *Homophobic, biphobic and transphobic hate crime* (2020).

⁸⁶⁴ The Law Commission for England and Wales is a body established “*to take and keep the law under review with a view to systematically developing and reforming it*”, so “*it considers the codification of the law, the elimination of anomalies, the repeal of obsolete and unnecessary enactments, a reduction in the number of separate enactments, and simplification and modernization generally*”. LAW, *A dictionary of Law* (2018), p. 392. Also, see GARNER, *Black’s law dictionary* (2019), p. 1058.

dislike”. However, it suggests that bias would be a preferable term⁸⁶⁵. According to Judge Desmond MARRINAN, who undertook an independent review of Northern Ireland's hate crime legislation in late 2020, he would welcome and look favourably on incorporating a «wider range of attitudes» (e.g. bias, prejudice or contempt) rather than maintaining hostility⁸⁶⁶. Beyond the lexicon, the hostility must emerge itself in some form⁸⁶⁷, usually as racist abuse, and serves to explain, at least in part, the attack.

For WALTERS, one of the most prominent and internationally acclaimed UK's scholars in the field, there is no doubt that judges and juries are systematically left to their fate when discerning the meaning that hostility might have. This point is hugely important since aggravating decisions of similar conducts will not just differ from case to case, but also between different geographical locations. There is great confusion amongst academics as well, as this particular lead anyone to think in a kind of paradox. On the one hand, colloquial or ordinary meanings of hostility are probably unfairly broadening the criminalization possibilities. The law is casting a wide net, according to this author. On the other hand, the struggle to narrow down hostility's meaning is counter-productive. Giving a straightforward interpretation could lead to ignoring more subtle processes of long-term victimization⁸⁶⁸. This is the Achilles heel and simply not conceivable among the vast majority of literature on hate crimes.

Despite everything, WALTERS stands up for proscribing offences motivated by hostility (subjective test) and demonstrations of hostility (objective test), reinterpreting the latter as to reinforce its consistency and effectiveness in practice. This does not mean that the new one replaces the objective test («hostility demonstration» test), but rather that they become alternatively applicable. He essentially embraces the discriminatory

⁸⁶⁵ As it is expressly noted, bias is “(...) a potentially broader signifier for an attitude towards a group or a particular victim, which could encompass deliberate selection by an offender due not only to hatred or hostility, but also to the victim's perceived vulnerability or inability to resist or defend against the crime”. LAW COMMISSION, *Hate crime: should the current* (2014), pars. 2.7 and 5.38-5.43.

⁸⁶⁶ In his view, «such a change might also be seen as fair labelling and providing more certainty in understanding the nature of this species of offending». MARRINAN, *Independent review* (2020), pars. 6.49 and 6.114-6.115.

⁸⁶⁷ Hostility can therefore be said to be an element that accompanies the offence, being extraneous to it. No inference is required, as it has to be objectively evident that it has *de facto* manifested itself in one form or another. SIMESTER/SPENCER/STARK/SULLIVAN/VIRGO, *Simester and Sullivan's*, p. 477

⁸⁶⁸ WALTERS, “Conceptualizing ‘hostility’”, pp. 48-49.

selection model⁸⁶⁹ (also referred to as group selection model), making the objective test even more accurate. There should be demonstrated whether the offender intentionally and/or knowingly expresses animosity against the victim's identity characteristics, which are those protected by law. This may help to answer any doubts of the literalism of the law about whether or not the Act was assuredly requiring the intentional nature of hostility demonstrations, which is frequently lacking in the «heat of the moment» speech stigmatization. In fact, England and Wales, Northern Ireland and Scotland provide by law that, to any extent, other factors supporting a situational hostility (e.g. angered hostility) cannot overshadow the real hostility's interest here⁸⁷⁰. Any reason other than racial hostility does not make any difference⁸⁷¹. The relevance for the offence to be so aggravated should not be a manifestation of prejudice, but the selection of the victim because of or by reason of his or her identity⁸⁷². Thus, the subjugating effect that causes the act and that was known –or intentionally sought– by the offender is the basis for the aggravation⁸⁷³. WALTERS supports what we may call a «by reason of» test or threshold. Apart from England and Wales⁸⁷⁴, this model has also received careful attention from Scotland and Northern Ireland. However, different conclusions have been reached in these two legal systems. This is mainly due to the degree of support for this model (*by reason of* test), which has also been different in those places.

⁸⁶⁹ In detail, see sections «1.2.2.3. *Discriminatory conception*» and «1.5.2. *Generic aggravating circumstance of Art. 22.4 of the SCC: lights and shadows of its dogmatic basis*» in *Part I*.

⁸⁷⁰ See in English law: s. 28(3) of the Crime and Disorder Act 1998 and s. 146(4) of the CJA (now in s. 66(5) of the Sentencing Act 2020). See in Northern Irish law: s. 2(4) of the Criminal Justice (No. 2) (NI) Order 2004. See in Scottish law: s. 96(4)(b) of the Crime and Disorder Act 1998, s. 74(2A) of the Criminal Justice (Scotland) Act 2003, ss. 1(3) and 2(3) of the OAPSA and s. 50A(4)(b) of the CLCSA.

⁸⁷¹ However, it is essential to emphasize that the prosecution will always have a positive duty to properly prove this point, avoiding the temptation to take it for granted when combined with other sorts of hostility. LENG/TAYLOR/WASIK, *Blackstone's guide to the Crime*, p. 45.

⁸⁷² IGANSKI used to set up «heat of anger» against «cold hatred», remarking that whereas the former is a transitory mental state, the latter represents a resilient inclination of mind. Probably, that is why he maintains that even if someone is involved in a passionate or fiery argument, the resulting action or response remains a quicker and consciously taken one. The hostility –or cold hatred– that actually reside below those incidents must be exposed. Also revisiting these thoughts, GILLESPIE provides an example of the utmost interest here: «X posts a message to y on a social media site saying 'you're a dirty z' where z is a racial insult. There may be any number of reasons why x dislikes y but he has made a deliberate decision to base this on the ethnic origin of y, going beyond the personal into a collective stance». In detail, see: IGANSKI/SWEIRY, «Hate crime», p. 401; GILLESPIE, «Hate and harm», p. 493; IGANSKI, *Hate crime*, pp. 2 and 29; IGANSKI, «Criminal law», pp. 2 and 5-6.

⁸⁷³ In detail, see WALTERS, «Conceptualizing 'hostility'», *passim*. For BAKALIS, it seems clear that the aim is to protect and preserve «broader societal values». Crimes committed against certain groups are far more harmful to society than those directed at others. BAKALIS, «Gender as a protected characteristic», pp. 74-75.

⁸⁷⁴ LAW COMMISSION, *Hate crime laws* (2020), pars. 15.83-15.88.

As a result of conducting an independent review of hate crime legislation in Scotland, the Scots –retired– judge Lord BRACADALE noted in the resulting report (2018) that WALTERS pointed to a model “*based on identity rather than hostility*”. In that sense, the scope of hate crimes is extended to cover those offences “*committed because of the perceived vulnerability of the individual arising from protected characteristics*”. In his view, the individual's vulnerability will often arise from issues associated with protected characteristics (e.g. race or religion) rather than from the identity characteristics themselves. This, in turn, makes it extremely difficult to determine with sufficient certainty whether the selection of the victim was indeed based on identity characteristics⁸⁷⁵.

However, WALTERS insisted that his model did not allude to an individual's vulnerability but was rather based on «the decision by the offender to select the victim based on their protected characteristic». The perceived vulnerability is a mere indicator for a better understanding of the phenomenon as a whole. What is more, the perceived vulnerability «cannot be disentangled from the judgments that offenders make about the worthiness of their victim's value as human beings». It is not sufficient to have committed the offence against someone who meets certain characteristics. This fact would surely give us some clues but would not pass the proposed threshold. What WALTERS really argues is that the victims were victims for being previously selected for who they were. Only then can it be held that discriminatory motives guided the offender's criminal action, which would therefore be based on prejudice towards the victim's membership⁸⁷⁶. In this way, the newly reconfigured objective test would solve the motivational model's constraints. Be that as it may, BRACADALE finally admits that it is a «controversial issue», even if he is not a pro-change campaigner⁸⁷⁷.

In contrast, Judge Desmond MARRINAN would reach a very different conclusion in the independent review of Northern Ireland's hate crime legislation (2020). MARRINAN disagrees with BRACADELE and argues that the model proposed by WALTERS will primarily benefit people with disabilities, whose victimisation is a major cause for

⁸⁷⁵ In detail, see BRACADALE, *Independent review* (2018), pars. 3.14-3.27.

⁸⁷⁶ In detail, see WALTERS/OWUSU-BEMPAH/WIEDLITZKA, “Hate crime”, pp. 982-984.

⁸⁷⁷ BRACADALE, *Independent review* (2018), par. 3.27.

concern in Northern Ireland today⁸⁷⁸. However, Judge MARRINAN has opted for recommending not to replace the subjective test («hostility motivation» test), as suggested by WALTERS⁸⁷⁹, but to combine that one with the objective test («hostility demonstration» test) and the «by reason of» test⁸⁸⁰. In my view, if the legislative landscape was already complex, this certainly surpasses any other proposal in the level of sophistication.

At the time of writing, the Law Commission has not yet reached nor adopted a definite position to recommend the discriminatory selection model⁸⁸¹. Despite strong arguments supporting this step forward, it also notes that hate crimes necessarily implies “*a degree of conscious animus towards the targeted characteristic*”⁸⁸². Overall, this is also a point that has been defended in *Part I* of this study concerning the generic aggravating circumstance of the Spanish Criminal Code⁸⁸³. In other words, we have recommended adopting the discriminatory selection model without completely disregarding the subjective element (prejudiced/biased mental state) necessarily present at the origin of human conduct.

2.2.3. Expression-oriented hate crimes: aggravated offences and penalty enhancement sentencing provisions

The expression-oriented hate crimes⁸⁸⁴ (or hate crimes that engage freedom of expression) have two limbs, both related to the main stages shown above when considering the relevance of motives for the criminal justice system. In the offence stage,

⁸⁷⁸ MARRINAN, *Independent review* (2020), pars. 6.74-6.80 and 6.116-6.118.

⁸⁷⁹ WALTERS/WIEDLITZKA/OWUSU-BEMPAH/GOODALL, *Hate crime and the legal process* (2017), p. 206.

⁸⁸⁰ The «by reason of» test, according to the Judge, should be included in a Northern Irish prospect Hate Crime (NI) Bill as follows: “*Any offence (the basic offence) may be aggravated in relation to (one or more of the protected characteristics) for the purposes of this Article if: c) The offence is committed (wholly or in significant part) by reason of hostility, bias, prejudice, bigotry or contempt based on the victim’s membership (or presumed membership) of (one or more of the protected characteristic/s)*”. MARRINAN, *Independent review* (2020), par. 6.118.

⁸⁸¹ Therefore, the Law Commission is also hesitant about the «by reason of» test, as can easily be seen in the following lines: “*While this approach enjoys significant support amongst some disability rights advocates, we have concerns about the wider implications of removing evidence of animus from the legal test altogether. We question whether it is right that offenders who do not hold or display any animus towards the characteristic group should be characterised as “hate crime” offenders*”. In detail, see LAW COMMISSION, *Hate crime laws* (2020), pars. 15.83-15.88.

⁸⁸² LAW COMMISSION, *Hate crime laws* (2020), pars. 15.70-15.72.

⁸⁸³ For a detailed explanation, see «1.2.2.3. Discriminatory conception» and «1.5.2. Generic aggravating circumstance of Art. 22.4 SCC: lights and shadows of its dogmatic basis» in *Part I*.

⁸⁸⁴ See, in detail, BROWN, *Hate speech law*, pp. 35-38.

some provisions bring to light dissimilar substantive offences by way of adding the hatred or animosity element, due to some ascriptive characteristics (race, religion and so on), to basic offences (assault, harassment, etc.) already agreed-upon. The exception is the s. 50A of the CLCSA relating to racially-aggravated harassment offence. This section represents a standalone offence in which the hatred element has been already considered and is not attached by a separate statutory aggravation. The rationale behind this section would be studied soon. In the sentencing stage, some other provisions involve penalty (community service, fine, prison sentence, etc.) enhancement (which also includes, if that were the case, changing from one criminal penalty to another) for those already found guilty of almost any offence. It is imposed when their offending was pervaded by hatred or evident animosity based on some ascriptive characteristics (race, religion and so on).

One way or the other, the reality is that both limbs are somehow applied to pre-existing offences⁸⁸⁵. This understanding brings the key to enable a far-reaching and indirect protection to almost all the body of laws of the UK. In fact, even if this statutory family is often undervalued by not referring to it as hate speech⁸⁸⁶, there is exclusively one cluster of offences under criminal law out of reach for the expression-oriented hate crimes. These are the stirring up or incitement to hatred offences. They represent an isolated regime with respect to aggravated offences and penalty enhancement sentencing provisions⁸⁸⁷. In other words, they are a blind spot in the expression-oriented hate crimes' area of applicability. In addition, these offences spring from provisions indubitably considered hate speech provisions⁸⁸⁸. Thus, we can say that the expression-oriented hate crimes are

⁸⁸⁵ Note that the Crown Prosecution Service (CPS) or the Public Prosecution Service for Northern Ireland (PPSNI) should charge an individual for an offence if satisfied two consecutive tests. Firstly, the evidential test requires sufficient evidence to provide a realistic or reasonable prospect of conviction. In fact, when is more likely than not to convict the defendant of the charge alleged. In England and Wales, a realistic prospect of conviction is based on the prosecutor's overall objective assessment of the evidence, which should be admissible, reliable and credible. In Northern Ireland, the reasonable prospect of conviction refers to the existence of credible evidence that may reasonably be expected that the court would find proved beyond reasonable doubt the commission of an offence aggravated by hostility. Secondly, the public interest test requires the prosecution to be in public interest. Within a non-exhaustive list of factors to be considered in favour of public interest, it could be found: a) In England and Wales, the circumstances of the victim in terms of vulnerability and the presence of motivation or demonstration of hostility based in some victim's characteristics; b) In Northern Ireland, if the offence is motivated by hostility against a person because of some victim's characteristics. See CPS, *The code* (2018), pp. 7-11; PPSNI, *Hate crime policy* (2010), pp. 16-19; PPSNI, *Code for prosecutors* (2016).

⁸⁸⁶ Even though, quite paradoxically, expression-oriented hate crimes constrain ample uses of hate speech. In fact, the underlying offence that is aggravated in the offence stage is quite often a speech crime. See: BROWN, *Hate speech law*, p. 35; IGANSKI, 'Hate crime', pp. 123-124.

⁸⁸⁷ LAW COMMISSION, *Hate crime: the case for extending* (2013), par. 2.51.

⁸⁸⁸ BAKALIS, "Rethinking", p. 16.

supposed to be in the borderline of the hate speech debate and the incitement to hatred provisions are doubtlessly the core of it⁸⁸⁹. For this reason, we will exam first the expression-oriented hate crimes and then move on to introduce the other statutory families in which these are implemented. Finally, getting to incitement to hatred offences would give us a complete and desirable insight about each of the possibilities to address hate speech.

As far as our study is concerned, we will assume that cyberhate offences are those that must first fall within the ambit of expression-oriented hate crimes (aggravated offences or penalty enhancement sentencing provisions), or straightforwardly to incitement to hatred provisions⁸⁹⁰. Apparently, this three-way approach has had a good reception in the Law Commission and in some other reports from the UK that have also embraced this general picture of hate crime legislation⁸⁹¹. In addition to uphold this view, the House of Commons has noted that whenever an ascriptive characteristic other than those covered by the penalty enhancement sentencing provisions (e.g. sex or gender) results to be at stake, courts may shift to consider the overarching principle of the seriousness of an offence. For instance, this principle's guideline governing the courts of England and Wales have been in force from 16th December 2004 until 1st October 2019 that was superseded by a new general guideline. Formerly the guideline expressly recognised that an offence motivated by hostility towards a minority group (or a member or members of

⁸⁸⁹ Differently named but following the same structure, WELLS/QUICK remind that there are two alternatives when it comes to conceiving hate crimes. On the one hand, we have the incitement to hatred offences, which are those self-sufficient offences («direct hate crimes»); and on the other hand, we also have a combination of sentence uplifts and the aggravated offences as punishing criteria («derivative hate crimes»). WELLS/QUICK, *Lacey, Wells and Quick*, pp. 192-197. See also, following this very same nomenclature, WONG/CHRISTMANN, «Hate crime», pp. 105-106.

⁸⁹⁰ For this reasoning to become more evident, an example might be brought up. On 18th September 2012, two female police officers were killed in a gun and grenade attack by Dale Cregan when following a burglary report in Greater Manchester. After this incident, a 22 years old and jobless Neil Swinburne was prosecuted under s. 127(1)(a) of the Communications Act 2003 for sending grossly offensive messages via improper use of public electronic communications network. He put up a webpage entitled “*Pray for Dale Cregan*” in which, apart from glorifying his act, comments mocking of the deaths start to appear. First of all, it was not possible in this case to apply the aggravated offence standard, since the offence was not part of the closed-list contained in the Crime and Disorder Act of 1998. Even if it might have been part of that Act, there were no protected characteristics (race and religion) to attend by the Magistrates' court or district judge. For this reason, it was neither possible to impose a penalty enhancement provision of the CJA, which at that time was covering race, religion, sexual orientation and disability. Finally, even if he was not accused of incitement to hatred, he could not have been charged either, because this kind of offences does not grant protection to any form of hatred.

⁸⁹¹ For England & Wales, see: LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), pars. 9.15 and 9.80; LAW COMMISSION, *Hate crime laws* (2020), par. 4.2; LIPSCOMBE, *Hate crime* (2020), pp. 3 and 9. For Scotland, see BRACADALE, *Independent review* (2018), par. 2.12 and pp. 126-135. Instead, for a Northern Irish critical view, see MARRINAN, *Independent review* (2020), pars. 3.18, 9.353 and 9.4.

it) and deliberately targeting vulnerable victims were factors indicating higher culpability⁸⁹². Apart from the statutory aggravating factors⁸⁹³, now the general guideline⁸⁹⁴ likewise points to committing a crime against vulnerable victims as an aggravating factor⁸⁹⁵. The reason, at least for this aggravating factor, remains the greater culpability of the offender. However, it is also acknowledged that harm (e.g. physical or psychological) “*is likely to be increased*” due to the victim's vulnerability. In any case, the increase that is invariably focused on culpability grounds is possible in three different situations: (i) if the offender “*targeted a victim because of an actual or perceived vulnerability*”; (ii) if the victim “*is made vulnerable by the actions of the offender (such as a victim who has been intimidated or isolated by the offender)*”; or (iii) if an offender “*persisted in the offending once it was obvious that the victim was vulnerable (for example continuing to attack an injured victim)*”⁸⁹⁶. This all guarantee not to leave any stone unturned regarding other forms of victimisation that did not enter yet to the UK’s hate crime legislation⁸⁹⁷.

The Scottish Sentencing Council approved its first sentencing guidelines in 2018, and they came into force on 26th November 2018. The core sentencing principle is that any sentence in Scotland must be governed by fairness and proportionality. Behind this statement, the guidelines make clear that the seriousness of the offence and the impact upon the victim are circumstances to attend⁸⁹⁸. In fact, through common law powers, the Scottish courts can take any aggravating factor into account when sentencing⁸⁹⁹.

⁸⁹² See: HOUSE OF COMMONS, *Misogyny as a hate crime* (2018), pp. 2-4; SENTENCING GUIDELINES COUNCIL, *Overarching principles* (2004), p. 6.

⁸⁹³ Among the statutory aggravating factors increasing seriousness, obviously, would be to act motivated or demonstrating hostility based on some characteristics or presumed characteristics of the victim (religion, race, disability, sexual orientation, or transgender identity). SENTENCING COUNCIL, *General guideline* (2019).

⁸⁹⁴ This 2019 general guideline concerning the overarching principles ought to be used: (i) for sentencing offences for which there is no offence specific sentencing guideline; and (ii) in conjunction with offence specific sentencing guidelines. The court must state that the relevant hostility has aggravated the offence. If the element of hostility is core to the offending, the aggravation will be higher than where it plays a lesser role. SENTENCING COUNCIL, *General guideline* (2019).

⁸⁹⁵ Discussing the rationale behind this non-statutory factor that increases the seriousness of the offence, see ASHWORTH/KELLY, *Sentencing*, pp. 150-152.

⁸⁹⁶ SENTENCING COUNCIL, *General guideline* (2019).

⁸⁹⁷ This overall scheme is clearly in the 2019 general guideline when noting that “*an offence is more serious if the victim is vulnerable because of personal circumstances such as (but not limited to) age, illness or disability (unless the vulnerability of the victim is an element of the offence)*”. SENTENCING COUNCIL, *General guideline* (2019).

⁸⁹⁸ SCOTTISH SENTENCING COUNCIL, *Principles and purposes* (2018), p. 3.

⁸⁹⁹ SCOTTISH GOVERNMENT, *One Scotland* (2018), p. 50.

As we see, hostility motivation or demonstrations or hostility are factors that influence the sentence, whether already with a statutory footing or not. These factors may, for instance, put the focus on the higher culpability of the offender, on the crime by noting a greater seriousness, or directly on the victims because of the enhanced harms suffered by them. Following ASHWORTH/KELLY, increasing sentences based on hostility towards some variety of grounds (e.g. race, religion, etc.) is a wise bet, since at least it finds support in the reaffirmation and enhancing of mutual respect and tolerance as non-negotiable social values. The upward readjustment in sentencing also makes the «humiliating effect on victims», often associated with conduct, quite more perceptible⁹⁰⁰.

All in all, the main reason behind a sentence increase will definitely depend on the existing guidelines for bringing consistency regarding mitigating and aggravating circumstances on sentencing. According to ROBERTS, some guidelines deliberately leave open the decision for implementing an aggravating factor, as could be the case of the «offender's intention and the impact on the victim» in hate crimes⁹⁰¹. Although many regret that more comprehensive guidance for aggravating factors is still non-existent, they are also aware that there is an important number of scholars and judges right of the opposite view. In fact, some authors advocate for restrained interventionism on judicial discretion. This interventionism in the form of guidance for sentencers comes from very different sources. Firstly, the lawmaking body passing statutory sentencing factors, such as the ss. 145-146 of the CJA or, much more recently, the s. 66 of the Sentencing Act 2020 (SA). However, it usually means a plain enumeration of the factors, so further guidance would always be more than welcomed. Secondly, and due to the previous scarcity, the sentencing councils (e.g. Sentencing Council for England and Wales or Scottish Sentencing Council) develop sentencing guidelines supplementing and interpreting the statutory factors, but also those non-statutory ones as well. These guidelines could be established particularly for an offence (offence-specific guidelines), or could be expanded to a group of offences or virtually all kind of offences. Examples of those three sorts of guidelines will be employed here and there all over the study.

⁹⁰⁰ In detail, see ASHWORTH/KELLY, *Sentencing*, pp. 147-148.

⁹⁰¹ ROBERTS, «Punishing, more or less», p. 14.

Finally, the Court of Appeal and the subsequent case law used to make up for the lack of sentencing councils and now may provide some guidelines too⁹⁰².

To sum it all up, offences pursuing hate in the online context can join the hate crime dimension in very different ways. It could be seen as a hierarchical structure. If we rest on the Law Commission, there are: 1) Hate crime offences in their own right by their intrinsic nature (the stirring up or incitement to hatred offences); 2) Hate crime offences in their own right by virtue of the aggravated offences; 3) Offences which are subject to penalty enhancement sentencing provisions. Strikingly, it is possible to advance that the most prolific alternative to legally counteract cyberhate in English law is the one set on the third level⁹⁰³. Strictly speaking, the s. 127(1) of the Communications Act 2003 from the targeted communications sector and combined with the penalty enhancement sentencing provisions of ss. 145-146 of the CJA (now, since 1 December 2020, the s. 66 of the SA), is by far the provision that captures the highest number of cyberhate convictions.

Before going in detail, we should make a record of a shared trait linking UK's legal systems. Minority group members could also commit aggravated offences or offences that attach a penalty enhancement sentencing provision against a majority population. This is the case even if the spirit of the legislation was to provide protection for vulnerable groups⁹⁰⁴. In the absence of explicit statutory provision, a broader legal sense is possible to deduce from some criminal cases set in the courts⁹⁰⁵. In fact, each one of them

⁹⁰² ROBERTS, «Punishing, more or less», pp. 6-8. In order to gain a historical and structural introduction to sentencing guidelines, see: ASHWORTH/ROBERTS, «The origins and nature», pp. 1-14; ASHWORTH/KELLY, *Sentencing*, pp. 16-27.

⁹⁰³ LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), pars. 9.77- 9.79. In fact, the «defining feature» of hate crime laws has always been the sentence aggravation model in England and Wales. LAW COMMISSION, *Hate crime laws* (2020), par. 3.8.

⁹⁰⁴ Lord Hardie, the chief law officer of the Crown in Scotland (i.e. Lord Advocate), stated as follows during the Crime and Disorder Bill parliamentary debates: «*All attacks on vulnerable groups are deplorable. [The provision on racially aggravated offences] is intended to reinforce the protection given to those members of our society who are particularly vulnerable to the action of bigoted criminals, and builds on long-standing legislation which seeks to protect individuals from prejudice on grounds of race*». HL Debate, Vol. 587, Col. 705 (March 17, 1998).

⁹⁰⁵ In England and Wales, among others, it is worth mentioning *DPP v M* (2004), *DPP v Johnson* (2008) and *R. v White* (2001). To start with, *DPP v M* (2001) clearly confirms that the quantity of members of the group involved in any racially aggravated offence is not relevant. Accurately, it was asserted that «*(...) the size of the group is, in any event, immaterial (...) since hostility can be expressed by the use of pejorative words (...) towards groups large or small based on colour or origin (...)*». In *DPP v Johnson* (2008) was set that a racially aggravated offence could also be perpetrated against white populations that constitute a majority. The judgement argued in these terms: «*The language used and the courts findings as to the meaning of the words used make clear that the appellant was presenting the matter in racial terms by*

strengthens a global image of this matter in the UK, since they depart from legally protected groups definitions that are identical (or almost identical) across the UK⁹⁰⁶.

2.2.3.1. England and Wales

Stand-alone offences under the CDA and offences which are enhanced in the sentencing stage by the CJA (until 1 December 2020) or the SA (1 December 2020 onwards) have different legal regimes, but they also go together in some other areas. One that clearly catches our attention and interest is that in England and Wales there have been common guidelines for CDA and CJA on determining the increase beyond the basic offence. The Sentencing Council has updated the common guidelines to reference the Sentencing Act 2020⁹⁰⁷ instead of the CJA. In any case, its content remains largely intact, as the Sentencing Act 2020 was intended to establish a single consolidated piece of legislation on sentencing criminal offences in England & Wales.

reference to colour. He was telling (...) to leave the black community alone, to get out of the black area where they were and to go to white areas, and he was telling all this as a black person addressing two white people. The words were capable of demonstrating racial hostility". Even further, in *R. v White* (2001) was claimed that it is not even necessary that the accused pertain to a different group. In particular, the pronouncement was as follows: "*While it may be unusual (...) for a person to show hostility to another based on the others membership of a racial group where the alleged offender comes from the same racial group, we see no basis for holding that such hostility cannot in law be shown. It may be more difficult in such cases to establish that the hostility is of racial, national or ethnic (...). However, a person may show hostility to his own kind whether racial, ethnic or national*". See: *DPP v M (A Minor)* [2004] EWHC 1453 (Admin), par. 31; *DPP v Johnson (Herald)* [2008] EWHC 509 (Admin), par. 11; *R. v White (Anthony Delroy)* [2001] EWCA Crim 216, par. 20.

In Scotland, the *HM Advocate v Danish Zahid and Zahid Mohammed* on November 2004, unreported, was the first case that ended in a racially motivated murder conviction. It was the first trial for the abduction and murder of Kriss Donald, a 15-year-old white Scottish boy, at the hands of a Glasgow-based Asian gang. In a later trial, *HM Advocate v Imran Shahid, Mohammed Faisal Mushtaq and Zeeshan Shahid*, also unreported, held on November 2006, the High Court in Edinburgh convicted three additional suspects for the same facts and charges. The statement of the judge on sentencing became known soon: "*He was selected as your victim only because he was white and walking in a certain part of the Pollokshields area of Glasgow when you sought out a victim. (...) In reflecting the racially aggravated nature of the crime in the punishment parts of your sentences I intend to make clear that racially aggravated violence, from whatever quarter, will not be tolerated in Scotland and that those convicted of it must expect to receive long sentences*". See the official statement: "HMA V Imran Shahid, Mohammed Faisal Mushtaq and Zeeshan Shahid", *BBC News*, 8 November 2006.

⁹⁰⁶ For example, Northern Ireland refers to «racial group» as "*a group of persons defined by reference to colour, race, nationality or ethnic or national origins*", and to «religious group» as "*a group of persons defined by reference to religious belief or lack of religious belief*" (s. 2(5) of the Criminal Justice (No. 2) (NI) Order 2004 and s. 5(1) of the Race Relations (NI) Order 1997). These meanings were previously assumed by English and Scottish law.

Among the academic literature, McNALLY and McILROY do mention being Scottish, English, Welsh, and Irish (UK national origins) as examples included in the racial group definition for Northern Ireland. JARMAN directly claims that the Government of Northern Ireland has incorporated a religious group's meaning focusing on local majority community identities. See: McNALLY/McILROY, «Probation practice», p. 453; JARMAN, «Acknowledgement», p. 52.

⁹⁰⁷ In truth, reference is always made to the Sentencing Code 2020, the greatly extended designation given to Parts 2-13 of the Sentencing Act 2020.

The explanatory materials provided by the Magistrates' Court Sentencing Guidelines (MCSG) on the hate crimes domain⁹⁰⁸ states that the increase of the sentence will depend on the seriousness of the aggravation. There is also a non-exhaustive hierarchical structure that goes from a low-level to a high-level of aggravation's seriousness⁹⁰⁹. At the lower end of the scale are references are made to an offence "*limited in scope or duration*" or an offence "*not motivated by hostility on the basis of race, religion, disability, sexual orientation or transgender identity, and the element of hostility or abuse was minor or incidental*". In the middle level it should be considered the impact on the victims or others⁹¹⁰, whereas at the highest level stays the offender's intention⁹¹¹.

Although the Sentencing Council drew these sentencing guidelines, this public advisory body continued what one of its predecessors, the Sentencing Advisory Panel, published in July 2000⁹¹². Among other things, what could be identified as the two-stage process. The sentencers should first settle the appropriate sentence, purposely omitting the element of aggravation related to race, religion, disability, sexual orientation or transgender identity, but considering all other aggravating or mitigating factors. Only after this step, the sentence should be increased to take account of the aggravation related to race, religion, disability, sexual orientation or transgender identity. Even more so, the sentencer should state what the sentence would have been without that element of aggravation. All these sentencing suggestions were first set out in *R. v Kelly and Donnelly* (2001)⁹¹³. Only *R. v Fitzgerald* (2003) made a widely cited exception of this approach.

⁹⁰⁸ Actually, there is no a general *Sentencing Council Guideline* for the aggravated offences and the penalty enhancement sentencing provisions. However, it goes without saying that virtually all criminal court cases start in a Magistrates' court and that over 95 per cent of all are dealt with in the Magistrates' court. Hence the importance of referring to the most updated and accessible guidelines of Magistrates' court. The revised ones presented here came into force the 24th April 2017, and there are still applicable to anyone (over 18 years of age) sentenced on or after this date, irrespective of date of offence.

⁹⁰⁹ SENTENCING COUNCIL, *MCSG. Explanatory materials* (no date).

⁹¹⁰ Concretely, the following circumstances: a) the offence was committed in the victim's home; b) the victim was providing a service to the public; c) the timing or location of the offence was calculated to maximise the harm or distress it caused; d) the expressions of hostility were repeated or prolonged; e) the offence caused fear and distress throughout a local community or more widely; f) the offence caused particular distress to the victim and/or the victim's family.

⁹¹¹ More specifically, if: a) the element of aggravation based on race, religion, disability, sexual orientation or transgender identity was planned; b) the offence was part of a pattern of offending by the offender; c) the offender was a member of, or was associated with, a group promoting hostility based on race, religion, disability, sexual orientation or transgender identity; d) the incident was deliberately set up to be offensive or humiliating to the victim or to the group of which the victim is a member.

⁹¹² SENTENCING ADVISORY PANEL, *Racially aggravated offences* (2020).

⁹¹³ *R. v Kelly (Lewis) and R. v Donnelly (Miles)* [2001] EWCA Crim 170, pars. 62-63. Later on, see also *R. v Higgins (Jason)* [2009] EWCA Crim 708, pars. 13-16. Note that the Court of Appeal (here cited as EWCA) did not finally adopt other proposals of the Sentencing Advisory Panel. This is the case of holding

This case noted that “*there will be cases (...) in which the racial aggravation of the offence is so inherent and integral to the offence itself that it is not possible sensibly to assess the overall criminality involved in such a discrete way. In such cases, the Court must assess the seriousness of the conduct involved and its criminality as a whole*”⁹¹⁴. The case at hand was merely concerning an offence of racially aggravated harassment, alarm and distress, but academic literature agreed that this sentencing exception would be more commonly used when passing judgements on public disorder offences of the POA (ss. 4, 4A and 5)⁹¹⁵.

a) Crime and Disorder Act 1998 (ss. 28-32)

The 1997 Labour Party manifesto made a good-will statement for the multiracial and multicultural British society of that time: “*We will create a new offence of racial harassment and a new crime of racially motivated violence to protect ethnic minorities from intimidation*”. According to SCANLAN, what was envisioned to solve was the cumulative impact that minor racial incidents were having. Cumulatively, these incidents were often recognisable as racial harassment⁹¹⁶, which also resulted to be the ideal background for more severe crimes to happen. If harassment was already punishable by a set of statutes, so should the racial nature of such acts conforming harassment be⁹¹⁷. It seemed appropriate to punish more what was unquestionably more serious, as the fear transcends the individual and affects the whole community. The pervasiveness was also incontestable⁹¹⁸. Even if the legal route was known to be clearly insufficient, the

that the enhancement should normally be between 40-70% of the sentence for the basic offence, depending on the seriousness of the racial aggravation. As stated above, it was decided that the judge would always be better positioned to make an overall assessment without any parameters interfering with his decision.

⁹¹⁴ *R. v Fitzgerald (Graeme Paul)* [2003] EWCA Crim. 2875, par. 11.

⁹¹⁵ For a detailed account on these offences, see sections «2.2.4.2. *Public order*» and «2.3.2. *Public order: Public Order Act 1986 (ss. 4, 4A and 5)*» *infra*.

⁹¹⁶ For a detailed account on racial harassment, see «a) *Harassment and stalking*» included in «2.2.4.1. *Targeted communications*» *infra*.

⁹¹⁷ Yet the proposal was not new. Attempts were made by some public bodies (e.g.: Commission for Racial Equality) while the Criminal Justice and Public Order Act 1994 was about to become law. The Home Secretary, Mr. Michael Howard (Conservative Party), rejected precisely the latest attempt by the Home Affairs Committee –which is a cross-party committee of MPs– to create an offence of racially motivated violence. Even more, the Home Secretary also rejected the idea of incorporating a penalty enhancement sentencing provision on the very same motivation. There were two main reasons: 1.) In the sentencing stage of the criminal justice process, taking racial motivation factor into account was perfectly possible without a need of one or the other statute to indicate it; 2.) There were doubts about what improvement, if any, would be made by imposing an additional burden of proof that the offence was racially motivated. WASIK/TAYLOR, *Blackstone's guide to the Crime*, pp. 98-99.

⁹¹⁸ Some victimisation surveys and reports were brought to the forefront during the passage of the Bill into law. The number of racial incidents coming to the attention of the police in England and Wales during previous years revealed a reality that was becoming more worrying: 1988 (4.383), 1989 (5.044), 1990

Government took the initiative aiming to change some worrisome attitudes among society. Needless to say, acting this way would send a strong condemnation and deterrent message of unacceptance.

Looking now to the subsequent Crime and Disorder Bill parliamentary debates, Baroness Flather and Lord Dholakia pressured without success for incorporating a statutory duty on the prosecution to inform the court of any racial element in the crime. It was planned to correct a weak spot in the criminal justice system. The courts, judges and magistrates were able to pass a racially aggravated sentence when such an element was brought to them, which was not always the case due to a questionable practice. Apparently, there were grounds to believe that even though police were identifying those factors adequately, the CPS was failing to take them into courts. A more truthful view of the situation was that the plea of bargaining, or pleading guilty to a lesser charge practice⁹¹⁹, was taking place quite lot dropping the racial element of the offence⁹²⁰.

(6.359), 1991 (7.882), 1992 (7.734), 1993 (9.218), April 1993-March 1994 (9.762), April 1994-March 1995 (11.878), and April 1995-March 1996 (12.222). It was also suggested that the figures were far from the reality, which was incomparably harsher. CARD/WARD, based on estimated data already published, help us to put this criminality into context: «[T]he number of racially motivated offences against ethnic minorities in 1995 was 143,000 - 15% of all offences against them, as opposed to 1% of all offences against white people in that year. In addition, a considerably higher percentage of members of ethnic minorities were found (...) to have suffered racial harassment in 1995 than white people. Ethnic minorities also scored higher than white people on all the Survey's measures of fear of crime. (...) [T]his country had one of the highest rates of racially motivated crime in Western Europe». For a more detailed background, the setbacks along the way, and the more salient criticism surrounding the discussions held on new offences, see CARD/WARD, *The Crime and Disorder*, pars. 8.1-8.6; SCANLAN, *The Crime & Disorder Act*, pp. 59-61; LENG/TAYLOR/WASIK, *Blackstone's guide to the Crime*, pp. 40-41. For a more criminological account taking a local government area within Greater London as a case-study during the 1980s, see HESSE/RAI/BENNETT/McGILCHRIST, *Beneath the surface*, *passim*. Also see BOWLING, «Racial harassment», pp. 1-36.

⁹¹⁹ For a better understanding of the real impact of plea-bargaining, see the following explanation by WELSH/SKINNS/SANDERS: «Charge bargains not only enable the prosecution to secure convictions in weak cases that would not have succeeded in court but may also lead to an increase in the number of such weak cases being prosecuted. Where a high guilty plea rate is achieved through such inducements there is little need for the prosecuting authorities to ensure that only properly prepared cases are brought to trial». WELSH/SKINNS/SANDERS, *Sanders and Young's*, p. 371. In detail, from the perspective of all actors involved in this standardised practice and discussing its legitimacy and sustainability today, see WELSH/SKINNS/SANDERS, *Sanders and Young's*, pp. 370-386.

⁹²⁰ Under the Labour government of Tony Blair after his huge success in the 1997 general election, the Home Secretary Jack Straw (1991-2001) announced in July 1997 a public inquiry into the unprovoked racial murder of the Black teenager Stephen Lawrence in 1993. The Macpherson Report (1999) followed, which is well-known for exposing and sharing with the society that the Metropolitan Police has had major failings while handling the murder of Lawrence was to be called institutional or systemic racism. In the resulting list of seventy recommendations, number thirty-four deals with plea bargaining: «*That Police Services and the CPS should ensure that particular care is taken at all stages of prosecution to recognise and to include reference to any evidence of racist motivation. In particular, it should be the duty of the CPS to ensure that such evidence is referred to both at trial and in the sentencing process (...). The CPS and Counsel to ensure that no "plea bargaining" should ever be allowed to exclude such evidence*». Indeed, it was up to the CPS to refuse to come to an agreement by negotiating a lesser punishment for the defendant.

Therefore, the one in charge of passing the sentence was tied hand and foot, as the racial behaviours were never known before the courts⁹²¹ due to a prosecution-defendant previous agreement of turning a blind eye on it⁹²². Even if the evidence of the racial element came to the judge's attention, very few conviction cases indicated clearly that an increase in the penalty was due to that element. In practice, it was impossible to detect if there had been a complete failure to take the racial element into account or, otherwise, if it has actually been taken into account, despite the judge –whether deliberately or not– omitting to make any reference to it⁹²³. The sentence discount practice due to negotiated justice also highlighted the high number of Blacks who pleaded not guilty (and obviously later did not receive the discount). It seems that plea-bargaining was a widespread practice that was not penetrating equally into all segments of society. Moreover, the imposed sentence was normally longer for African/Caribbean and Asian defendants who pleaded not guilty than the sentence length for white defendants that also pleaded not guilty. The process of delivering justice was definitely not free of discrimination⁹²⁴.

In response, Lord Falconer of Thoroton completely downplayed this point by saying that it was hard to envisage such a situation. Firstly, because there was already a duty on the prosecution to inform the court of all relevant circumstances relating to the offence,

However, as depicted by JEPSON, such firm and inflexible attitudes were illogical due to the prospect of conviction and the costs of justice. Even if we go on a little long, it is worth knowing from this author what was actually occurring: «[R]acial common law assault and harassment cases could involve an appearance at the Magistrates Court, with subsequent referral to the Crown Court. Even if as a matter of policy all racial cases were to be referred to the hearings lasting longer and often involving more senior counsel. Further, while costs may escalate, it is also worth recalling that the number of convictions could marginally drop due to conviction rates being lower in the Crown Court (90.8 per cent) than in the Magistrates Court (98 per cent). These figures, however, combine guilty and not guilty pleas. If we exclude those pleading guilty, it seems the conviction figures reach 75 per cent in the Magistrates Court – compared to 59.9 per cent in the Crown Court. What is more, for reasons that are not apparent, a smaller percentage of convictions are found in cases involving racial motivation than in cases for crime in general». The consequences of the aforesaid are easily inferable: «[I]t would make both economic and judicial sense for a prosecutor to accept a guilty plea for say, common assault, (...) than to risk an expensive 'lose all' racial common assault trial in the Crown Court (where chances of acquittal are greater)». See: MACPHERSON, *The Stephen Lawrence Inquiry* (1999), Recommendation No. 34; JEPSON, *Tackling*, pp. 216-217.

⁹²¹ The problem is better understood if we look at the legal indication noting that a court “*shall take into account all such information about the circumstances of the offence (including any aggravating or mitigating factors) as is available to it*” (ss. 3(3)(a) and 7(1) of the Criminal Justice Act 1991; emphasis added).

⁹²² For all these reasons, an attempt was made, based on an amendment to the Crime and Disorder Bill, to force prosecutors to assume a specific obligation to act more sensibly and the way they should. The amendment was not successful, as reasonable doubts were raised concerning its workability. PADFIELD, *A guide*, par. 3.6.

⁹²³ SCANLAN, *The Crime & Disorder Act*, p. 163.

⁹²⁴ BOWLING/PHILLIPS, *Racism*, pp. 181-187 and 190. For an interesting 1992 monograph that addressed extensively and empirically whether the offender's race was affecting or influencing the sentencing pattern, see HOOD, *Race and sentencing, passim*.

and so the racial aggravation feature, and secondly because the prosecution's discretion to decide what is appropriate in the public interest must be preserved. The legal foundation for introducing statutory offences was better set on the higher priority that would be given to the racial element of the crime. Apart from the penalty enhancement sentencing provision for racial aggravation⁹²⁵, the CPS would need to turn to consider more carefully the evidence before deciding if there are sufficient chances or reasonable possibilities to ensure a conviction under the unprecedented racially aggravated offences, as the racial element was newly attached to the offence itself⁹²⁶. If the CPS finally decides that the indictment does not include a charge of an aggravated offence, and since alternative verdicts⁹²⁷ are not possible before magistrates' courts, a conviction will no longer be possible⁹²⁸. According to CARD/WARD, the racially-aggravated offences detailed below created a disincentive for the prosecution to charge under due consideration of the racial element. In fact, and «for the sake of simplicity», the prosecution had the tempting option of going for the basic offence, leaving the penalty enhancement sentencing provision to modulate the severity of the offence⁹²⁹.

The CDA established a new range of racially aggravated offences with an enhanced penalty for a number of already existing ones (ss. 28-32, in force since 30th September 1998). On 14th December 2001, and through religiously aggravated offences, the Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001⁹³⁰ extended the protection to religious groups. According to DUFF/MARSHALL, it is misleading to name them «aggravated offences» or «offences with an aggravating feature», since they constitute a distinct wrong. Without wishing to play down the importance of some well-settled debates, such as whether the

⁹²⁵ Under the new statute, when the judge is considering the seriousness of an offence and, for example, the prosecutor does not charge for a newly designed aggravated offence (arts. 28-32), he must treat the fact as an aggravating factor and shall state in open court that the offence was so aggravated (s. 82 of the CDA). Although the use of “shall” denotes some ambiguity and is prone to misuse whenever it is contained in a legal reference, it seems clear here by following LENG/TAYLOR/WASIK that the court had nothing but a legal duty to do it. According to PADFIELD, although it was not clear enough, it seems that the idea of racial aggravation did not have to be embodied in the indictment, nor was necessary to raise it until reaching the sentencing stage. LENG/TAYLOR/WASIK, *Blackstone's guide to the Crime*, p. 132; PADFIELD, *A guide*, par. 5.45. For further details, see also subsection «b) Sentencing Act 2020 (s. 66)» *infra*.

⁹²⁶ In detail, see HL Debate, Vol. 587, Cols. 921-924 (March 19, 1998).

⁹²⁷ An «alternative verdict» is “a verdict of not guilty of the offence actually charged but guilty of some lesser offence not specifically charged. Such a verdict is only permitted when there is insufficient evidence to establish the more serious offence but the evidence given is sufficient to prove the lesser offence”. LAW, *A dictionary of Law* (2018), p. 37. Also, see GARNER, *Black's law dictionary* (2019), p. 1871.

⁹²⁸ The decision on whether to bring criminal charges becomes crucial and irreversible for the jury to be able to consider at a later stage. PADFIELD, *A guide*, par. 3.3

⁹²⁹ CARD/WARD, *The Crime and Disorder*, par. 8.84.

⁹³⁰ Ss. 28-32 of the CDA amended by s. 39(1)-(6) of the Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001.

seriousness of the offence is more prominent due to greater harm (caused or threatened) or greater culpability, their thesis is that the wrongdoing is based on the different civic character of the newly devised offences (civic hatred). That are the exclusionary views, attitudes and treatments (verbal or material) to elude recognising victims as equal entitled citizens or members of a politically organised state. In other words, violating one's civic duty to the other. It is to remind them of their proper place, belittling their significance as members of the community worthy of respect⁹³¹. In relation to exclusionary or alienating attitudes or views, they must inevitably lead to behaviour denoting the same idea. If this behaviour is verbal, its meaning will be much more explicit. But what really makes the difference, according to DUFF, is that the behaviour, whether verbal or not, must be of a collective nature and must target vulnerable groups. If so, the behaviour takes on the dimension of being «genuinely threatening». It is the context what enlivens the meaning that lies behind a behaviour⁹³².

At present, despite constituting arbitrary selection for some⁹³³, these are the parallel offences which have been racially or religiously aggravated⁹³⁴ under the CDA: Assaults⁹³⁵ (malicious wounding or grievous bodily harm⁹³⁶, actual bodily harm⁹³⁷ or

⁹³¹ In their view, a broadly defined citizenship also captures those who are not yet formally citizens but members de facto of the civic community (e.g. immigrants or refugees), and even those who are passing through (e.g. tourists), as they are guests meriting hospitality by the polity and its members. See DUFF/MARSHALL, «Criminalizing hate?», pp. 126-127 and 133-134.

⁹³² Without this becoming an obligation to criminalise certain prejudicial behaviour, it does provide a firm theoretical basis for doing so. It is no longer a question of criminalising an inner emotion, but the enactment of hatred, providing criminal relevance to the meaning that the behaviour carries. DUFF, *The realm*, pp. 200-201 and 307-308.

⁹³³ As part of a much broader critique of this statutory aggravation model, see TAYLOR, “The role of aggravated offences”, *passim*. What was originally intended was to collect the most prevalent offences involving racial hostility. Lord Williams for the government explained the deliberate decision taken to configure the list of offences during the parliamentary debates: “*Our purpose is to provide increased sentences for racially aggravated crime directed against the person. Where one has a basic offence which already carries the maximum sentence of life imprisonment (...), life imprisonment is already the maximum. Therefore, the aggravated offence is not required in practical terms because the sentence cannot be increased. That is why we have not included murder or manslaughter in the list of offences*”. And stressing over the same idea: “*We have not included affray, unlawful violence and riot. (...) We wanted to concentrate on violence and harassment offences directed against the person*”. HL Debate, Vol. 585, Cols. 1280-1281 (February 12, 1998).

⁹³⁴ It might be desirable to excerpt a few words from *R. v Rogers* (2017): “*Their essence [that is, the essence of aggravated offences for hatred reasons] is the denial of equal respect and dignity to people who are seen as "other". This is more deeply hurtful, damaging and disrespectful to the victims than the simple versions of these offences. It is also more damaging to the community as a whole, by denying acceptance to members of certain groups not for their own sake but for the sake of something they can do nothing about*”. *R. v Rogers (Philip)* [2007] UKHL 8, par. 12.

⁹³⁵ In detail, for racially-aggravated assaults, see: CARD/WARD, *The Crime and Disorder*, pars. 8.20-8.42; LENG/TAYLOR/WASIK, *Blackstone's guide to the Crime*, pp. 47-51.

⁹³⁶ S. 20 of the Offences Against the Person Act 1861.

⁹³⁷ S. 47 of the Offences Against the Person Act 1861.

common assault⁹³⁸), criminal damage⁹³⁹ (destroying or damaging property belonging to another⁹⁴⁰), public order offences⁹⁴¹ (fear or provocation of violence⁹⁴², intentional harassment, alarm or distress⁹⁴³ and harassment, alarm or distress⁹⁴⁴) and harassment or stalking⁹⁴⁵ (offences of harassment and stalking⁹⁴⁶ and putting people in fear of violence and stalking involving fear of violence or serious alarm or distress⁹⁴⁷). Apart from all these offences listed, further additions are still possible⁹⁴⁸.

Particularly intriguing here is the interpretation that the judges and courts have laid on the table in the nineties about some sections of the Offences Against the Person Act 1861 (OAPA), including two that are baseline offences for the s. 29 of the CDA. Its practicality with online hate is very doubtful, but the interest arises on the potential repercussions that it might have if applied. First, the s. 47 of the OAPA makes an offence to commit any assault occasioning actual bodily harm⁹⁴⁹. In *R. v Ireland* (1996) the Court of Appeal dismissed an appeal against three offences under s. 47 conviction for harassing three

⁹³⁸ There is no redirection to any specific section from a different statute. Probably, this exception has to do with the association difficulties. Apparently, s. 39 of the Criminal Justice Act 1988's function is just to determine the mode of trial and penalty of the pre-existing offences of common assault. Nevertheless, there is much more debate on whether the s. 47 of the Offences Against the Person Act 1861 creates the statutory offence of common assault or if it imposes the penalty for the previous in time common law offence of common assault. See ORMEROD/LAIRD, *Smith, Hogan and Ormerod's*, p. 694.

⁹³⁹ In detail, for racially-aggravated criminal damage, see: CARD/WARD, *The Crime and Disorder*, pars. 8.43-8.51; LENG/TAYLOR/WASIK, *Blackstone's guide to the Crime*, pp. 51-53.

⁹⁴⁰ S. 1(1) of the Criminal Damage Act 1971.

⁹⁴¹ In detail, for racially-aggravated public order offences, see «2.2.4.2. Public order» and «2.3.2. Public order: Public Order Act 1986 (ss. 4, 4A and 5)» below.

⁹⁴² S. 4 of the POA.

⁹⁴³ S. 4A of the POA.

⁹⁴⁴ S. 5 of the POA.

⁹⁴⁵ In detail, for racially-aggravated harassment or stalking, see «a) Harassment and stalking» included in section «2.2.4.1. Targeted communications» and subsection «2.3.1.1. Harassment and stalking: Protection from Harassment Act 1997 (ss. 2, 2A, 4 and 4A)» *infra*.

⁹⁴⁶ S. 2 or 2A of the Protection from Harassment Act 1997.

⁹⁴⁷ S. 4 or 4A of the Protection from Harassment Act 1997.

⁹⁴⁸ For other offences to gain access to this «privileged group» of aggravated offences, the Law Commission demands to consider several points: i) “The overall numbers and relative prevalence of hate crime offending as a proportion of an offence”; ii) “Whether it is necessary to create an aggravated offence to ensure consistency across the criminal law”; iii) “The adequacy of the maximum penalty for the base offence”; and iv) “Whether the offence is of a type where the imposition of additional elements of the offence requiring proof before a jury may prove particularly burdensome”. On the selection of aggravated offences, both those originally incorporated and those that may at some point be incorporated in the coming future, see LAW COMMISSION, *Hate crime laws* (2020), pars. 16.41-16.107.

⁹⁴⁹ There is a confusing terminology and discussion on whether the s. 47 of the OAPA is referring to (1) assault by beating or actual violence (properly speaking, a «battery» offence), or to (2) assault by putting another in fear of immediate violence or threatened violence (offence of «assault»). The problem is that when using the term «assault», the statutory laws in England and Wales, not just the OAPA, sometimes want to refer to a battery offence instead of the assault in its narrowest sense. This is because there is no verb available for «battery» as there is for the «assault» noun. In greater detail, see ORMEROD/LAIRD, *Smith, Hogan and Ormerod's*, pp. 693-694.

women by making repeated silent telephone calls to them. The conclusion was that the psychiatric illness resultant of intentionally putting a person in fear of apprehending immediate and unlawful violence was perfectly capable of constituting an assault. In the Court's view, the physical contact was not necessary for that to happen⁹⁵⁰. Secondly, the s. 20 of the OAPA makes an offence the unlawfully and maliciously wounding or inflicting any grievous bodily harm upon another person by any means. In *R. v Burstow* (1997) the Court of Appeal decided to dismiss an appeal against s. 20 conviction for harassing a woman by, among other activities, making silent telephone calls and sending a hate mail to her. The Court of Appeal ruled that a serious psychiatric injury may well amount to grievous bodily harm. The harm does not need to be preceded by any direct or indirect physical violence upon the body of the woman, since it might be manifested by physical symptoms constituting bodily harm⁹⁵¹. Incidentally, both cases were bound by the authoritative decision held in *R. v Chan-Fook* (1994)⁹⁵² concerning the s. 47 of the OAPA.

Finally, the House of Lords dismissed the new appeals against *R. v Ireland*, *R. v Burstow* (1997). In the opinion of Lord Steyn, ss. 20 and 47 of the OAPA must be interpreted in the sense of including psychiatric illness. His view is that "*a thing said is also a thing done*", so the act causing the victim to fear the possibility (not even the certainty) of an immediate application of violence constitutes a form of assault. On the case of a silent caller, depending on the circumstances, he may intend to manage the silence to cause that state as well. That way, Lord Steyn is bracing the idea that there is no problem with a medium used to commit an assault that "*differs qualitatively from a face-to-face offer of violence*". Therefore, we can draw a parallel between a telephone

⁹⁵⁰ To this point, the judgement states as follows: "*In most cases an assault is likely to involve direct physical violence to the body. However, the fact that the violence is inflicted indirectly, causing psychological harm, does not render the act to be any less an act of violence. Nor, in our judgment, is it necessary that there should be an immediate proximity between defendant and victim. Fear can be instilled as readily over the telephone as it can through the window. In our judgment repetitious telephone calls of this nature are likely to cause the victims to apprehend immediate and unlawful violence*". What is more, even if the OAPA was drafted prior to the invention of the telephone, the Court noted that it must be applied to the circumstances of the current century. See *R. v Ireland (Robert Matthew)* [1996] 3 W.L.R. 650.

⁹⁵¹ In detail, see: *R. v Burstow (Andrew Christopher)* [1996] 7 WLUK 459 (CA (Crim Div)); *R. v Burstow (Andrew Christopher)* [1997] 1 Cr. App. R. 144; TURTON, "Inflicting harm", pp. 331-334; KNAPMAN, "Grievous bodily harm", pp. 452-455.

⁹⁵² The statutory reference to "*actual bodily harm*" includes psychiatric injuries properly evidenced by an expert. All parts of the body are contained on it (organs, nervous system, brain, etc.). Specifically, no doubt that those body parts responsible for the mental faculties are included. Strong emotions (fear, distress, panic, etc.), hysteria, nervousness or mere fear are not conditions equating an assault that causes actual bodily harm. See *R. v Chan-Fook (Mike)* [1994] 1 W.L.R. 689.

call and the online activity, which are just different *modus operandi* for the assaulter⁹⁵³. Overall, these cases are interesting to understand that, even if we will focus on some specific legal sectors (e.g. harassment and stalking) much later, some behaviours within them will still fall outside this study not to unnecessarily overreach ourselves.

b) Sentencing Act 2020 (s. 66)

The CDA provided the first statutory rule for treating an offence that falls outside the ss. 29-32 more severe if it was racially aggravated. The s. 82 contained that if a court was considering the seriousness of an offence different from the aggravated offences, and that offence turns out to be racially aggravated, the court shall treat it as an aggravating factor that increases the seriousness of the offence. As noted earlier, the court was obliged to state in open court –or courtroom opened to the public– that the offence was so aggravated. Even if no accurate statistical data is available, everything points to very few conviction cases under s. 82 of the CDA⁹⁵⁴. However, there were some strong points to shift from the common law responses⁹⁵⁵ to a statutorily reflected penalty enhancement sentencing provisions⁹⁵⁶. For all practical purposes and, therefore, to build confidence, it was indispensable to secure the racial aggravations' tracking within the criminal justice system. The presence of such a circumstance in a sentence will no more be taken for granted; it was not up to the sentencer to reflect it or not. The endeavours to consolidate the sentencing law forced to the end of s. 82 of the CDA and the creation of the s. 153 in the Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000, in force since 25th August 2000. The wording was identical to what has been formerly seen in the CDA, but the newly located statutory duty was about to be extended. Since 13th December 2001, the Powers

⁹⁵³ *R. v Ireland (Robert Matthew), R. v Burstow (Andrew Christopher)* [1997] UKHL 34.

⁹⁵⁴ In terms of potential cases, the Metropolitan Police Service shows in its racist incidents monitoring data that 367 out of 2.731 (13%) offences were charged (or dealt with by summons) in 1999/2000. BURNEY/ROSE, *Racist offences* (2002), pp. 87 and 95.

⁹⁵⁵ One case using these common law powers was *R. v Ribbans, Duggan and Ridley* (1994), in which an unambiguous reference to them is made while giving the judgement: “[T]here can be no doubt what was the motivation of the attack (...). It cannot be too strongly emphasised by this court that where there is a racial element in an offence of violence, that is a gravely aggravating feature. There is no specific offence of racial violence (...). We take the view that it is perfectly possible for the court to deal with any offence of violence which has a proven racial element in it, in a way which makes clear that that aspect invests the offence with added gravity and therefore must be regarded as an aggravating feature”. *R. v Ribbans (Vincent Brian), Duggan (Edward Michael) and Ridley (Laurie Christopher)* [1994] 11 WLUK 188.

⁹⁵⁶ Despite dubious, its legal incorporation at least gave more credibility to racial motivation as an aspect of utmost importance. However, it is also true that some Magistrates' Association's sentencing guidelines had already included racial motivation as an aggravating factor for different offences. LENG/TAYLOR/WASIK, *Blackstone's guide to the Crime*, p. 132.

of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 followed suit the amending of the CDA to include the religiously aggravated offences. Once again, it was a response to the ethno-religious tensions in the aftermath of 11th September 2001. Religious-based hatred was included as an aggravating factor to be considered in sentencing as well. The new version of the Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 was kept in force until 3rd April 2005, when being repealed by the CJA (Sch. 37(7), para. 1). We will here submit this Act to closer scrutiny since it has been in force until very recently. In fact, it was not until 1 December 2020 that the Sentencing Act 2020 came into force. The new Act has consolidated almost all enactments relating to the procedural rules for the courts in England and Wales regarding the sentencing of offenders. Mostly, the focus has been on simplifying and clarifying the existing sentencing law by regrouping it in a single Act⁹⁵⁷, rather than on any substantive change. Thereafter, we will reference both statutes, the CJA and the SA. Having been in force for so many years, the CJA will be useful for the case law analysis to attend later on. The SA is the one that is currently in force.

Under s. 145 of the CJA –or s. 66 of the SA– a court considering the seriousness of an offence⁹⁵⁸ other than those contained in ss. 28-32 of the CDA⁹⁵⁹, if the offence is racially or religiously aggravated, must treat the fact as an aggravating factor (s. 145(2)(a) of the CJA/s. 66(2)(a) of the SA) and state in open court that the offence was so aggravated (s. 145(2)(b) of the CJA⁹⁶⁰/s. 66(2)(b) of the SA). The s. 146 of the CJA makes a similar provision concerning sexual orientation, disability and transgender identity⁹⁶¹, whereas s. 66 of the SA contains all those possibilities in the same provision (s. 66(1) of the SA).

⁹⁵⁷ In detail, for a full insight of the background and the key features of the Sentencing Act 2020, as an introductory pathway to it, see CORRIN/OLIVER/WALSH, *Blackstone's guide*, pars. 1.01-4.24.

⁹⁵⁸ A court must evaluate the seriousness of the offence before imposing community or custodial sentences. In fact, a court must form its own opinion and, precisely to that end, “*must take into account all such information as is available to it about the circumstances of the offence or (as the case may be) of the offence and the offence or offences associated with it, including any aggravating or mitigating factors*” (among other provisions, see s. 156(1) of the CJA, and ss. 230(6) and 231(7) of the SA).

⁹⁵⁹ In particular, see s. 145(1) of the CJA or s. 66(3) of the SA.

⁹⁶⁰ In *R. v Rogers* (2007) was considered that if the evidence, as a whole, is sufficient to prove the hostility of the offender's conduct, or the hostility as a motivation factor, that could be in some cases a question of fact for the decision-makers. In particular, the fact finders (the sentencer: jury or magistrates) treating with non-covered offences by CDA have to decide whether or not such offences are racially or religiously aggravated, implementing the aggravating factor in the sentencing stage if so. See *R. v Rogers (Philip)* [2007] UKHL 8, pars. 16 and 18.

⁹⁶¹ The s. 146 of the CJA came into effect on 4th April 2005, considering the increase in sentences for aggravation related to disability or sexual orientation. Transgender identity was introduced by s. 65 of the Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012, amending the CJA 2003 (in force from 3rd December 2012 to present). In the Committee of the Whole House used in the House of Lords on examining the Bill for this last Act referred, the Minister of State, Ministry of Justice (Lord McNally) said as follows: “*The Government consider that all five monitored strands of hate crime should be treated equally under*

As was the case in the CJA (ss. 145(3) and 146(2) of the CJA), according to the SA (s. 66(4) of the SA), an offence will be regarded aggravated by hostility if the objective test for hate crimes (a) or the subjective test for hate crimes (b) is satisfied. That is, if: (a) at the time of committing the offence, or immediately before or after doing so, the offender demonstrated towards the victim of the offence hostility based on [(i) the victim's membership (or presumed membership) of a racial group, (ii) the victim's membership (or presumed membership) of a religious group, (iii) a disability (or presumed disability) of the victim, (iv) the sexual orientation (or presumed sexual orientation) of the victim, or (v) the victim being (or being presumed to be) transgender], or (b) the offence was motivated (wholly or partly) by [(i) hostility towards members⁹⁶² of a racial group based on their membership of that group, (ii) hostility towards members of a religious group based on their membership of that group, (iii) hostility towards persons who have a disability or a particular disability, (iv) hostility towards persons who are of a particular sexual orientation, or (v) hostility towards persons who are transgender].

The complementarity between CDA and CJA, or now the SA, appears to be undoubted. Even more, it was suggested years ago that the CJA could also back the CDA up by substituting in some cases. In *R. v Cooke* (2015) it is said that the s. 145 of the CJA is a provision of general application irrespective of the basic offence⁹⁶³. In the same line, the CPS mentioned in its legal guidance to prosecutors that any offence was within the scope of s. 145 or 146 of the CJA, noting that this approach is intended to ensure that racial, religious, disability, homophobic, biphobic and transphobic hate crime is punished properly and that justice is afforded to all⁹⁶⁴. This exceptional function of the CJA has been pointed out and was made it clear in the arguable *R. v O'Leary* (2015)⁹⁶⁵. However,

these particular provisions. This sends a strong message and should, I hope, give more confidence to victims in reporting these dreadful crimes". Nevertheless, before passing any of the above-mentioned legal reforms, the judge already had in his hands to increase the penalty given the greater seriousness of the crimes committed. What s. 146 adds is no more than a clear-cut message about the unacceptability of the act, requiring the sentencer to place on record the fact that the offence was committed precisely so. WARD/DAVIES seem to suggest that such a clear statement could in the future pave the way for the consolidation of such categories also within the CDA's aggravated offences. See: HL Debate, Vol. 735, Col. 153 (February 7, 2012); WARD/DAVIES, *The Criminal Justice Act 2003*, par. 8.33; LENG/TAYLOR/WASIK, *Blackstone's guide to the Criminal*, pp. 180-181.

⁹⁶² Note that references to "members" or "persons" should be understood here as being made also in the singular; that is, one particular member or person of a group (s. 6 of the Interpretation Act 1978).

⁹⁶³ *R. v Cooke* (Steven) [2015] EWCA Crim 1414, par. 23.

⁹⁶⁴ See: CPS, *Racist and religious hate crime* (2020); CPS, *Disability hate crime* (2020); CPS, *Homophobic, biphobic and transphobic hate crime* (2020).

⁹⁶⁵ In *R. v O'Leary* (2015) it was questioned if, in the absence of a conviction for racially aggravated unlawful wounding contrary to the s. 29(1)(a) of CDA and not been an issue at trial, the judge was entitled

the debate is yet far from reaching a consensus. To start with, the wording of s. 145 stated clearly that the provision was applicable where a court was considering the seriousness of an offence “*other than*” one under ss. 29-32 of the Crime and Disorder Act 1998 (s. 145(1) of the CJA)⁹⁶⁶. In fact, what really happened in *R. v O’Leary* (2015) was that the Court acted cunningly and took advantage of a legal vacuum. Firstly, it laid an interested legal interpretation down: what ss. 29-32 of the CDA exclude is nothing but the racially and religiously aggravated offences, not necessarily the underlying offences. Secondly, even though there were earlier cases opposed to *R. v O’Leary* (2015), all of them resulted to have its procedural singularities⁹⁶⁷.

Whether or not to activate s. 145 of the CJA/s. 66 of the SA in cases where the prosecution failed formulating the indictment is also tricky because of the noticeable differences between that provision and the offences created by the CDA. We already know that in CDA the aggravation element is an inherent part of a closed list of offences upon which the jury makes the decision, and that in CJA/SA the aggravation element is a matter of fact to be considered and decided by the judge, arguably, for any basic offences. However, it is advisable to bear some other opposed characteristics in mind.

to consider that it was racially motivated. The Court of Appeal held that in the vast majority of the cases, where the evidence supports an aggravated form of assault, it should be placed upon the indictment. The prosecution cannot be relieved from the duty of considering the indictment with care. Just in particular circumstances of offences with clear pieces of evidence make it possible for the trial judge to pass sentence in this sense. See *R. v O’Leary (Michael Patrick)* [2015] EWCA Crim 1306, pars. 18-19.

In fact, there is not in disagreement with MCSG neither. MCSG recommends that penalty enhancement sentencing provisions should not normally be applied to basic offences which could have well adopted racially or religiously aggravated form but finally were not charged as such. See SENTENCING COUNCIL, *MCSG. Explanatory materials* (no date).

⁹⁶⁶ Nevertheless, it cannot be ignored that there is a lack of consistency between s. 145 and 146 of the CJA 2003. In the latter the reference is just to “*an offence*”, with complete disregard for the content of ss. 29-32 of the CDA as it was in the former. According to the s. 66(3) of the SA, the section at hand “*does not apply*” to an offence under ss. 29-32 of the CDA.

⁹⁶⁷ This point was perfectly summarised by OWUSU-BEMPAH/WALTERS. As a way of comparison with the *R. v O’Leary* (2015) case, «the appellant had not been charged and acquitted of the aggravated offence, as in *McGillivray* [*McGillivray* [2005] EWCA Crim 604]; that a count charging the aggravated offence had not been included and then deleted from the indictment, as in *Kentsch* [*Kentsch* [2005] EWCA Crim 2851]; and that there had been clear evidence of racial aggravation, unlike in *O’Callaghan* [*O’Callaghan* [2005] EWCA Crim 317] and the more recent case of *Docherty* [*Docherty* [2014] EWCA Crim 1404]. Moreover, unlike in *Lawrence* [*Lawrence* [1983] 5 Cr App R (S) 220] and *O’Prey* [*O’Prey* [1999] 2 Cr App R (S) 83], the appellant was dealt with following a trial in which there had been an opportunity for the defence to test and challenge the evidence of racial aggravation. Yet, arguably, the judge’s decision to take account of racial aggravation remains contrary to principle and the position taken in *Canavan* [*Canavan* [1998] 1 WLR 604], that a defendant “*may be sentenced only for an offence proved against him (by admission or verdict) or which he has admitted and asked the court to take into consideration when passing sentence*”. O’Leary had neither admitted racial aggravation, nor had racial aggravation formed part of a jury verdict». In detail, see OWUSU-BEMPAH/WALTERS, “Racially aggravated offences”, pp. 116-123.

Firstly, while since 14th December 2001 the CDA only covers two protected characteristics (race and religion), the CJA/SA covers up to five (race, religion, sexual orientation, disability and transgender). In the light of this lopsided situation, there could be some disparities within the vulnerable groups that might also be reflected in hate crime statistics. Secondly, the CDA attracts a higher maximum penalty for the more severe versions of some offences. Nonetheless, under the CJA/SA the sentence uplift must remain within the concrete statutory boundaries, not trespassing them. Thirdly, as the demonstrated or motivational hostility is part of the crime's mens rea and/or actus reus under the CDA, the aggravation will appear on the offender's criminal record. Despite the Law Commission's disconformity⁹⁶⁸, the aggravation has not been finally reflected on the offender's criminal record under CJA. For that very reason, and for not being duly recorded by courts, the 2016 ECRI's fifth monitoring report on the UK expressed its concerns about the lack of data available on the actual application of ss. 145 and 146 of the CJA. This Council of Europe's body encouragingly recommended collecting so⁹⁶⁹.

Lastly, quite interestingly, we should note that WALTERS/WIEDLITZKA/OWUSU-BEMPAH/GOODALL proposed in 2017 to combine the CDA and CJA models in a single piece of legislation⁹⁷⁰. Thus, in their view, ss. 28-32 of the CDA would be extended to catch all those categories that are already included in ss. 145-146 of the CJA, also becoming applicable to any offence (without limitations of prearranged offences). As explained, «the legislation should mirror the wording as set out in ss. 145 and 146 CJA in so far as the courts “must” take into consideration hostility (...) and state in open court how the sentence has been affected by the aggravation». By doing all the above, ss. 145-146 of the CJA could be repealed⁹⁷¹. Sexual orientation, disability, or transgender hostility would this way become characteristics within hate crime offences that could finally be «labelled as prejudice-based at trial» and «officially recorded by the courts».

⁹⁶⁸ LAW COMMISSION, *Hate crime: should the current* (2014), par. 3.104.

⁹⁶⁹ ECRI, *ECRI report on the United Kingdom* (2016), pars. 67 and 69.

⁹⁷⁰ On the contrary, for different reasons concerning the English law as of today, objections to this proposal come from LAW COMMISSION, *Hate crime laws* (2020), par. 9.21. However, see the resemblances between the proposal with the already achieved Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021 in subsection «b) *Crime and Disorder Act 1998* (s. 96), *Criminal Justice (Scotland) Act 2003* (s. 74) and *Offences (Aggravation by Prejudice) (Scotland) Act 2009* (ss. 1-2)» included in section «2.2.3.2. *Scotland*» *infra*. Note also that Northern Ireland seems to want to emulate Scotland on this matter. On the recommendation made for the Northern Ireland Executive to take further action, see MARRINAN, *Independent review* (2020), pars. 5.13, 5.62, 5.76, 6.118 and 16.33.

⁹⁷¹ WALTERS/WIEDLITZKA/OWUSU-BEMPAH/GOODALL, *Hate crime and the legal process* (2017), p. 200.

Besides this, WALTERS/GODZISZ stresses how exemplary the Scots law is in this area⁹⁷². Let us now turn to the Scottish case, then.

2.2.3.2. Scotland

There was an atmosphere of distrust and opposition among the Scottish legal practitioners to the 1997 Labour Party Manifesto, mainly because there was a denial of the racial problem in Scotland. In other words, there was racial harmony or racism-free perception in a tolerant country no way comparable to the rest of the UK⁹⁷³.

*a) Criminal Law (Consolidation) (Scotland) Act 1995 (s. 50A) and
Crime and Disorder Act 1998 (s. 33)*

Racially aggravated harassment and racially aggravated behaviour are the offences covered by the s. 50(A) of the Criminal Law (Consolidation) (Scotland) Act 1995. This section's distinctive feature is its self-sufficiency, as the reprehensible racial component intrinsically adheres to those offences. There are commonly referred as standalone offences. It was inserted in the referred law by the s. 33 of the CDA, and so came into force on 30th September 1998. The first offence, the racially aggravated harassment, prohibits the methodical or not ceasing undesired and bothersome intended acts by the offender. The referred as a course of conduct must involve any conduct on at least two occasions, including «speech» as a conduct example (s. 50(A)(6) of the CLCSA). Even if the offender did not intend to amount to harassment, the same criminal behaviour may occur in circumstances where it would appear to a reasonable person that it would amount to harassment (s. 50A(1)(a) of the CLCSA). The second offence, the racially aggravated behaviour, prohibits a single racially aggravated act which effectively causes, or is intended to cause, alarm or distress to another (s. 50A(1)(b) of the CLCSA). Both subjective (motivation by malice and ill-will related to race) and objective (evinced malice and ill-will related to race) are operating on these offences with different nomenclature but identically to English law (s. 50A(2) of the CLCSA).

⁹⁷² WALTERS/GODZISZ, "Hate crime", p. 13.

⁹⁷³ In detail, see MOODY/CLARK, "Dealing with racist victimisation", pp. 262-265. However, similarly to what was earlier referred to for England and Wales, Scotland's Lord Advocate, Lord Hardie, made the following observation during the Crime and Disorder Bill debates: "Unfortunately—I am not proud of this statistic—there has been a steady rise in the number of recorded racial incidents in Scotland in recent years. In 1989, there were 376. That figure rose to 832 in the fiscal year 1995–96". HL Debate, Vol. 587, Col. 705 (March 17, 1998).

The s. 50A(1)(b) of the CLCSA deserves a clarification, or otherwise, it will take us to confusion. In *King v Procurator Fiscal* (2011) was considered that this sub-section might suggest an alternative conviction choice, through «causing» a person alarm or distress (results-based crime of strict liability) or «intending to cause» a person alarm or distress (crime dependent upon mens rea). As argued, there is no reason to treat “or” in that section as a conjunctive like would be the case of “and”⁹⁷⁴. In short, the s. 50A(1)(b) of the CLCSA “can apply to circumstances in which alarm and distress are caused, albeit the target of the remark was not meant to hear it”⁹⁷⁵. However, we cannot turn a blind eye to the wording of the s. 50(1)(b) of the CLCSA. There is one more requirement, as the offender must have been acting “in a manner which is racially aggravated”. In any case, all this reasoning could be interesting for the online commission of the offence as well. The previous case refers to different examples in which assesses the legitimate expectation of privacy. For instance, during a phone call, it is stated that the maker of any remark cannot be sure that only the direct recipient would hear the conversation or comment. It does not matter if the maker of the remark did not expect a third person to hear it⁹⁷⁶, or to read it. This is a legal sector especially interesting in terms of governing online expression, so there will be further references to the acting of harass in general and the s. 50A of the CLCSA in particular when introducing a brief state of affairs for Scotland and the more deconstructed process of similar sections for the English law⁹⁷⁷.

As noted by the Scottish Government, which has finally decided to maintain and somehow transfer this offence into s. 3 of the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021, it makes sense that this offence remains race-specific. In fact, as stated by many, an offence of this kind “requires a unique approach due to the prevalence and nature of racial harassment and racially motivated violence” in Scotland. Furthermore, such racially oriented offences are historically rooted in the Scottish legal system and appear to have served their purpose well⁹⁷⁸.

⁹⁷⁴ This aspect is linked to the linguistic presumptions in statutory interpretation. DEWART explains it in an enlightening way: «[T]he courts accept that the legislation may, on occasion, misuse the conjunctions “and”, “or” and “and/or” when listing conditions. If the result of the literal interpretation appears to defeat the intention of the legislation, the courts will not necessarily hold to the literal use of the conjunction». DEWART, *The Scottish*, p. 285.

⁹⁷⁵ *King (Edith Jane) v Procurator Fiscal* [2011] HCJAC 109, par. 19.

⁹⁷⁶ In detail, see *King (Edith Jane) v Procurator Fiscal* [2011] HCJAC 109, pars. 7 and 18-19.

⁹⁷⁷ See subsection «a) Harassment and stalking» included in section «2.2.4.1. Targeted communications» and section «2.3.1.1. Harassment and stalking: Protection from Harassment Act 1997 (ss. 2, 2A, 4 and 4A)» *infra*.

⁹⁷⁸ SCOTTISH GOVERNMENT, *Policy memorandum* (2020), pars. 159 and 274.

b) *Crime and Disorder Act 1998 (s. 96), Criminal Justice (Scotland) Act 2003 (s. 74) and Offences (Aggravation by Prejudice) (Scotland) Act 2009 (ss. 1-2)*

The aggravating circumstance in sentencing maintains the drafting pattern of the racially aggravated harassment in terms of the subjective and the objective test, but with no prearrange offence restriction. It is incomparably dispersed within the Scottish statutory law: s. 96 of the CDA applies to racial aggravation; s. 74 of the Criminal Justice (Scotland) Act 2003 (CJSA) applies to religious aggravation; and ss. 1 and 2 of the OAPSA apply to disability, sexual orientation and transgender identity. The s. 74 of the CJSA was implemented on 27th June 2003⁹⁷⁹ and has an original wording different from elsewhere in the UK. Firstly, the subjective and objective test are both related not just to the victim's membership (or presumed membership) of a religious group, but also to a social or cultural group with a perceived religious affiliation⁹⁸⁰. Secondly, the reference to a religious group has an over-extended formulation in Scotland⁹⁸¹. It means a group of persons defined by reference to their (a) religious belief or lack of it; (b) membership of or adherence to a church or religious organisation; (c) support for the culture and traditions of a church or religious organisation; or (d) participation in activities associated with the culture and traditions of a church or religious organisation.

Until recently, there has been one major fruitless effort to unclutter the Scottish law by centralising the prejudice-based aggravating feature in a single general provision. It was included in the section 7 of the main codification proposal to date, the *Draft Criminal*

⁹⁷⁹ For approaching the impact of its first 18 months in force, see the statistical findings on DOYLE, *Use of Section 74 of the Criminal Justice (Scotland) Act 2003* (2006).

⁹⁸⁰ Mr. Wallace, from Liberal Democrats, gave an example in the Scottish Parliament while debating an amendment over the offences aggravated by religious prejudice section. A «social or cultural group with a perceived religious affiliation» might suggest committing crimes (e.g. arson or any kind of vandalism) “(...) not on a religious building such as a church, but on a social club or a building that was used by a group that was perceived to have a religious affiliation”. SCOTTISH PARLIAMENT, *Meeting of the Parliament* (2013).

⁹⁸¹ However, even this pretended all-encompassing significance for religious groups, there has been much discussion surrounding its inoperativeness to cover the vulnerability of individuals publicly expressing a world view through their very personal religious beliefs. That was the case in *Ahmed v HM Advocate* (2016), in which the murder of a Pakistani Glasgow shopkeeper was due to some messages on social media that were interpreted as blasphemous. The offender was a Muslim and the victim a member of the Ahmadi sect of Islam, but he apparently regarded himself as a prophet rather than the undisputed Muhammad for Muslims. In detail, see: *Ahmed (Tanveer) v HM Advocate* [2016] HCJAC 125; GLOVER, “Statutory aggravation”, pp. 87-105.

*Code for Scotland*⁹⁸², published as a consultation paper by the Scottish Law Commission on 13th September 2003. It was an unofficial and pre-legislative project, prepared and propelled by a small group of professors to foster debate⁹⁸³. For another attempt to centralise provisions in a single piece of legislation, which this time has been successful, we jump forward in time to 2018. The retired Judge Lord BRACADALE, appointed by the Scottish Government a year before to carry out an independent review of hate crime legislation, brought this unifying aspiration back on the political agenda. He recommended introducing a one-and-only piece of legislation that would cover, among others, s. 96 of the CDA, s. 74 of the CJSA and ss. 1-2 of the OPASA⁹⁸⁴.

Barely three years later, the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021 succeeded in repealing these offences (Sch. 2, ss. 3-5 of the Act) in order to absorb them (ss. 1-2 of the Act). The dispersed provisions have been brought together⁹⁸⁵. In particular, this shift has opened the door to a model of statutory aggravation technique that is new and unknown in the UK. That is, a one-off aggravating provision for all cases that result to be influenced by prejudice. Any offence could be aggravated once the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021 enters into force. There is no need to create new offences, as existing ones are taken into account. In addition, protected characteristics have been expanded by making mention to “age”⁹⁸⁶ or “variations in sex

⁹⁸² Any offence is subject to aggravation “if motivated by hatred or contempt for, or malice or ill-will towards, a group of persons defined by reference to race, colour, religion, gender, sexual orientation, nationality, citizenship or ethnic or national origins” (s. 7(2)(b) of the Draft Code), or “if accompanied by expressions of abuse or ill-will based on the victim’s membership or supposed membership of any such group” (s. 7(2)(c) of the Draft Code). More generally, any other intention or motivation on the commission of the offence, if related to the special vulnerability of the victim (e.g. disability), would also be aggravated so (s. 7(1) of the Draft Code). However, there was no possible to aggravate those offences in which the aggravating factor was already included on them (s. 7(3) of the Draft Code). See CLIVE/FERGUSON/GANE/SMITH, *A draft Criminal Code* (2013).

⁹⁸³ For a comprehensive view of the preparation, development and significance of the Draft Criminal Code for Scotland some time afterwards, see: CLIVE, “Codification of Scottish Criminal law”, pp. 747-757; CLIVE, «Codification of the Criminal law», pp. 54-69.

⁹⁸⁴ BRACADALE, *Independent review* (2018), par. 9.7.

⁹⁸⁵ As noted, this would provide “greater clarity, greater transparency and improved consistency within hate crime legislation in Scotland”. SCOTTISH GOVERNMENT, *Policy memorandum* (2020), pars. 4, 57 and 70.

⁹⁸⁶ According to s. 11(2) of the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021, “a reference to age includes a reference to an age range”. As was explained in the policy memorandum accompanying the Hate Crime and Public Order (Scotland) Bill when was introduced in the Scottish Parliament on 23 April 2020 “a statutory aggravation for prejudice in respect of age would cover persons of any age – in that it does not refer to a particular age group such as elderly persons or children and young people”. It is then made clear that “in practice, it may be more likely that offences where the aggravation applies are committed against elderly persons”. In detail, see: SCOTTISH GOVERNMENT, *Policy memorandum* (2020), par. 222; BRACADALE, *Independent review* (2020), pars. 4.51-4.70.

characteristics”⁹⁸⁷. This is, therefore, a genuine catch-all provision⁹⁸⁸, whereby the court must “*take the aggravation into account in determining the appropriate sentence*” (s. 2(2)(c) of the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021). In Scottish law (s. 2(2)(a)-(b) of the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021), unlike England & Wales and Northern Ireland, the court must “*state on conviction*” that the offence was aggravated by prejudice (and which type of prejudice was involved), and must “*record the conviction*” making evident that the offence was so aggravated (and, once again, which type of prejudice was involved)⁹⁸⁹. In other words, the offence is properly labelled as prejudice-based at trial and is likewise officially recorded by the courts.

⁹⁸⁷ According to s. 11(8) of the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021, “*a person is a member of a group defined by reference to variations in sex characteristics if the person is born with physical and biological sex characteristics which, taken as a whole, are neither (a) those typically associated with males, nor (b) those typically associated with females, and references to variations in sex characteristics are to be construed accordingly*”. For a more detailed overview of the rationale behind the inclusion of this characteristic, see what follows: “[I]t has become clear that there are concerns with listing ‘intersexuality’ as an aspect of transgender identity. Intersex and transgender identity are now widely understood to be two separate and distinct characteristics (intersex being a physical condition, or range of conditions, relating to biological characteristics, and transgender identity relating to a person’s gender identity). (...) ‘[I]ntersexuality’ will be removed from the definition of transgender identity given the clear differences between intersex and transgender identities. However, so as not to lose protection for this group of people, the Bill includes ‘variations in sex characteristics’ as a separate characteristic within hate crime law (...)”. In detail, see: SCOTTISH GOVERNMENT, *Policy memorandum* (2020), par. 204; BRACADALE, *Independent review* (2020), pars. 3.28-3.36.

⁹⁸⁸ According to s. 1 of the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021, an offence is aggravated by prejudice if: **(A) where there is a specific victim of the offence** (i) at the time of committing the offence, or immediately before or after doing so, the offender demonstrates malice and ill-will [**objective test for hate crimes**] towards the victim, and (ii) the malice and ill-will is based on the victim’s membership or presumed membership of a group defined by reference to a protected characteristic [age, disability, race, colour, nationality (including citizenship), or ethnic or national origins, religion or, in the case of a social or cultural group, perceived religious affiliation, sexual orientation, transgender identity, variations in sex characteristics], or **(B) whether or not there is a specific victim of the offence**, the offence is motivated (wholly or partly) by malice and ill-will [**subjective test for hate crimes**] towards a group of persons based on the group being defined by reference to a protected characteristic [age, disability, race, colour, nationality (including citizenship), or ethnic or national origins, religion or, in the case of a social or cultural group, perceived religious affiliation, sexual orientation, transgender identity, variations in sex characteristics]. Finally, it should be noted that “*it is immaterial whether or not the offender’s malice and ill-will is also based (to any extent) on any other factor*” (s. 1(3) of the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021). Note also that membership, in relation to a group, “*includes association with members of that group*” (s. 1(5) of the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021).

⁹⁸⁹ Also, the court must state: (i) where the sentence in respect of the offence is different from that which the court would have imposed if the offence were not so aggravated, the extent of and the reasons for that difference, or (ii) otherwise, the reasons for there being no such difference (s. 2(2)(d) of the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021).

2.2.3.3. Northern Ireland: *Criminal Justice (No. 2) (NI) Order 2004* (s. 2)

In Northern Ireland there are no aggravated criminal offences labelled as hate crimes the way that currently are in other domestic frameworks of the UK. In contrast, the media coverage has been implacable with the region, emphasising the identification of Northern Ireland with the “*race capital of Europe*”⁹⁹⁰ and Belfast with the “*most racist city in the world*”⁹⁹¹. A bigoted and violent place whichever way you look at it⁹⁹². With no aim to downplay any other socio-political regards⁹⁹³, we will focus here on the mixture of reasons behind the choice of rejecting newly designed hate crime offences. Why Northern Ireland’s hate crime policy got stuck in the way when apparently was the time for taking a step forward? Why the Northern Ireland Executive convincingly maintains the judiciary discretion without considering the parallel track of examining motives (or hostility demonstrations) in the offence stage? It is, for sure, a genuine approach.

From the very beginning, the UK Government asserted that extending hate crime laws to Northern Ireland was not easy since there was no sectarian crime recognised in the UK back in 1998. Even in Northern Ireland, an official and agreed definition of sectarian hate crime would come much later. Concerning sentencing provisions, the UK Government considered anomalous to impose higher racially aggravated penalties than what could be expectable to be imposed at that time to sectarian motivation. The refusal that came from Westminster forced Northern Ireland to prepare a consultation paper as to sound out if the legislation was required, finally being produced in November 2002. While result to be little support to extend the entire English law’s hate crime model, there was a general agreement in terms of taking sides for courts’ power to enhance penalties. By then, a school of thought of learned experts down in England and Wales had already espoused a view of new legislation limited to the sentencing approach as «quite sufficient» and «less cumbersome»⁹⁹⁴.

⁹⁹⁰ “Racist war of the Loyalist street gangs”, *The Guardian*, 10 January 2004.

⁹⁹¹ “The madness of Belfast”, *Der Spiegel*, 28 February 2005.

⁹⁹² GILLIGAN suggests that this categorisations endeavours are neither casual nor innocent. It is an endless overstatement that is opportunistically taken out of a long-lasting belittlement that had come from the UK politics. For a detailed and critical analysis, see GILLIGAN, *Northern Ireland*, pp. 3-9.

⁹⁹³ On the prevalence of hate crime in Northern Ireland, from a present-day perspective, see MARRINAN, *Independent review* (2020), pars. 4.1-4.54. On comparable grounds to Scotland, there has also been a kind of widespread and simplified development of racism denial in Northern Ireland. In detail, uncovering and stressing that fallacious vision in the late 1990s, see McVEIGH, «There’s no racism», pp. 11-32.

⁹⁹⁴ See: NIO, *Race crime and sectarian crime* (2002); GILLIGAN, *Northern Ireland*, pp. 165-166.

Apart from the alleged «technical difficulties» to extend the whole legal structure designed by the CDA to Northern Ireland during the very passage of the Act, there were also discovered discouraging procedural issues questioning its effectiveness much later. For example, if both the underlying offence and the aggravation element were intertwiningly charged (aggravated offence) and the last element result not to be proved, then there was no possible conviction at all, even if the evidence might have been enough for the basic offence⁹⁹⁵. An alternative was to present two charges (the aggravated offence and its baseline version), but it was still possible for the defence to enter a plea of guilty related to the basic offence as long as the aggravated crime's charge was dropped. The consequence of acting this way was the evidence of hostility becoming not admissible at the sentencing stage.

Finally, the British Government proposal for a Criminal Justice (NI) Order 2004 draft was first published on 9th February 2004, and the s. 2 of the Criminal Justice (No. 2) (NI) Order 2004 (CJNIO) made its way and came into force on 27th September 2004, covering four protected categories (race, religion, sexual orientation and disability) for the aggravation purposes in a sentence-based approach⁹⁹⁶. The sectarianism is not incorporated as such, but in some cases the offender's sectarian hostility is being redirected to race or religion categories⁹⁹⁷. The subjective test (s. 2(3)(b) of the CJNIO) and the objective test (s. 2(3)(a) of the CJNIO) are incorporated likewise the English law did before. Also similar to English law, despite lacking hostility related to transgender identity, if the offence is aggravated by some other aggravating factor (race, religion, sexual orientation and disability), the court shall treat the fact as an aggravating factor (s.

⁹⁹⁵ In March 2004, the Committee on the Administration of Justice, which is an independent human rights organisation in Northern Ireland, stated the following: «[I]t is better to separate out the alleged crime – murder, assault, etc. – from the alleged motivation of the criminal act. Thus, courts should first come to a finding of fact as to whether any criminal offence occurred. This first decision must be the primary one, regardless of the alleged motivation of the suspect. Dealing with motivation in the same process as dealing with the crime can confuse and undermine the finding of fact. As has been discovered in England, the merger of two concepts “offence” and a “racially aggravated” offence, has proved quite difficult to operationalise. In practice, the fusion of two quite different notions has meant that people clearly guilty of an offence escaped any punishment at all, since the racial aggravation element of the charge could not be sufficiently proven». HOUSE OF COMMONS, *Memorandum submitted by Committee* (2004).

In April 2004, the Equality Commission for Northern Ireland expressed that «the practical value of increases in penalties for “offences aggravated by hostility” may outweigh the symbolic effect of specific aggravated offences». HOUSE OF COMMONS, *Memorandum submitted by the Equality* (2004).

⁹⁹⁶ For a review based on surveys concerning the public attitude towards the more punitive way in which the new Northern Irish law was about to face the racial element of a crime, see GILLIGAN, «Two wrongs don't make a right», pp. 175-178.

⁹⁹⁷ BRACADALE, *Independent review* (2018), par. 8.33. For a more comprehensive view of this phenomenon in the context of Northern Ireland see MORROW, *Sectarianism in Northern Ireland* (2019).

2(2)(a) of the CJNIO) and state in open court that the offence was so aggravated (s. 2(2)(b) of the CJNIO). Thus, the offence is not labelled as prejudice-based at trial and is not officially recorded as such by the courts. We must also notice that there is not sentencing guidance on hate crimes in Northern Ireland. The first ever and current sentencing guidelines for the Magistrates' court were developed in 2010. Even if they do refer to racial hostility as an aggravating factor, there is no much further information provided⁹⁹⁸.

In a late 2012 report, the Northern Ireland Association for the Care and Resettlement of Offenders (NIACRO), along with the Northern Ireland Prison Service (NIPS), noted that from 2007/08 to 2011/12 were being 13.655 hate-motivated incidents reported to Northern Ireland's police. From them, just 4.689 hate crimes were passed to the Public Prosecution Service of Northern Ireland (PPSNI). This independent authority finally estimated that 1.946 were prosecutable as a hate crime. Surprisingly though, only 12 cases were said to be successfully prosecuted implementing the CJNIO⁹⁹⁹. However, in a different 2013 report but also concerning the statistical data about the 2004 Order, only 5 racially aggravated crimes received an enhanced sentence between the period of April 2007 and January 2012 according to the information provided by the Northern Ireland Courts and Tribunals Service (NICTS)¹⁰⁰⁰. This is all to say that, at least until 2012 and if we rely on the available data, the cyberhate successful prosecutions in Northern Ireland with respect to the expression-oriented hate crimes were nonexistent or really close to it¹⁰⁰¹. In the same year, the anti-racism organisation Northern Ireland Council for Ethnic Minorities (NICEM) echoed all this «infinitesimal» data and expressly pressed for the extension of racially aggravated crime to Northern Ireland in the way that was drafted in England and Wales¹⁰⁰². GILLIGAN is much more skeptical about this matter. He thinks

⁹⁹⁸ MCSG are available at <https://judiciaryni.uk/sentencing-guidelines-magistrates-court>. See also NIHRC, *Racist hate crime* (2013), p. 54.

⁹⁹⁹ JARMAN, *Criminal justice responses* (2012), p. 48.

¹⁰⁰⁰ NIHRC, *Racist hate crime* (2013), p. 13.

¹⁰⁰¹ For more recent dates, without differentiating yet between online or offline commission, see the statistical bulletins provided by the PPSNI about the number of defendants that had received an increased sentence at <https://www.ppsni.gov.uk/thematic-bulletins-hate-crime>.

¹⁰⁰² NICEM, *Race and criminal justice* (2013), p. 52. Nonetheless, different non-departmental public bodies, independent professional bodies and/or social actors have maintained opposing viewpoints over the years on this matter. For instance, unlike NICEM, the Law Society of Northern Ireland has been in favour of preserving the law-making technique employed in the CJNIO: "*The Society supports the enhanced sentencing model set out in the 2004 Order but believes that greater awareness and training for prosecutors and court staff –and all criminal justice agencies– may be required to enable prosecutions to be brought before a judge with identified aggravating factors, clearly set out in the facts and evidence, judges should clearly state the factors that impacted on their decision and this should be accurately recorded*". For this

that there is no problem related to the lack of an effective law, only a problem with the effective implementation of the 2004 Order¹⁰⁰³. In the most fiercely critical way possible, MCVEIGH put it simply: «In the absence of sentencing under the 2004 legislation, we are left to conclude that either there is no hate crime at all or the legislation is so poorly framed or the performance of the criminal justice so inept, that thousands of perpetrators of hate crime escape justice»¹⁰⁰⁴.

Judge MARRINAN, to whom the Department of Justice (NI) commissioned an independent review of Northern Ireland's hate crime laws in 2019, has recently come out in favour of change. The statutory aggravation model is non-negotiable, which means that the enhanced sentencing model is neither sufficient nor adequate on its own. Here we quote a few words that are of particular interest for our study: «If the element of ‘hate’ is left to the sentencing stage, the law seems to be treating the ‘hate’ element as another type of aggravation on a par with a number of other aggravating factors, such as vulnerability. However, by putting the ‘hate’ element into the trial of offence stage, the legislature would be making it clear that the ‘hate’ element means that a different sort of wrong/harm has been caused by the defendant – one that cuts to the heart of our values as a progressive liberal society. I believe that that principle is seriously diluted in a sentencing only system»¹⁰⁰⁵. But, once we have placed the debate on the offence stage, MARRINAN is inclined to follow the Scottish route¹⁰⁰⁶. In Scott's law, which has clearly distanced itself from English law¹⁰⁰⁷, any offence can be aggravated (ss. 1-2 of the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021). No new offence is created as in s. 28 of the CDA, nor is it restricted to race or religion. According to MARRINAN, the adoption of this new aggravation pattern, which he recommends¹⁰⁰⁸, will have an impact on the effectiveness of Northern Ireland's hate crime legislation. In fact, the enhanced sentencing model will no longer be necessary, and section 2 of CJNIO could be so repealed¹⁰⁰⁹. At the time of

point of view and many others that are not so lenient, see MARRINAN, *Independent review* (2020), pars. 5.22-5.35.

¹⁰⁰³ GILLIGAN, *Northern Ireland*, p. 181.

¹⁰⁰⁴ McVEIGH, «Hate and the state», p. 409.

¹⁰⁰⁵ MARRINAN, *Independent review* (2020), par. 5.60.

¹⁰⁰⁶ MARRINAN, *Independent review* (2020), par. 5.62.

¹⁰⁰⁷ MARRINAN argues, however, that the structure of s. 28(1) of the CDA can be retained as a basis on which to build the new Northern Irish statutory aggravation model. MARRINAN, *Independent review* (2020), par. 6.112.

¹⁰⁰⁸ MARRINAN, *Independent review* (2020), pars. 5.76 and 6.118.

¹⁰⁰⁹ MARRINAN, *Independent review* (2020), par. 5.78.

writing, the Hate Crime and Public Order (Northern Ireland) Bill is not expected until late 2022¹⁰¹⁰.

2.2.4. Different legal sectors governing biased expressive activities online

We must note beforehand that expressive activities online are potentially dealt with a great range of Acts of Parliament and common law offences. Therefore, the legal tools for prosecuting online hate crimes are scattered all along the English, Scottish and Northern Irish legal systems. Hereafter we will focus on those most commonly cited and applied, framed on three broader legal sectors (targeted communications, public order and incitement to hatred). However, this does not mean we automatically put other alternatives in the shade¹⁰¹¹. This section aims to familiarise ourselves with the similarities and differences between the UK legal systems regarding the referred legal sectors. Their unique backgrounds, historical developments and possible synergies are worth explaining before going into detail with case law shortly after.

2.2.4.1. Targeted communications

According to ROWBOTTOM, targeted communications is a cluster of laws distinguishable by the aim to regulate harmful messages to an individual or set of individuals¹⁰¹². However, this broad and shared foundational base conceals a great variety of specific laws inside. Their distinctive features must, therefore, be organised by making a more precise grouping. Thus, the «harassment and stalking» and «offensive comments» subgroups have to do with the statute's primary design to deal with online/offline behaviour and with or without hate and hostility¹⁰¹³, the three-fold classification of a cybercrime or e-crime assumed by the Home Office (e.g. pure online crimes, existing crimes that have been digitally transformed, and the use of the internet to facilitate traditional crimes)¹⁰¹⁴ and the crime classification by the necessity of particular causation,

¹⁰¹⁰ See: "Hate Crime and Public Order (Northern Ireland) Bill not expected until 2022", *agendaNi*, March 2021.

¹⁰¹¹ For further details, see section «2.2.4.4. *Other alternatives*» *infra*.

¹⁰¹² In detail, see ROWBOTTOM, "To rant, vent and converse", pp. 362-364.

¹⁰¹³ This classification was first employed by BAKALIS so as to clearly and correctly present her own's contributions to the field. BAKALIS, "Rethinking", pp. 86-110.

¹⁰¹⁴ Pure online crimes are those committed where a digital system is a target and also the means of the attack. The existing crimes that have been digitally transformed are common crimes that have now greater scale or different form due to the use of the internet. Finally, there are traditional crimes (e.g. drug dealing or people smuggling) that the use of the internet has facilitated its commission. This categorisation was also supported by the *Police and Serious and Organised Crime Agency (SOCA)*, which has been -since late

the mere prohibition of the unlawful way of acting, or the presence of some circumstances somehow linked to the defendant (e.g. result, conduct or status crime). These are some of the most relevant and general conflicting positions when discussing how to react to harmful behaviour online.

For practical reasons, we will mainly deal now with the first suggested division, and that is to elucidate whether the statute was thought to help to prosecute cyber offences when it was adopted. If not, we will also examine its capability to handle the new online phenomena, assessing its impact and weaknesses. Basically, we will concisely reflect the state of affairs by introducing the circumstances behind its enactment or adaptation. As a consequence, we will easily be able to determine the referred second division. The offences within the statutes will be just introduced to the reader. At a later time, focusing exclusively on England and Wales and together with a relevant and selected case law, it will be possible to deconstruct or critically analyse the offence and the associated crimes, which means that the third division would be properly addressed.

Last but not least, exclusively with the English law and the derivate case law in mind, we must remember that offences under «harassment and stalking» subgroup would directly become aggravated offences under the s. 32 of the CDA¹⁰¹⁵. In respect of offences within a statute addressing «offensive comments», they will never result in an aggravated offence by virtue of the CDA. For the reasons stated above, they will be considered in the sentencing stage under the auspices of the currently in force s. 66 of the SA¹⁰¹⁶.

a) Harassment and stalking

Harassment and its aggravated form, stalking, refer to an unwanted pattern of conduct, course of conduct or series of incidents over time (e.g. persistently following someone, texting or calling someone obsessively, etc.), including speech incidents (e.g. verbal

2013- superseded by the *National Crime Agency* (NCA), a national law enforcement agency not limited to combat cybercrime. See HOUSE OF COMMONS, *E-crime*, p. 4.

¹⁰¹⁵ On March 2018, the leader (Paul Golding) and the deputy leader (Jayda Fransen) of the Britain First fascist political organisation were found guilty of religiously-aggravated harassment offences for some incidents that include the filming and the posting of some videos on their Facebook wall and Britain First's webpage. It was a demonstrated of hostility case towards Muslims and the faith of Islam, and in turn, linked to a gang-rape trial that was taking place and in which some Muslims were finally convicted and imprisoned. See "Britain First leader and deputy leader jailed for hate crimes", *BBC News*, 7 March 2018.

¹⁰¹⁶ See subsection «b) *Sentencing Act 2020* (s. 66)» included in section «2.2.3.1. *England and Wales*» *supra*.

abuse), that cumulatively and context-dependently pursue to intimidate and distress another individual¹⁰¹⁷. Interestingly, MELOY, whose central work about stalking published in 1998 still is highly regarded, found that the offenders' conscious anger and hostility toward the victim was the main motivation driving stalking¹⁰¹⁸. In other respects, both harassment and stalking are activities against the law across the UK, except for the lack of express stalking provisions in Northern Ireland. Despite differences across the three legal systems, all the statutes contain offences which are perfectly applicable both to online and offline communications. In other words, there were not originally designed for dealing with online behaviour, but they did for dealing with hatred or hostility¹⁰¹⁹. They all are existing crimes in which it is placed a digital age add-on, which may exponentially grow the inherent harmfulness. Hence, it is referred to them as computer-assisted, mediated or related offences¹⁰²⁰, inasmuch as are offences comparable to conventional ones but committed by means of an information system (e.g. computer-assisted harassment)¹⁰²¹.

¹⁰¹⁷ That is why, limiting cyberhate notion, WALL seems to equate that term with hate speech and states as follows: «If cyber-stalking violates the individual, then cyber-hate violates social or ethnic groupings». In this same line, COSTELLO/HAWDON state that such a collective focus can serve a purpose. In particular, it serves to clearly distinguish between online hate from different forms of cyberviolence (e.g. cyberbullying or cyberstalking) whose focus is on individuals. See: WALL, «Cybercrimes», p. 7; COSTELLO/HAWDON/RATLIFF/GRANTHAM, «Who views», p. 312.

¹⁰¹⁸ In detail, see KIENLEN/BIRMINGHAM/SOLBERG/O'REGAN/MELOY, «A comparative study», pp. 317-334; MELOY, *The psychology of stalking* (1998).

¹⁰¹⁹ During the parliamentary debates of the Protection from Harassment Bill, Lord Mackay of Clashfern and Lord Thomas Gresford noted that passing the Act would protect victims of harassment in general, irrespective of the source of the harassment. They mentioned stalking behaviour, racial harassment and anti-social behaviour by neighbours. HL Debate, Vol. 577, Cols. 917 and 923 (January 15, 1997).

¹⁰²⁰ However, we should be perfectly aware that these highly cited denominations are emphasising the way we access the internet, keeping out of sight other mechanisms such as mobile technology. But even a more general approach would remain open to objection, as a technology-focused categorisation will continue to blind other desirable perspectives relying on offenders and their targets. Far from being uncontroversial, ways of classifying cybercrime differ from author to author. In detail, for an overview of the existing classifications and the criticism attributed to them, see: CLOUGH, *Principles of cybercrime*, pp. 9-11; GILLESPIE, *Cybercrime*, pp. 9-13.

It is also symptomatic the position adopted by the Law Commission when assessing the meaning that should be attributed by law to the term «computer». It was nothing more than the ordinary meaning what was suggested, far from the counterproductive technical definitions or any unnecessary others. The summing-up was clear: «(...) it would be better not to attempt to define 'computer' in any legislation that may be recommended». If we go a little further, the following explanation was given to know the *raison d'être* behind this refusal: «(...) we cannot think that there will ever be serious grounds for arguments based on the ordinary meaning of the term 'computer'. By contrast, all the attempted definitions that we have seen are so complex, in an endeavour to be all-embracing, that they are likely to produce extensive argument, and thus confusion for magistrates, juries and judges involved in trying our proposed offences». See: LAW COMMISSION, *Computer misuse* (1988), par. 6.23; LAW COMMISSION, *Computer misuse* (1989), par. 3.39.

¹⁰²¹ Note that some authors are considering cyberstalking as a computer-facilitated crime as well. Cyberstalking is said to be a common way of starting any pattern of behaviour, whether it continuous online or offline. Stalking and cyberstalking are so intertwined. What is more, the majority of the cyberstalkers soon later engage the offline criminal activity. Among others, see the following research studies revealing

The 16th June 1997, the Protection from Harassment Act (PHA) came into force and a two-tier criminalisation system was created for a conduct urging to address¹⁰²² in its own criminological contours¹⁰²³: s. 2 (harassment) and 4 (harassment causing fear of violence) of the PHA. Surprising though it may seem, the massive media and lobby groups campaign that pressured the government to draft the Act was driven by continuum references to the overexposed stalking term¹⁰²⁴. In fact, that legislation is still known as the UK anti-stalking law. In any case, the PHA finally evaded to name stalking, although it is equally true that it left a sufficiently broad harassment notion correcting the gap. According to FINCH, stalking became a particularly vague manifestation of criminal harassment, whose essential elements could be easily read between the lines: 1) The ongoing or repeated nature and the intransigence/obduracy of the offender, whether intended or not (the «course of conduct» that the law refers to); 2) An unwanted conduct from the victim's perspective; and 3) A conduct that engenders an adverse reaction in the victim¹⁰²⁵.

Currently, s. 2 of the PHA just imposes criminal penalty stating that “*a person who pursues a course of conduct in breach of section 1 is guilty of an offence*”. Additionally, to the “*course of conduct*” element of the offence s. 1 of the PHA would add two more by saying that a person must not pursue a course of conduct which “*amounts to harassment of another*”¹⁰²⁶ and which “*he knows or ought to know*” amounts to such

that prevalence: CAVEZZA/McEWAN, “Cyberstalking versus off-line stalking”, pp. 955-970; DREBING/BAILER/ANDERS/WAGNER/GALLAS, “Cyberstalking in a large sample”, pp. 61-67.

¹⁰²² As plainly stated by Mr. Justice Hughes in *R. v Colohan* (2001), “*the conduct at which the Act is aimed, and from which it seeks to provide protection, is particularly likely to be conduct pursued by those of obsessive or otherwise unusual psychological make-up and very frequently by those suffering from an identifiable mental illness*”. *R. v Colohan (Sean Peter)* [2001] EWCA Crim 1251, par. 18.

¹⁰²³ In fact, right before its recognition as such, some initiatives tried to fill the void. As we just referred to in the «*a Crime and Disorder Act 1998 (ss. 28-32)*» epigraph following *R. v Ireland* (1996) and *R. v Burstow* (1997), to put the victim in the in immediate and unlawful fear for of violence, and causing this way a psychological injury, was perfectly capable of constituting an assault occasioning actual bodily harm.

¹⁰²⁴ For an approach to the political climate behind the parliamentary debates while searching for a legislative definition of stalking, see FINCH, *The criminalisation of stalking*, pp. 11-19.

¹⁰²⁵ In detail, see FINCH, “Stalking the perfect stalking law”, pp. 703-719. See also, from the same author, the leading work in English and Welsh law on the criminalisation of stalking: FINCH, *The criminalisation of stalking* (2001).

¹⁰²⁶ It is well noticing beforehand that not any course of conduct that amounts to harassment would, by itself, constitute an offence. It is an eminently subjective point highly contextually conditioned. According to FINCH, «the law does not proscribe certain forms of conduct as harassment per se but enables the victim to determine the parameters of acceptable interaction on an individualistic basis». And that's why «conduct that appears innocuous to an objective observer may assume a more menacing aspect when the history of the relationship of the stalker and victim is taken into account». FINCH, “Stalking the perfect stalking law”, p. 706.

harassment (the mens rea of the offence). The “*course of conduct*” must involve conduct, which includes speech, on at least two occasions (s. 7(3) and 7(4) of the PHA). The Criminal Justice and Police Act 2001 amended the s. 7 of the PHA by introducing the s. 7(3A) regarding collective harassment¹⁰²⁷. From then on, the PHA protects a victim where two or more people separately carry out one harassment act each. A stalker that aids, abets, counsels or procures another person to commit one more act would be pursuing a course of conduct as well. Although there is no harassment definition, it is mentioned that harassing a person includes alarming or causing the person distress, being “*person*” always referring to an individual (ss. 7(2) and 7(5) of the PHA). Finally, s. 4 of the PHA created a more serious criminal offence of carrying out a course of conduct which puts people in fear of violence.

In 2011/2012, the UK Government consulted on the general lack of confidence atmosphere on whether the police and the criminal justice system were taking stalking as serious as it was thought to be. It was also asked for any changes to the law, including a separate offence of stalking. Among the government responses, it was noted that PHA was failing to protect stalking victims in general and cyber-stalking victims in particular¹⁰²⁸. Online stalking behaviour was an extra matter of concern. In other respects, the Government concludes that introducing new offences for stalking were justified to ensure a distinct treatment from other forms of harassment¹⁰²⁹. The Protection of Freedoms Act 2012 (s. 111) finally amended the PHA and two new offences came into force on 25th November 2012: s. 2A (stalking), 4A (stalking causing fear of violence and serious alarm or distress).

The s. 2A proscribes pursuing a course of conduct which amounts to harassment and which also amounts to stalking (s. 2A(1) of the PHA). That would take place when the offender amounts to harassment of an individual victim, there are involved acts or omissions associated with stalking, and the offender knows or ought to know amounts to

¹⁰²⁷ In order to know the origins of such an amendment, a 2001 UK’s Government strategy document about animal rights extremism must be consulted. There were some statutes, as was the case of the PHA, which were expected to fight against protest activities carried out by animal rights extremists. See HOME OFFICE, *Animal rights extremism* (2001); MONAGHAN, “Not quite terrorism”, pp. 933-951.

¹⁰²⁸ This does not mean that the PHA was never used in the online environment. In fact, the case that is usually cited as a pioneer dates back to 1999. See: “Internet stalker faces jail”, *BBC News*, 8 September 1999; “Three months’ jail for internet stalker”, *The Guardian*, 16 October 1999.

¹⁰²⁹ HOME OFFICE, *Review of the Protection from Harassment Act 1997* (2012).

such harassment (s. 2A(2) of the PHA). Among many other examples which are included in the s. 2A(3) of the PHA's non-exhaustive list of act or omissions associated with stalking, there are "*contacting, or attempting to contact, a person by any means*", "*publishing any statement or other material*", "*monitoring the use by a person of the internet, email or any other form of electronic communication*" or "*watching or spying on a person*", to name a few. The s. 4A of the PHA prohibits pursuing a course of conduct which amounts to harassment, which also amounts to stalking and which involves: (i) Fear, on at least two occasions, of the use of violence against the victim; or (ii) Serious alarm or distress which has a substantial adverse effect on the victim's usual day-to-day activities. Again, if the offender knows or ought to know, if a reasonable person in possession of the same information would think so, that its course of conduct will cause such negative feelings on the victim (s. 4A(1), (2) and (3) of the PHA).

Exploring comparable grounds for harassment and stalking in Scotland, there is a particularly complex state of affairs that we are just going to look at briefly. First of all, ss. 8-10 of the PHA deal with harassment and are separately enforceable to Scotland¹⁰³⁰. The singularity with respect to England and Wales is that the prohibition against harassment for Scotland is not followed by a statutory offence of contravening that legal mandate. Therefore, the alternative for victims in those cases is to bring civil proceedings¹⁰³¹. The claim is known as an «action of harassment». Once this action comes into play, the court may grant a «non-harassment order» against the offender (s. 8 of the PHA). Unlike the anti-harassment prohibition, breaching a non-harassment order does entail a statutory offence with its pertinent penalties (s. 9 of the PHA).

The explanation for this roundabout way is better understood when looking at the leading role that the «breach of peace» common law offence had performed. At least prior to 2001, this offence was virtually replacing the lack of any statutory offence for harassment in the Scottish law and, for some commentators, for stalking behaviour as

¹⁰³⁰ The s. 8(1) of the PHA prohibits pursuing a course of conduct which amounts to harassment of another and (a) is intended to amount to harassment of that person or (b) occurs in circumstances where it would appear to a reasonable person that it would amount to harassment of that person.

¹⁰³¹ This does not prevent civil remedies in the English law (s. 3 of the PHA), nor does the fact that some relief has been adequately provided for claimants due to an actual or expected breach of the PHA. In particular, focusing on harassment as a civil wrong to restrain or awarding damages for online behaviour, see: *Petros (Andranick Joseph) & others v Chaudhari (Sadhana) & Berry (Neelu)* [2004] All ER (D) 173 (Mar); *Cray (Martin Winston) v Hancock (Anthony Sandford & Corinne Elizabeth)* [2005] All ER (D) 66 (Nov); *AMP v Persons Unknown* [2011] EWHC 3454 (TCC).

well¹⁰³². In a 2000 unreported case, probably the first cyber-stalking conviction in Scotland, the Sheriff Robin McEwan observed that neologisms such as e-stalking or cyber-stalking were simply ingredients of the breach of peace common law offence¹⁰³³. Although recurred victimisation by the same offender to the same victim was probably dealt with the substantive racially aggravated harassment or behaviour offences of the s. 50(A) of the CLCSA, the breach of peace continued to have a preeminent position¹⁰³⁴.

A conduct which is reasonably likely to cause some effects of public concern, can easily amount to the breach of peace without any causation or proof of the offender's state of mind or intention. The prospective result must be regarded as likely to happen once assessed what the offender has done or said (objective recklessness test). All in all, the warhorse was settled in the actus reus more than in the uncontroversial mens rea. Until recently, there has been a progressive, tortuous and carefree deviation causing the breach of peace to reach the private sphere of the individuals and to likewise attract mere unpleasant or distasteful comments¹⁰³⁵. However, there were two major decisions that made unsustainable to maintain the status quo, as they completely redefined the breach of peace common law offence. Those decisions' impact left, for the first time, the great majority of harassment and stalking cases out of criminal law's range. *Smith v Donnelly* (2002) set the starting point observing that the conduct must be "*genuinely alarming and disturbing, in its own context, to any reasonable person*". It was also named the «flagrancy» of the conduct. And the relevant conduct does not end there, as must also be

¹⁰³² What is more, for some, any self-sufficient statutory offence (that is, not an aggravation of a substantive crime) that has been passed, and that now has its value combatting hate crimes, can easily reach «similar scenarios» compared to those covered by the breach of peace common law offence. JONES/TAGGART, *Criminal law*, par. 12-23.

¹⁰³³ TURNER, "Husband jailed for sending internet hate mail", *The Scotsman*, 25 February 2000, p. 5. For some references to case law illustrating the usage of the breach of peace in stalking related conducts, see CHALMERS/LEVERICK, *Gordon's Criminal law. Vol. II*, p. 620 (see footnote 117).

¹⁰³⁴ In *Anderson v Griffiths* (2005), the Sheriff Court's conviction under the s. 50(A)(1)(b) of the CLCSA was appealed, reconsidered and finally quashed. The Appeal Court asked itself if it was competent to substitute that conviction (for failing to prove that the manner in which the appellant acted was intended to cause alarm or distress) to a common law breach of peace conviction. It decided that was entitled to do so because the Sheriff Court's findings were also providing an adequate basis for the new verdict containing the breach of peace offence. See *Anderson v Griffiths* [2005] 1 J.C. 169, pars. 15-17.

Actually, breach of peace has always been considered a perfectly suitable option for the case that there is little evidence for a specific charge (e.g. incitement to murder or robbery), a charge of a specific crime is dismissed (irrelevant charge), or for directly substituting those offences that do not reach the minimum stage as to charge someone of attempting such an offence (e.g. indecent assault). See FERGUSON, *Breach of the peace*, pp. 6-8 and 130-132.

¹⁰³⁵ For a highly regarded historical portrayal of the offence that precedes what comes in the subsequent lines, and also for noticing its disconcerting malleability, see CHRISTIE, *Breach of the peace* (1990).

likely to “*threaten serious disturbance to the community*”¹⁰³⁶. Both the prospective and public element must be satisfied in order to get a conviction under the breach of peace offence¹⁰³⁷.

In line with GORDON, this all means to notably increase the seriousness standard of the offence, as prospective minor effects (e.g. embarrassment, distress, annoyance, irritation or disgust) are unmistakably banished. It also reinforces what was previously assumed about the lacking necessity of actual effects of public concern (alarm or disturbance). That is, even if they result to be actually caused, it must be objectively tested whether or not it still could have been reasonably caused in some particular circumstances. There was no turning back. According to this author also addressing electronic communications, the breach of peace offence would admit no more one-on-one commission there¹⁰³⁸, which basically means to transcend the immediate victim’s sensitivities online. The contours of the public element of that offence were finally clarified on *Harris v HM Advocate* (2009) as follows: “*It is unnecessary for the purposes of this opinion to seek to give definitive guidance as to what public element would be sufficient. Disturbance or potential disturbance of even a small group of individuals in a private house (...) may suffice. The conduct need not be directly observable by the third parties (...) but, if in private, there must be a realistic risk of it being discovered (...)*”¹⁰³⁹. This assertion, makes easier to envision a parallel between the offline and online world. However, although the public element must be present in breach of peace offence, such a need does not exist for all behaviour constellations in stalking activity, whether online or not. For GORDON, this was the catalyst for propelling the creation of distinct stalking offences¹⁰⁴⁰. Also, for the reasons stated, it is not surprising that the Scottish law became the one that inspired the rest of the UK’s legal systems to incorporate those offences. In

¹⁰³⁶ *Smith v Donnelly* [2002] J.C. 65, par. 17-18. All in all, in *Gifford v HM Advocate* (2011) it was noted that conduct that “*threatens public safety*” will be proof enough at any time that to “*threat serious disturbance to the community*” cannot be determined. See *Gifford (Matilda) v HM Advocate* [2011] HCJAC 101, par. 12.

¹⁰³⁷ They are cumulative, and it would represent a misdirection to include disjunctive conjunction in between. See *Paterson (Alexander) v HM Advocate* [2008] HCJAC 18, par. 9-10.

¹⁰³⁸ For a thorough study of breach of peace common law offence in Scotland up to September 2016, noting the great significance that *Smith v Donnelly* had, along with all the prior and ulterior related case law in mind, see CHALMERS/LEVERICK, *Gordon’s Criminal law. Vol. II*, pp. 583-606.

¹⁰³⁹ *Harris (Mark) v HM Advocate* [2009] HCJAC 80, par. 25.

¹⁰⁴⁰ CHALMERS/LEVERICK, *Gordon’s Criminal law. Vol. II*, p. 621.

particular, the s. 39 of the Criminal Justice and Licensing (Scotland) Act 2010¹⁰⁴¹, in force on 13th December 2010, was ground-breaking and broad enough to cover cyber-stalking¹⁰⁴².

The consistent view of MIDDLEMISS, that had investigated the origin of the current statutory offences for stalking, is that the Scottish Parliament was pressured to pass legislation especially due to the sudden decriminalisation of some activities related to the new technologies (private messages via Facebook, emails directed to the victim, text messages, etc.)¹⁰⁴³. Besides the s. 39 of the CJLA, it was incorporated a looser offence of threatening, alarming or distressing behaviour to help prosecuting both stalking and other activities that were no more within the breach of peace common law offence's scope¹⁰⁴⁴. The offence contained in the s. 38 of the CJLA¹⁰⁴⁵ now applies to "*behaviour [single act or course of conduct] of any kind including, in particular, things said or otherwise communicated as well as things done*" (s. 38(3) of the CJLA)¹⁰⁴⁶. Note that

¹⁰⁴¹ According to s. 39 of the CJLA, it is outlawed to engage in a course of conduct, which means conduct on at least two occasions, with the intention to cause someone fear or alarm, or when the offender knows, or ought to have known in all the circumstances, that engaging in the course of conduct would be likely to cause someone to suffer fear or alarm. As an outcome, the victim must suffer fear or alarm. This means shifting from the objective test of the breach of the peace (that is, the reaction that a potential reasonable person might have), to the subjective test of s. 39 of the CJLA (the actual victim's reaction). Broaching the matter of possible criticism, it might happen that no other but the victim find the experience suffered as stalking. CHALMERS/LEVERICK, *Gordon's Criminal law. Vol. II*, pp. 621-622.

¹⁰⁴² See the examples given in the s. 39(6) of the CJLA's non-exhaustive list, following term by term the s. 2A(3) of the PHA for England and Wales.

¹⁰⁴³ In detail, for a comprehensive evolution of stalking in Scotland, including an assessment of the current law in perspective, see: MIDDLEMISS/SHARP, "A critical analysis", pp. 89-114; MIDDLEMISS, "The new law of stalking", pp. 297-306; MIDDLEMISS, "Let the stalker", pp. 407-422.

¹⁰⁴⁴ MCCALLUM, *SPICe briefing (10/35)* (2010), pp. 3-4.

¹⁰⁴⁵ According to s. 38 of the CJLA, the proscribed conduct is to behave in a threatening or abusive manner, with the intention to cause fear or alarm, or acting recklessly about this causation. As an outcome, the behaviour needs to be objectively likely to cause a reasonable person to suffer fear or alarm. According to CUBIE, once a close look is taken on the turbulent case law, it can be assured that s. 38 of the CJLA is now governed by an objective test; that is, it has become irrelevant whether there is an identifiable victim who has actually undergone an unpleasant experience or any effect. CUBIE, *Scots Criminal law*, pp. 201-203. There is also a common law offence about issuing written or oral threats of violence that can be intentionally or unintentionally committed, even though it has been vastly superseded by the s. 38 of the CJLA. See BRACADALE, *Independent review* (2018), p. 131.

¹⁰⁴⁶ *Melville v Procurator Fiscal, Dundee* (2018) is a reported and racially aggravated case in which the s. 38 of the Criminal Justice and Licensing (Scotland) Act 2010 and the s. 74 of the Criminal Justice (Scotland) Act 2003 were applied. The appellant, who was a public official at that time, sent to the victim various text messages containing threatening, abusive and derogatory remarks regarding Muslims in general. The Muslim recipient of those messages was alarmed and shocked by their content. See *Melville (Craig) v Procurator Fiscal, Dundee* [2018] SAC (Crim) 14.

The Appeal Court for the *Paterson (Ewan) v PF Airdrie, Bow (David) v PF Airdrie and Love (Jamie) v PF Stirling* (2014), in an all-in-one judgement of the appeals against three conviction cases, cites what a local criminal court stated for the *Jamie Love v PF*. The appellant was found guilty for committing an offence contrary to s. 38 of the Criminal Justice and Licensing (Scotland) Act 2010, because between 5th August 2011 and 30th September 2011 Jamie Love posted comments on an internet website. The local court

BRACADALE advocates for the repeal of the s. 50A of the CLCSA since the passage of the Criminal Justice and Licensing (Scotland) Act 2010. He is of the view that s. 50A has not stood the test of time, as «it is difficult to envisage a realistic circumstance which could be prosecuted under section 50A and not also under section 38 with a racial statutory aggravation». The current presence of the s. 50A “*makes the scheme of hate crime legislation more complicated*”¹⁰⁴⁷. However, note that the Scottish Government has recently recognised that s. 50A of the CLCSA is a more all-inclusive provision than s. 38 of the CJLA accompanied by racial aggravation feature. As they both differ on the “*type of behavior*” that is prohibited and the “*intent required*” for commission, there is a risk of creating a loophole in the legislation by leaving the s. 50A of the CLCSA out of play¹⁰⁴⁸. In fact, far from being repealed, it has been incorporated into the s. 3 of the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021.

In Northern Ireland, the Protection from Harassment (NI) Order 1997 emulates the PHA provisions’ wording with respect to harassment¹⁰⁴⁹. In particular, these are the s. 3 (prohibition of harassment), s. 4 (offence of harassment) and s. 6 (putting people in fear of violence) of the Protection from Harassment (NI) Order 1997. It is, basically, the un-amended version of the PHA¹⁰⁵⁰. Thus, it does not include the special provisions for collective harassment (or harassment of an individual by two or more people) yet. Moreover, as MARRINAN acknowledges, the Protection from Harassment (NI) Order 1997 is not properly equipped to absorb online messages that are not directed at anyone in particular (e.g. generic Islamophobic tweets). This gives it a minimal role in the online environment, with its reactive capacity being reduced mainly to private forums within the net. In other words, although the offence may well be committed in a public forum, what is essential remains the bilateral communicative bridge imposed by the harasser on the harassed¹⁰⁵¹. In addition, we must be fully aware that the stalking provisions have not

accepted that the offence was religiously aggravated as the comments were motivated by malice and ill will towards Roman Catholics. See *Paterson (Ewan) v PF Airdrie, Bow (David) v PF Airdrie and Love (Jamie) v PF Stirling* [2014] HCJAC 87, pars. 15-18.

¹⁰⁴⁷ In detail, see BRACADALE, *Independent review* (2018), pars. 7.1-7.26.

¹⁰⁴⁸ SCOTTISH GOVERNMENT, *Policy memorandum* (2020), par. 280.

¹⁰⁴⁹ Drawing attention to the singularities of Northern Ireland and a possibly careless consideration to that region during the parliamentary debates concerning the Protection from Harassment Bill, see LAWSON-CRUTTENDEN/ADDISON, *Blackstone’s guide*, par. 2.17.

¹⁰⁵⁰ Thus, it does not include the special provisions for collective harassment (or harassment of an individual by two or more people) yet.

¹⁰⁵¹ In detail, see MARRINAN, *Independent review* (2020), pars. 13.265-13.295.

been passed in Northern Ireland¹⁰⁵². This is the case, at least for the time being, since we are in the midst of a transition period¹⁰⁵³.

b) Offensive comments

For a better understanding of the crucial singularities within the «offensive comments» statutes, an additional subgrouping might be more than welcome. These are «malicious communications» and «communications concerning the improper use of public electronic communications network». Lord Bingham of Cornhill perfectly summarises the critical distinction between them in *DPP v Collins* (2006). The malicious communications' aim is "(...) to protect people against receipt of unsolicited messages which they may find seriously objectionable"; thus, offences clustered under this umbrella will connect with a cybercrime whose target is not a digital system. In other words, the crimes will be those deemed as digitally transformed by the three-fold classification of the Home Office. The communications concerning the improper use of public electronic communications network, as the name itself may suggest, seeks "(...) to prohibit the use of a service provided and funded by the public for the benefit of the public for the transmission of communications which contravene the basic standards of our society"¹⁰⁵⁴. Obviously, as soon as we get to the bottom of the matter, we will notice an even larger area of implementation. After all, the public communications system is now privatised, and there are online platforms for social networking¹⁰⁵⁵ entirely owned by private businesses. Contrary to what was recently assumed for offences concerning malicious communications, here we have pure online crimes attending once again to the three-fold classification of the Home Office.

¹⁰⁵² For a detailed assessment of the current Northern Ireland legislation concerning stalking, its appropriateness, effectiveness or scarcities, and also for resolving many uncertainties about the convenience of a new legal framework following England and Wales and Scotland, see KILLEAN/STANNARD, *Review of the need* (2016).

¹⁰⁵³ The stalking offence is on its way to bursting onto the Northern Irish legislative scene for the first time, as the Protection from Stalking Bill was formally introduced to the Northern Ireland Assembly on 18 January 2021. What is more, the offence will mention some acts associated with stalking that, according to MARRINAN, "may also relate to aspects of hate crime directed by speech or via online communication". MARRINAN, *Independent review* (2020), par. 13.295. For a report resulting from a public consultation launched by the Department of Justice (NI) in 2018, see DEPARTMENT OF JUSTICE (NI), *Stalking. Consultation report* (2019), *passim*.

¹⁰⁵⁴ See *DPP v Collins (Leslie George)* [2006] UKHL 40, par. 7.

¹⁰⁵⁵ Social networking refers to the online platforms' technology allowing the interactivity function for users. For example, among the many services provided by the web, social media pages got the social networking function as the prevailing one. Social networking sites are modern electronic communication systems, which were simply nonexistent before the mid-1990s.

In other respects, and contrary to offences linked to harassment/stalking incidents, we will explain how the offences addressing these newly introduced communications were at some time planned to deal directly with online behaviour, but not particularly with hate and hostility. Nonetheless, we can assure that these offences handle with «some types of hate speech»¹⁰⁵⁶.

b.1) Malicious communications

In 1985, the Law Commission report on poison-pen letters¹⁰⁵⁷ identified a loophole in the criminal law legislation which was said to be likely to produce appreciable social harm. As a well-timed response, the Law Commission supported the creation of a new statutory offence to punish persons who send or deliver poison-pen letters¹⁰⁵⁸ and similar messages to another to cause distress or anxiety. That communication shall be regarded as “*indecent, shocking, menacing or grossly offensive*”. In particular, the Law Commission finally moves great beyond the standard «(poison-pen) *letter*» definition given by the dictionary¹⁰⁵⁹. And it goes that way trying to explain first what type of communication the Act should cover and, on the contrary, what should not cover by any means and why.

First of all, whether supplementing or not any wording, the pictures, drawings and photographs might perfectly fall within the scope of application of the new offence. Thus, a film, a videotape or a recorded sound cassette were considered objects that probably convey some kind of message as well. The point is that the Law Commission did not restrain the criminal activity from involving just articles (e.g. a letter or human excrement) conveying some message or information, but also “*indecent, shocking, menacing or*

¹⁰⁵⁶ MARRINAN, *Independent review* (2020), pars. 13.313 and 13.477.

¹⁰⁵⁷ LAW COMMISSION, *Report on poison-pen* (1985).

¹⁰⁵⁸ When assessing the poison-pen letters problem’s incidence, the Law Commission firstly recognised that there was no statistical data available. In fact, noting that there was no criminal offence on this matter, there was little incentive for the victims as well. Otherwise, victims may well have reported such an incident, because in the Law Commission’s view there was sufficient evidence that the sending of poison pen letters was common practice. See LAW COMMISSION, *Report on poison-pen* (1985), par. 2.17.

¹⁰⁵⁹ Extracted directly from the *Oxford English Dictionary*, the definition provided in the report was as follows: “*a missive, communication in writing, addressed to a person or body of persons; an epistle*”. LAW COMMISSION, *Report on poison-pen* (1985), par. 3.2.

grossly offensive” articles by themselves and without even looking to the message¹⁰⁶⁰. Secondly, even though it was predicted that “*in the not-too-distant future methods of electronic communication are likely to become common*”¹⁰⁶¹, the Law Commission recommended that the new offence should not be extended at that time to such communications.

One of the clues given was that the recipient of the article’s message might not be receiving the exact message that the sender has actually sent. It was even easier to understand with the following example: “*(...) when a telegram or telex message is sent (...) the sender’s message has been converted into electrical impulses and those have been used to create the article which the recipient actually receives*”¹⁰⁶². The second clue the Law Commission attended to was the fact that sending such communications by telephone, telex or telegram was already punishable by a dissimilar offence provided by another statute. That was the s. 43(1) of the Telecommunications Act 1984 concerning the improper use of a public telecommunication system¹⁰⁶³. It was applicable to the issue at hand in England and Wales, Scotland and Northern Ireland, but just leading to a fine not exceeding £200. The Law Commission on the poison-pen report noted that it would be desirable a unique offence, but rejecting to make any recommendation implying to repeal the broader s. 43(1) of the Telecommunications act 1984. Nonetheless, in their view, combining both offences in one was far from a realistic idea, basically because it will probably produce a very cumbersome offence.

Finally, a draft of Malicious Communications Bill was attached to the Law Commission’s report on poison-pen letters. However, in 1988 and following the recommendations of the report, a private member’s Bill¹⁰⁶⁴ was introduced and it became,

¹⁰⁶⁰ An example is given for a better understanding: “[A]n envelope containing broken glass which was put through the letter-box might well be thought to convey a menacing message whereas excrement might be said not to convey a grossly offensive message but, rather, simply to be grossly offensive in itself”. LAW COMMISSION, *Report on poison-pen* (1985), par. 3.3.

¹⁰⁶¹ LAW COMMISSION, *Report on poison-pen* (1985), par. 3.5.

¹⁰⁶² LAW COMMISSION, *Report on poison-pen* (1985), par. 3.4.

¹⁰⁶³ The s. 43(1) of the Telecommunications Act 1984 refers to sending through a public telecommunication system a message or other matter (a) that is grossly offensive or of an indecent, obscene or menacing character; or (b) for the purpose of causing annoyance, inconvenience or needless anxiety to another, a message that he knows to be false or persistently makes use for that purpose of a public telecommunication system. As opposed to what was expected to be the poison-pen letters offence, here there was no intended anxiety or distress causation to prove.

¹⁰⁶⁴ As opposed to private Bills, public Bills relate to matters of general concern, and they can be introduced to the UK’s two-House system either by the Government or by a private member (private member’s Bill).

after crossing all the parliamentary stages, in the Malicious Communications Act 1988 (MCA). The announced offence was set in the s. 1 of the MCA, extending its applicability to England and Wales. As briefly commented at an earlier time, in 2001 a government initiative was launched to tackle violent animal extremists (e.g. people objecting the use of animals in scientific experiments by violent or threatening ways against the business and individuals). One of the UK's Government approach was to strengthen the law against the sending of malicious communications. The 11th May 2001, the previous statement caused to renew s. 1 of the MCA by introducing electronic communications sent by any means (telephone, e-mail or fax, to name a few)¹⁰⁶⁵. According to s. 1(2A) of the MCA, an “*electronic communication*” includes (a) any oral or other communication through a telecommunication system; and (b) any communication, no matter how was sent, that is in electronic form.

From then on, the s. 1 of the MCA dealt with sending to another person a letter, an electronic communication, or article which (1) conveys an indecent or grossly offensive message, a threat, or false information and known or believed to be false by the sender; (2) whether in whole or in part, is of an indecent or grossly offensive nature. What lies behind any sending is the sender's intention to cause distress or anxiety (a) to the recipient or (b) to any other person to whom he intends that it or its contents or nature should be communicated.

In Scotland, the common law offences were already dealing with the subject by the time the Malicious Communications Bill was discussed, and that's the main reason behind the Government's refusal to cover Scotland¹⁰⁶⁶. Nowadays, similar conduct to the one included in the MCA might also be prosecuted under the previously referred s. 38 of the CJLA¹⁰⁶⁷. In the case of Northern Ireland, the MCA included an enabling clause in s. 2 for the expected application of the Bill through an Order in Council, which is a delegated –or subordinated– legislation designed to supplement Acts of Parliament more

The private member's Bills commonly require some government support to have success through the fixed procedural stages. Sometimes is simply a matter of strategic objectives, and that's why the government prefers a private member to sponsor a controversial Bill that they actually support. LAW, *A dictionary of Law* (2018), p. 72. Also, see GARNER, *Black's law dictionary* (2019), p. 202.

¹⁰⁶⁵ See: HOME OFFICE, *Animal rights extremism* (2001); HL Debate, Vol. 624, Col. 687 (April 2, 2001); MONAGHAN, “Not quite terrorism”, pp. 933-951.

¹⁰⁶⁶ BRACADALE, *Independent review. Consultation paper* (2017), p. 40 (footnote thirteen).

¹⁰⁶⁷ CHALMERS/LEVERICK, *A comparative analysis* (2017), p. 88.

adequately¹⁰⁶⁸. Additionally, delegated legislation is commonly subject to some degree of parliamentary control. In this case, it took the form of a negative resolution procedure. It means that the Order in Council, for a specific period, was liable to annulment by resolution of the House of Commons or the House of Lords¹⁰⁶⁹. The Malicious Communications (NI) Order 1988 is what came into effect soon after. The wording of its s. 3, the offence of sending letters, etc. with intent to cause distress or anxiety, is in tune with the s. 1 of the MCA. Although the «electronic communication» reference has not been added, the s. 3 of the Order is assumed to be suitable for cybercrimes¹⁰⁷⁰ as much as the amended version of the s. 1 of the MCA still is. However, MARRINAN does not understand the lack of alignment between the amended MCA 1988 and the non-amended Malicious Communications (NI) Order 1988. The Judge recommends reforming the Order to bring it into line with English law and, hence, to deal with cyberhate as properly as possible¹⁰⁷¹. This is the bare minimum, at least to overcome some practical shortcomings of not doing so¹⁰⁷².

b.2) Communications concerning the misuse of public electronic communications network

Tracing back the contemporary legislation about communications concerning the improper use of public electronic communications network¹⁰⁷³ is a contentious odyssey. The main disputed origins are established up to half a century apart between them. As far as 1884 and also linked with the foundations of gross offensiveness in the UK's criminal law, a piece of legislation on postal packets was enacted. It was expected to deal with sending (or attempting to do so) any indecent or obscene material (print, painting, photograph, lithograph, engraving, book, card or article) inside postal packets and

¹⁰⁶⁸ The MP Tim Janman explained the peculiar nature of the Malicious Communications Bill for Northern Ireland when it was before Parliament: “*The Bill is more applicable to Northern Ireland than perhaps to England and Wales. Although I entirely support the Bill, there is another dimension to the problem [malicious communications] in Ulster, where there is sectarian bitterness and strife. People may wish to send such communications for reasons that would not appertain to England and Wales*”. HC Debate, Vol. 127, Col. 645 (February 12, 1988).

¹⁰⁶⁹ For a complete «delegated legislation» definition, see LAW, *A dictionary of Law* (2018), p. 198. Also, see GARNER, *Black's law dictionary* (2019), p. 1081.

¹⁰⁷⁰ In this line, see NIPB, *Thematic review* (2017), p. 59.

¹⁰⁷¹ MARRINAN, *Independent review* (2020), pars. 13.316-13.317, 13.340-13.341 and 13.445-13.446.

¹⁰⁷² As MARRINAN clearly explains, “*when police in Northern Ireland wish to charge or recommend an offence under the MCO 1988 in relation to an electronic communication, they need to give consideration as to whether or not such a communication falls under other legislation – such as the CA 2003*”. MARRINAN, *Independent review* (2020), par. 13.318.

¹⁰⁷³ For a definition and further details, see «2.1.4.4. General comment on aims» *supra*.

indecent, obscene or grossly offensive words, marks, or designs outside postal packets (s. 4(1), (b) and (c) of the Post Office Protection Act 1884). The reference to postal packets was meant to include telegrams (s. 20 of the Post Office Protection Act 1884)¹⁰⁷⁴. After passing the Post Office Act 1908, which make no substantial change for the offences above (s. 63(1), (b) and (c) of the Post Office Act 1908), we have the Post Office (Amendment) Act 1935. In particular, the s. 10 amounts to an offence (a) sending any message by telephone which was grossly offensive or of an indecent, obscene, or menacing character; or (b) sending any message by telephone, or any telegram, which the offender knows to be false, for the purpose of causing annoyance, inconvenience, or needless anxiety to any other person. The Act newly shifted from postal packets to the telephony grounds, becoming the most cited embryo of our business at hand¹⁰⁷⁵. In fact, postal service and the telephone network were both state-owned, but just the latter was a telecommunication system apart from being a public service facility. In other words, it was first given technology (telephony technology, to be precise) abuse protection. Now, whether it was intended to be a massively given protection or a more limited one is an interesting point.

During the debates of the Post Office (Amendment) Bill, Lord Templemore reveals that s. 10 was particularly designed “(...) to give the Post Office staff protection in cases where, for example, people have indulged in improper or obscene language over the telephone to female telephonists” (one-to-one communications). However, it was also suggested at some point of the parliamentary debates that protection should be extended to the public, and that is what they actually did¹⁰⁷⁶. In *Chambers v DPP* (2012), a kind of

¹⁰⁷⁴ Nowadays, the s. 85(3) and (4) of the Postal Services Act 2000 reflects with minimal variations the original wording. Surprisingly, though, it omits the «grossly offensive» reference, and it is doubtful that telegrams are still included. And this is so because of s. 125(1) of the Act, which notes that “*postal packet*” means a letter, parcel, packet or other article transmissible by post.

¹⁰⁷⁵ Whether referring to the improper use/misuse of telephones or to the s. 10 of the Post Office (Amendment) Act 1935, this statute is deemed to be the prime common ancestor of what currently comprises the s. 127 of the Communications Act 2003. For example, see: *DPP v Collins (Leslie George)* [2006] UKHL 40, par. 6; SCAIFE, *Handbook of social media*, p. 130; ROWBOTTOM, «Crime and communication», p. 39.

However, it is remarkable that the Law Commission refers both to the Post Office Protection Act 1884 and Post Office (Amendment) Act 1935 indistinctly. See LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), pars. 1.38 and 4.57.

¹⁰⁷⁶ In order to apprehend better the reasons for applying the s. 10 of the Post Office (Amendment) Bill more indiscriminately, Lord Templemore notes as follows: “*Cases have occurred where members of the public have received over the telephone messages of an indecent character, and even of a menacing character. There have also been instances where telegrams have been sent to persons intimating that somebody is seriously ill and when inquiries have been made by anxious friends or relatives the message has been found to be a complete hoax*”. HL Debate, Vol. 96, Cols. 163-164 (March 19, 1935).

reaffirmation supporting this view is given. According to the judge, it was nothing else than “*the limited technology available at the time*” what made that the Post Office (Amendment Act) 1935 was aimed primarily at protecting concrete individuals from being abused, as was the case of the telephone operators¹⁰⁷⁷.

The subsequent historical development of the Post Office (Amendment Act) 1935 is perfectly summarised in *DPP v Collins* (2006), with continuous re-enactments adopting minor changes. The s. 78 of the Post Office Act 1969, instead of “*by telephone*” and “*any message*”, includes references to “*by means of a public telecommunication service*” and “*a message or other matter*”. Rendering the Post Office Act 1969 word for word, it comes the s. 49(1)(a) of the British Telecommunications Act 1981, and then the s. 43(1)(a) of the Telecommunications Act 1984 replacing “*service*” for “*system*”. Finally, the allusion to “*public telecommunication system*” that had been reproduced since 1969 turns suddenly to become a “*public electronic communications network*”¹⁰⁷⁸ in the s. 127(1)(a) of the Communications Act 2003¹⁰⁷⁹. The s. 127(1) of the CA applies to Scotland and Northern Ireland as much as to England and Wales¹⁰⁸⁰. As it is regularly suggested, the intent was not anymore to protect particular victims, if it ever was, but to avoid the waste of public services funded by all citizens through different and well-known service providers. In short and speaking plainly, it was to prevent the loss of money for an electronic communication network misuse. Such a costly misuse of technology was neither affordable for society nor was ultimately for the benefit of the public, as was required by Lord Bingham of Cornhill in *DPP v Collins* (2006). Propriety is likewise protected from the very moment it is decided to ban some rhetoric (grossly offensive, indecent, obscene and menacing language) and no other¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁷ See *Chambers (Paul) v DPP* [2012] EWHC 2157 (Admin), par. 27.

¹⁰⁷⁸ The s. 151(1) of the CA asserts that «public electronic communications network» shall be interpreted in the sense of meaning “*an electronic communications network provided wholly or mainly for the purpose of making electronic communications services available to members of the public*”.

¹⁰⁷⁹ See *DPP v Collins (Leslie George)* [2006] UKHL 40, par. 6.

¹⁰⁸⁰ Note that there is a different offence under s. 127(2) of the CA, according to which it is punishable to send a message by a public electronic communications network that the offender knows to be false, or causes such a message or matter to be sent, or persistently makes use of a public electronic communications network, if it is done to cause annoyance, inconvenience or needless anxiety to another (s. 127(2) of the CA). Despite likewise dealing with improper use of a public electronic communications network, any reference to s. 127 of the CA would be understood as referred to s. 127(1) of the POA. If interested in s. 127(2) of the CA, see LAW COMMISSION, *Modernising* (2021), pars. 3.1-3.142.

¹⁰⁸¹ LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), par. 4.77.

The asynchronism between the wording –almost invariably reproducing the Telecommunications Act 1984, or even the Post Office (Amendment) Act 1935¹⁰⁸²– and the impact that the deregulation of the private entrance to networks has had has been severely criticised. Much of the criticism has come on the occasion of the *Chambers v DPP* (2012) decision. Among many other reasonings, the High Court of Justice upheld a previous Crown Court’s principle according to which a tweet sent (indirect communication method) equates to a message sent by an electronic communications network like an e-mail (direct communication method). Not just that, it equates to a message sent by a “public” electronic communications network. The public utility provided by Twitter and its potential accessibility for almost any sector of the population makes it appropriate for the control of communications by the CA. This is true even though investors and advertising finance companies like Twitter. Nevertheless, it is the mechanism behind social media platforms, namely, the Internet as a public electronic network, the very precondition for those platforms to exist. It was right from this understanding that the High Court deduces the controversial interpretation given in *Chambers v DPP* (2012)¹⁰⁸³. For the majority of observers, we are witnessing no more than a forced interpretation of an outdated statute. However, in order to downplay somehow the fierce and widespread criticism, GILLESPIE notes that the state keeps the legitimacy of prosecuting certain categories of offensive speech intact when networks are privately owned. It is not a matter of legitimacy, it is just one of a greater or lesser degree of justifying the intromission¹⁰⁸⁴.

Whatever the case may be, virtually all communications over the Internet are nowadays within the scope of the s. 127(1) of the CA. In this line, the Law Commission makes two exceptions that might happen to appear in practice. First, sending messages in restricted networks or an intranet; that is, those private networks in which messages are not passing through Internet servers. Secondly, exchanging data (e.g. communications, photos, videos, sound recordings, documents, etc.) through Bluetooth technology. In both cases, at the minimum, there are firm reasons to believe that electronic communications

¹⁰⁸² For the Law Commission, it is “striking” the similarities all along the different Acts, even more so when the only variable element is the method of exchanging messages. See LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), pars. 4.60 and 5.23.

¹⁰⁸³ *Chambers (Paul) v DPP* [2012] EWHC 2157 (Admin), pars. 21-25.

¹⁰⁸⁴ GILLESPIE, “Obscene conversations”, p. 363.

are lacking the required public element in terms of potentiality, so the s. 1 of the MCA might be regarded as a preferable option¹⁰⁸⁵.

2.2.4.2. Public order

Public order is an essential area of law following a very different punishment rationale behind hate crimes. It is of utmost importance since, before its statutory regulation, racial hostility was considered a public order affair in the UK¹⁰⁸⁶. In this respect, public order laws were meant to set a behaviour standard among society, in order to alleviate the impacts that public protests may have on those listeners present. The criminal law has to intervene in public spaces where unlawful acts (e.g. violence or intimidation) may stem from a climate of opinion subverting such a standard. The UK experienced some violent episodes before passing the POA, like the Red Lion Square (15th June 1974), Southall (23rd April 1979), New Cross Fire (18th January 1981) or Brixton (10th-12th April 1981) disorders. Massive picketing, hooliganism or rowdy crowds were also a matter of great concern. Many of these series of events involved the most disadvantaged ethnic communities on them, whether reacting to provocations of a far-right party, racial disparities of police's stop and search powers, or accidental discharges of police's firearms. After the notorious 1981 Brixton rioting, for example, new sources of social disruption occurred that same year in other cities across the country. In all of them the racial component played an important role¹⁰⁸⁷. Several inquiries, with their subsequent reports, were commissioned and fully undertaken during those troubled times¹⁰⁸⁸. The violent acts triggered by social upheavals boosted the law reform, but it was not a direct

¹⁰⁸⁵ LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), pars. 4.39 and 4.88-4.93.

¹⁰⁸⁶ MALIK, "Racist crime", p. 414.

¹⁰⁸⁷ In 1981 the Home Office published the first state report with measures against the emergence of racial violence outbreaks and the circumstances favouring them to appear. Even if it was officially considered a serious problem before, since the early 1960s the state used to apply a battery of responses (e.g. measures of migration control and restrictions) that put the victims on the forefront. It was all about blaming migrants for their massive and increasing presence in the country, and so WITTE refers to this positioning as an «excluding recognition» of racist violence by the state. In the 1970s, the problem of racially motivated violence began to be increasingly noticeable to part of British society. The 1981 report finally depicted a transition point. In fact, never before was unreservedly recognise the systematic nature of racist violence, nor was a road map given to root out evil in this sense. According to WITTE, it was the start of the «including recognition» of racist violence by the state. See: HOME OFFICE, *Racial attacks* (1981); WITTE, *Racist violence*, pp. 24-79. Also, for the most detailed works to look over a socio-historical approach of the racial violence phenomenon in the UK, consult: BOWLING, *Violent racism* (1999); CATHCART, *The case of Stephen* (1999); SOLOMOS, *Race and racism* (2003); LAVERICK/JOYCE, *Racial and religious* (2019).

¹⁰⁸⁸ See: SCARMAN, *The Red Lion Square disorders* (1975); HOME OFFICE, *Review of the Public Order Act 1936* (1980); SCARMAN, *The Scarman report* (1981); LAW COMMISSION, *Offences relating to public order* (1983); HOME OFFICE, *Review of Public Order Law* (1985).

response to anyone in particular. The Public Order Act 1936 simply did not stand the test of time¹⁰⁸⁹. No progress was made in fifty years, so a renewed successor in the aftermath of the events mentioned above was more than welcome¹⁰⁹⁰. At least to some point, it is not wrongheaded to assure that the POA was pretending to deal with racial hostility.

However, public order laws were neither designed nor intended to confront online communication challenges. Apparently, though, media revolution was more probably than not part of the circumstances pressing for updating the existing law. According to Lord Beaverbrook, from an amount of people gathering together may be inferred plural viewpoints that, in turn, affects social order. And for that to be so, dialogue and publication are considered necessary carriers of the public outcry. However, while the 1930s was a decade when newspapers were the prevailing news media, it would never be like this again. In fact, half a century later, television, telephone and other electronic media were making the news coverage to be more freely broadcasted than ever. Interestingly, Lord Beaverbrook concludes his deliberation by assuring that “(...) *news of breaches of public order, even on a local scale, now reach the people of this country faster and more vividly. This tends to cause terrible concern to many people over relatively minor and perhaps short-lived events, so inevitably increasing the call by public opinion for a review of public order laws. (...) Today the media are often unwittingly used as an instrument for the promotion of sometimes dubious causes*”¹⁰⁹¹. Basically, what was stressed is that the media had developed quite a lot and, at that time, it could make resound louder any single behaviour to the point of endangering public safety.

As we can imagine, public order offences encompass so many different situations that easily exceed what is of interest here. However, a crucial set of offences was newly added to Part I of the POA covering disorderly conduct or behaviour¹⁰⁹², mostly following an

¹⁰⁸⁹ For a better understanding of the social background and the existing outdated legislation that eventually led to law reform proposals, see SMITH, *The offences*, pars. 1.11-1.13.

¹⁰⁹⁰ The following quotation is extracted from the statement of Mr. Douglas Hurd as Secretary of State on January 1986: “*The threat to public order comes in different shapes at different times. That means that the measures needed to safeguard public order and protect the public must be re-examined from time to time. It is half a century since Parliament set itself to that task, and society and its habits have changed radically. It is not unreasonable that the Public Order Act 1936 should be followed by a Public Order Act 1986*”. HC Debate, Vol. 89, Col. 792 (January 13, 1986).

¹⁰⁹¹ HL Debate, Vol. 476, Cols. 530-531 (June 13, 1986).

¹⁰⁹² In the words of Lord Irvine of Lairg, «disorderly behaviour» means “*physical disturbance or disruption*”. For the present study, its use will not be limited to using unlawful violence, whether

English Law Commissions report published in 1983¹⁰⁹³. There reside, still today, the s. 4 of the POA concerning threatening, abusive or insulting conduct intended, or likely, to provoke violence or cause fear of violence, along with its racially/religiously aggravated counterpart offence (s. 31(1)(a) of the CDA); the s. 4A of the POA concerning threatening, abusive or insulting conduct intentionally causing harassment, alarm or distress, along with its racially/religiously aggravated counterpart offence (s. 31(1)(b) of the CDA); and the s. 5 of the POA concerning threatening or abusive conduct likely to cause harassment, alarm or distress, along with its racially/religiously aggravated counterpart offence (s. 31(1)(c) of the CDA)¹⁰⁹⁴. As recently remarked, this set of offences is crucial since depicts a controversial but well-settled battleground when it comes to safeguard civil liberties from hate crimes. Firstly, ss. 4 and 4A are the successors of the s. 5 of the Public Order Act 1936. They are the result of a re-enactment completely reinventing it. As we may remember, s. 5 of the Public Order Act 1936 was the one tangentially dealing with incitement to hatred before the Race Relations Act 1965 came to create a distinct offence for it¹⁰⁹⁵. Secondly, these public order offences have been unrestrainedly used despite encompassing low-level disorder behaviours. Finally, and most importantly, year after year since the 1998 CDA was passed, half of all prosecutions concerning aggravated offences on hostility grounds had to do with them. In other words, they were prosecuted under the ss. 4, 4A and 5 of the POA counterpart offences of the s. 31(1) of the CDA¹⁰⁹⁶. However, in contrast with these promising statistics, there have

individually or in tandem, but also to any behaviour amounting to offensive conduct likely to cause violence, harassment, alarm or distress. For some authors, a main problem is found here. The very concept of *disorderly behaviour* is tremendously flexible, so that people who act differently rather than dangerously can cause alarm or distress, as requested by ss. 4A and 5 of the POA that we are about to introduce. See: HL Debate, Vol. 555, Col. 1866 (June 16, 1994); SMITH, *The offences*, par. 7.05; ROBERTSON, *Freedom*, p. 90.

¹⁰⁹³ LAW COMMISSION, *Offences relating to public order* (1983).

¹⁰⁹⁴ Note also that in Part I of the POA was included a revisited statutory recognition for the abolished riot, rout, unlawful assembly and affray ancient common-law offences (s. 9(1) of the POA). These are now riot (s. 1), violent disorder (s. 2) and affray (s. 3) statutory offences. Despite differences with ss. 4, 4A and 5, it is important to assume from now on that they all are part of the same seriousness scale settled in Part I of the POA by the draftsman. While ss. 1-3 are at the upper half, the ss. 4-5 are at the lower half. It was viewed by SHERR as a frightening gradation, having all in common the feasibility of causing fear or alarm to others for their personal –or other’s personal– safety. Similarly, CARD prefers to allude to the ss. 1-3 offences as violent offences, whereas those in ss. 4, 4A and 5 are non-violent. In detail, see: SHERR, *Freedom of protest*, pp. 85-105; CARD, *Public order law*, par. 4.87.

¹⁰⁹⁵ See section «2.1.2. *Historical background on incitement to hatred*» *supra*. Note also that, unlike ss. 4 and 4A, the s. 5 of the POA is considered, more often than not, a completely new offence. To get to the bottom of the origin of s. 5 of the POA, see SMITH, *The offences*, par. 7.02.

¹⁰⁹⁶ See IGANSKI, ‘*Hate crime*’, p. 124.

been very few successful prosecutions on cyberhate. Actually, up to now, it appears as though only s. 4A has been ever applied to online expression¹⁰⁹⁷.

These public order offences were originally aimed to address any behaviour¹⁰⁹⁸ or expressive activities uttered with the physical proximity of the victim, either committed by mouth (spoken) or by hand (written). At that time, face-to-face communications in public spaces were meant to be so effectual that they deserve a more tailored legal response, such as the one finally given by the Part I of the POA. Surprisingly though it might be that just the s. 5 of the POA says so, the proscribed words or behaviour must be “*within the hearing or sight of a person*” (s. 5(1) of the POA). According to ROWBOTTOM, whether it is or not an indicator of the required physical nearness is an enigma¹⁰⁹⁹. More convincingly, BARKER/JURASZ assure that observing judicial consideration over the ss. 4, 4A and 5 of the POA makes no doubt about the necessity of physical presence¹¹⁰⁰. In particular, s. 4(1)(a) holds that a person has to “*use towards another*” threatening, abusive or insulting words or behaviour. In *Atkin v DPP* (1989), it was alleged and confirmed that it should be read as meaning words or behaviour directly addressing another, who must be present, and either within earshot or aimed at as being putatively in earshot¹¹⁰¹. Once treated as a matter of immediacy, the victim must have heard the threat at that precise moment¹¹⁰². There are no grounds for intermediaries (e.g.

¹⁰⁹⁷ All in all, it remains to be seen if ss. 4 and 5 could have fitted in the same path. Some of the reasons will be noted down below, but a more comprehensive discussion on this matter shall be left for later. See «2.3.2. *Public order: Public Order Act 1986 (ss. 4, 4A and 5)*».

¹⁰⁹⁸ We need to take care when considering the very nature of public order offences. They are not part of an Act governing offences against the person (e.g. the ss. 20 and 47 of the OAPA examined above in the subsection «a) *Crime and Disorder Act 1998 (ss. 28-32)*» included in section «2.2.3.1. *England and Wales*»). Having said that, ss. 4, 4A and 5 of the POA may involve an attack against a single person if it is due to (a) cause him believing that immediate unlawful violence will be used against him or another by any person; (b) provoke the immediate use of unlawful violence by that person or another; (c) provoke making him believe that the use of unlawful violence is likely to happen or that such violence will be provoked; or (d) cause –or make likely to cause– harassment, alarm or distress to another.

Following this last outcome, also note that POA offences were not primarily intended to protect the individual, as was the case of those in the PHA. A threat of public disorder is frequently required here, and this makes a world of difference between the POA and the MCA or the CA. See ROWBOTTOM, «Crime and communication», p. 42; *Dehal (Ajit Singh) v CPS* [2005] EWHC 2154 (Admin), pars. 5, 7 and 12.

¹⁰⁹⁹ ROWBOTTOM, “To rant, vent and converse”, pp. 361-362.

¹¹⁰⁰ In great detail regarding what is about to be summarised immediately after, see BARKER/JURASZ, *Online misogyny*, pp. 48-55.

¹¹⁰¹ *Atkin (Ralph Charles) v DPP* [1989] 89 Cr. App. R. 199, par. 6.

¹¹⁰² Actually, s. 4(1) of the POA calls for «*immediate unlawful violence*», whether in the sense of intending someone to believe it would be used, intending to provoke it to appear, or making someone likely believe that will be used or provoked it to appear. Despite all, it is well noticing that a very different position about immediacy was advised by the Queen’s Bench Division of the High Court of Justice in *R. v Horseferry Road Metropolitan Stipendiary, ex parte Siadatan* (1991). On behalf of the Court’s provisional view, Watkins LJ stated as follows: “[T]he word ‘immediate’ does not mean ‘instantaneous’; that a relatively

a retweet by another user) or time passing (e.g. to send a voice message via WhatsApp but listened time after). In regards to s. 4A(1)(a), it states that a person has to “use” threatening, abusive or insulting words or behaviour¹¹⁰³, or disorderly behaviour. And again, looking over case law, words must have been articulated within the hearing of someone. With all this in mind, BARKER/JURASZ take a very pessimistic view: the ss. 4, 4A and 5 of the POA are almost entirely useless on social media since the physical presence is an inescapable fact. The foundational base of public order offences runs the risk of becoming blurred if we extend their applicability to digital speech and, therefore, to any impersonal way of acting.

However, the state of affairs is more difficult than the above. First, following CARD, it is clear that if the words or behavior must be “used towards another” in s.4(1)(a) of the POA, then it closes the door to non-physical presence of the receiver. Instead, this author believes that in such cases we should turn to consider the ss. 4A and 5 of the POA, in which the presence of the receiver is not indicated by law nor decisive¹¹⁰⁴. Secondly, some resistance from judiciary is still shown to defend the adequacy of this set of offences (ss. 4, 4A and 5 of the POA) on impersonal nature facts¹¹⁰⁵. As we will see, there is some space for discussion¹¹⁰⁶. In fact, ss. 4, 4A and 5 did not just create an offence when there are words or behaviour being used (ss. 4(1)(a), 4A(1)(a) and 5(1)(a) of the POA), but also

short time interval may elapse between the act which is threatening, abusive or insulting and the unlawful violence. ‘Immediate’ connotes proximity in time and proximity in causation; that it is likely that violence will result within a relatively short period of time and without any other intervening occurrence”. See R. v Horseferry Road Metropolitan Stipendiary, ex parte Siadatan [1991] 1 QB 260, at p. 269.

¹¹⁰³ Or both words and behaviour, if taken cumulatively to reach a symbolism that would not be possible to catch otherwise. For example, SMITH refers to goose-stepping and giving a Nazi salute, together with the act of shouting «Seig Heil». SMITH, *The offences*, par. 6.04.

¹¹⁰⁴ CARD, *Public order law*, pars. 4.8 and 4.26.

¹¹⁰⁵ This point is also known for BARKER/JURASZ when mention that there have been «subtle judicial considerations», «some emerging flexibility» and «judicial nudges towards expansions of the behaviours covered by the s.4, s. 4A, and s. 5 offences». In the same line, BAKALIS noted that there had been pressures under judges in some cases so that fitting public order offences into facts dealing with cyberspace. And it has done at all costs, even if it goes against previous case law about physical presence condition. See: BARKER/JURASZ, *Online misogyny*, p. 55; BAKALIS, “Rethinking”, pp. 7-10.

¹¹⁰⁶ For example, breaking this new ground, ROWBOTTOM observes a one-off similarity between what he calls «social media speech» and «speech in public order cases». In general terms, both are opened to virtually anyone who wants to contribute in those forums (e.g. a drunk who has just left a bar and utters racist expressions to foreigners, and who, in the same drunkenness condition, publishes such phrases in his Facebook account). Whether occurring on social media or the street, and despite the greater reaching effect of the former, the speech can be described as «cheap speech». See ROWBOTTOM, «Crime and communication», pp. 41-42.

for the case that it is distributed or displayed any written¹¹⁰⁷, sign or other visible representation which is threatening, abusive or insulting (ss. 4(1)(b), 4A(1)(b) and 5(1)(b) of the POA)¹¹⁰⁸. In appearance, this represents a better position so that public order legal provisions can capture expressive activities online. However, s. 5 will probably continue to cause problems¹¹⁰⁹, considering that is the only one saying that any writing, sign or other visible representation displayed (s. 5(1)(b) of the POA) must occur “*within the hearing or sight of a person*”, not just words or behaviour (s. 5(1)(a) of the POA). This problem was highlighted in *S v CPS* (2008), observing the remarkable differences in wording between the s. 4A and s. 5 of the POA. Based on the fact that the POA was amended and s. 4A inserted in 1994¹¹¹⁰, for Lord Justice Maurice Kay that would suggest that such missing point in s. 4A had to do with the concern about the emerging practice of posting offensive materials on websites. Consequently, if the “*sight and sound*” condition that also entails physical presence fades, the immediacy feature would do so. If someone posts something on the Internet, he is taking the chance that the intended causation might happen at a later time, and that would be likewise covered by the s.

¹¹⁰⁷ Firstly, «*to distribute*» is only mentioned in s. 4 of the POA and is a form of publication that concerns with the recipient of such publication. It has to be two or more people, and to all of whom would be the publication delivered. In the online context, the Law Commission has indicated that in order to prove a publication a transmission of stored data (e.g. upload or download a document, image or video) is usually needed. Secondly, the verb «*to display*» suggests public showing. The Law Commission is probably assuming this meaning when noting that a post on Facebook without privacy restrictions to that social media community fits well in it. It would not fit any more if what is sent is a private message to another Facebook user. This last possibility matches better with s. 1 of the MCA or s. 127 of the CA. Finally, as it is not otherwise stated, the term «*writing*» is meant to include typing, printing, lithography, photography and other modes of representing or reproducing words in a visible form (s. 5 and Sch. 1 of the Interpretation Act 1978). See: LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), pars. 6.59-6.63 and 7.61; CARD, *Public order law*, pars. 4.7 and 4.25; THORNTON, *The law*, pp. 32-33.

¹¹⁰⁸ Currently, there are also some interesting variations surrounding the wording of these offences. On the one hand, the verb «*to distribute*» is only employed in s. 4(1)(b), and is referring «*to another person*» as much as «*to display*» do. The ss. 4A(1)(b) and 5(1)(b) just mention «*to distribute*» without noting against who in particular. On the other hand, similar to what happens in the (a) subsections, what is distributed or displayed must be threatening, abusing or insulting, and exclusively threatening or abusing for s. 5(1)(b) of the POA. An overview of some debates on this matter shall be left for later. See «2.3.2. *Public order: Public Order Act 1986 (ss. 4, 4A and 5)*».

¹¹⁰⁹ Note that this is not the case for CARD, who does not see any problem with s. 5(1)(b), but does see it with s. 4(1)(b). For him, as it is mentioned to distribute or display “*to another person*” (s. 4(1)(b) of the POA), the law is then referring to a material that must be distributed or displayed directly to another and with that person in place. In fact, there is no “*to another person*” clause in ss. 4A(1)(b) and 5(1)(b). Also, that person of s. 4(1)(b) will be the one that the mens rea of the offence must be concerned with, as opposed to s. 4(1)(a) that refers to “*using towards another*” and so has not to be necessarily the addressee (e.g. someone else to whom the speech is not directly to be provoked to immediate violence). See CARD, *Public order law*, pars. 4.8, 4.14, 4.23 and 4.43. For the mens rea of the offence, see «2.3.2. *Public order: Public Order Act 1986 (ss. 4, 4A and 5)*».

¹¹¹⁰ The s. 4A joined the POA through the s. 154 of the Criminal Justice and Public Order Act 1994, having been in force since 3rd February 1995.

4A¹¹¹¹. And while this case led one to think that s. 5 was doomed to failure regarding its hypothetical applicability to new technologies, it is not entirely correct to think this way. In *Taylor v DPP* (2006), following what Mr. Justice Collins previously upheld in *Holloway v DPP* (2004), some inflexibilities accompanying the s. 5 of the POA were removed. In brief, these cases reflect that “*within the hearing or sight of a person*” expression does not require that someone has effectively heard the words or seen the behaviour. There must be no more than someone, whether completely identified or not, able to hear or see what the offender was saying or doing at the time of committing the offence. This is not about what would have happened if someone has come to see the evolution of the facts, is about looking for evidence to show that words or behaviour has been really audible or visible for someone¹¹¹². Despite those cases were not specifically addressing online activities, it is clear anyway that such interpretation would open the doors quite a lot for the implementation of the s. 5 of the POA to cyberspace. In conclusion, we can say that desperate times call for desperate measures. Whether the contested expression resulted in being included (s. 5) or not (ss. 4 and 4A) in the POA, some steps have been taken pushing for the –similarly controversial– Act’s adaptive nature to cyberage. Finally, it is crucial to clarify that there is no requirement for communications to take place in public, even if the net is conceivable in such a sense¹¹¹³. The 1986 POA does mention that the proscribed words or behaviour might be committed in private places as well¹¹¹⁴, as long as they do not depart from a person inside a dwelling to any other person inside that or another dwelling (ss. 4(2), 4A(2) and 5(2) of the

¹¹¹¹ *S v CPS* [2008] EWHC 438 (Admin), pars. 12-13 and 15.

¹¹¹² See: *Taylor (Selena) v DPP* [2006] EWHC 1202 (Admin), par. 9; *Holloway (Alan) v DPP* [2004] EWHC 2621 (Admin), pars. 27-38. See also CARD, *Public order law*, 4.48-4.51.

¹¹¹³ In *S v CPS* (2008), an excerpt showing the District Judge’s opinion was included and upheld. For him, posting material on the internet equates to put it in public domain. In detail, we will come back to develop more thoroughly this case in the section «2.3.2. *Public order: Public Order Act 1986 (ss. 4, 4A and 5)*». See, at least for now, *S v CPS* [2008] EWHC 438 (Admin), par. 4.

¹¹¹⁴ If the s. 5 of the Public Order Act 1936 was the common ancestor of the ss. 4 and 4A of the POA, we may conclude that a gap in the law must have been noticed at the time of passing the current legislation. The s. 5 was only capable to catch the use of threatening, abusive or insulting words or behaviour by someone “*in any public place or at any public meeting*”, so it could have been a matter of necessity for the POA to finally cover some incidents occurring on private properties but having an effect outside. Mr. Blake, the counsel for the appellant in *Le Vine v DPP* (2010), points to this logic and reflects a contemporaneous reality by means of an example: “[T]hreats made by miners during the miners’ strike when they were on private land owned by the National Coal Board, but some of the victims were on the public high way”. See *Le Vine v DPP* [2010] EWHC 1128 (Admin), par. 5.

POA)¹¹¹⁵. In late 2018, the Law Commission noted that this exemption could well amount to constrain the application of these offences to online behaviour arbitrarily¹¹¹⁶.

Even if the s. 5 of the Public Order Act 1936 was applicable throughout Britain¹¹¹⁷, Part I of the POA was not finally extended to Scotland. Instead of making some adjustments, it was thought that the breach of the peace common-law offence was able to fill any gap left¹¹¹⁸. In Northern Irish Law, the Public Order (NI) Order 1987 maintains the POA essence but diverges considerably in its catalogue of provisions. It is an analogous legislative body that was said it would respond to local needs, which were so unlike to England, Wales and Scotland's. In fact, minor clashes in an already so divided society make any small outbreak of violence able to ignite unpredictable tensions. As we can imagine, disorderly behaviours have deserved singular attention in that region. More than in racial terms, the prevention of disorder or any risk to the public safety was reflected in sectarian terms. That said, there are no comparable offences for those in ss. 4, 4A and 5 of the POA¹¹¹⁹. The overriding concern seems to be a separate area of law that, incidentally, is also covered by the same Act governing public order. That area of law had been called «incitement to hatred» in Northern Ireland. However, the Part III of

¹¹¹⁵ According to the interpretation provided by the POA, «dwelling» means “any structure or part of a structure occupied as a person’s home or as other living accommodation (whether the occupation is separate or shared with others) but does not include any part not so occupied, and for this purpose (...) includes a tent, caravan, vehicle, vessel or other temporary or movable structure” (s. 8 of the POA). The reason behind the dwelling defence was as simple as to avoid enforcing the law into domestic disputes; in other words, for not extending the law to peoples’ homes (private dwelling houses). See: *Le Vine v DPP* [2010] EWHC 1128 (Admin), par. 5; HOME OFFICE, *Review of Public Order Law* (1985), par. 3(8).

¹¹¹⁶ LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), pars. 7.37 and 7.62.

¹¹¹⁷ For a whole chapter analysing the nature, prevalence and legal responses for the criminal activity of popular disturbances in Scotland until the mid-twentieth century, along with judicial statistics since 1805 onwards, see KILDAY, *Crime in Scotland*, pp. 153-199.

¹¹¹⁸ So as to avoid unnecessary duplicities, consult what has already been discussed in the subsection «a) *Harassment and stalking*» included in section «2.2.4.1. *Targeted communications*» *supra*. Currently, once the Criminal Justice and Licensing (Scotland) Act 2010 was passed and the “*insulting*” term has been removed from the s. 5(1) of the POA by the Crime and Courts Act 2013, in force by 1st February 2014, English law and Scottish law seems to be closer from each other. See CHANNING, *The police and the expansion*, p. 155.

¹¹¹⁹ For example, the *Committee on the Administration of Justice* (CAJ), an independent human rights organisation based in Belfast, advocated in 2003 for the incorporation of s. 5(1) of the POA to the Public Order (NI) Order 1987. Far more recently, MARRINAN recommends incorporating provisions equivalent to ss. 4, 4A and 5 of the POA. In fact, this Judge warns of a possible lacuna in the legal framework if this is not done and for some particular scenarios. While he claims that there are offences in Northern Ireland already prepared to cover offensive conduct, the limitations of each may open the door to some areas of impunity. On the different existing offences that are short-sighted, MARRINAN notes what follows: “*Disorderly behaviour requires the offence to be committed in a public place. Breach of the peace requires harm to be done or apprehended from an assault, affray, riot or unlawful assembly. Harassment requires at least two incidents*”. All of them are unsatisfactory to some point and reveals the failure of tackling some other lower-level conducts. See: NIO, *Race crime and sectarian crime*, par. 2.2; CAJ, *CAJ’s response* (2003), p. 7; MARRINAN, *Independent review* (2020), pars. 9.51-9.90.

the Public Order (NI) Order 1987 gave it a novel touch when renaming it as «stirring up hatred or arousing fear»¹¹²⁰. Although we will soon introduce these offences included in Part III of the Public Order (NI) Order 1987, it is appropriate to make a previous observation. It turns out that, at least in Part III offences of the ss. 10 (publishing or distributing written material which is threatening, abusive or insulting) and 11 (distributing, showing or playing a recording of visual images or sounds which are threatening, abusive or insulting) of the Public Order (NI) Order 1987, the publication, distribution, showing or playing allusions will be only those directed “*to the public or a section of the public*” (ss. 10(3) and 11(2) of the Public Order (NI) Order 1987). According to WHITE, in a critical tone, if the Criminal Justice and Public Order Act 1994 had extended the s. 4A to the local context of Northern Ireland there would be no loophole about targeting and individual rather than a –smaller or larger– group of individuals¹¹²¹. It is all about what could have been and was not¹¹²².

2.2.4.3. Incitement to hatred

Incitement¹¹²³ represents a body of «preparatory offences» across the UK, denoting that criminal liability is set much further than what actually is in attempts. It refers to pre-criminalise, even more, the risky and uncertain behaviour with a prospective harmful

¹¹²⁰ For example, Lord Lester of Herne Hill stressed the distinction between Part I (ss. 4, 4A and 5) and Part III of the POA that, setting aside some differences, is in line with the Part III of the Public Order (NI) Order 1987. He put to the foreground that the s. 4A has nothing to do with incitement to racial hatred or racial harassment. It is, thus, untied from what he considers to be a clearly distinguishable field of law. See HL Debate, Vol. 555, Col. 1873 (June 16, 1994).

¹¹²¹ A clear example is given for a better understanding: «[I]f an organisation leaflets an area with racist material the offence would be committed, though not if it bombards one individual with this material. This ‘loophole’ could certainly be exploited by a cunning racist organisation and might be a particularly effective strategy where persons of colour find themselves physically isolated in Northern Ireland». WHITE, «Law, policing», p. 78.

¹¹²² McVEIGH goes further and suggests that the Part III designation of the Public Order (NI) Order 1987 shifted the language connotation in line with the priority treatment given to the group by the same legislation. The preceding «incitement to hatred» rests on a nexus between individuals, and points to encouraging something that may even be non-existent at that time. This is not what seems to suggest «stirring up hatred or arousing fear»; quite the contrary, it is probably referring to something that is already on the move or just lying dormant, but anyhow exceeding that one-to-one nexus. For this and many other critical thoughts on the change of terminology, see McVEIGH, *Incitement to hatred* (2018), pp. 18-20.

¹¹²³ In the common law legal systems, including those within the UK, there is a recurring mention to a broad definition of incitement given by Holmes, J.A. in the South African case of *S. v Nkosiyana* (1966): “[A]n inciter is one who reaches and seeks to influence the mind of another to the commission of a crime. The machinations of criminal ingenuity being legion, the approach may take various forms, such as suggestion, proposal, request, exhortation, gesture, argument, persuasion, inducement, goading or the arousal of cupidity. The list is not exhaustive”. Returning to the English law and in relation to the incitement to hatred offence under the s. 12 of the Race Relations Act 1968, Lord Denning MR stated as follows: “to ‘incite’ means to urge or spur on by advice, encouragement and persuasion”. See: *S. v Nkosiyana* [1966] (4) SA 655; *Race Relations Board v Applin* [1973] QB 815.

conduct as a reference point. Preparatory offences and attempts are both parts of the broader category of «inchoate offences», that precisely means incipience, beginning or initial stages¹¹²⁴. Due to their different remoteness to the tangible harm-doing (completed offence), preparatory offences imply a more tangential risk creation concerning criminal attempts. However, this is not to say that there is no harm entailed to incomplete offences. In fact, there do exist secondary harms that are harmful if and only if they are linked to the –completed offence’s– primary harm¹¹²⁵. The expectation of injury as –secondary– harm (e.g. being afraid due to the threats made towards the Black community) because the –primary– injury (e.g. racial violence on the street) is harm. However, the intensity of such connections varies greatly depending on a previous sub-classification of inchoate offences. These, as we are about to detail, might be common law or statutory offences.

According to DUFF, there are three overarching groups of inchoate offences. The first is the offences of intention, which are those incorporating an intention-based element to commit a substantive offence or to ensure its commission. Here the law does refer to three main categories: attempt, conspiracy and incitement. Incitement, in particular, has been abolished as a common-law offence in the English law since 2008¹¹²⁶, even though some statutorily designed «substantive inchoate offences» are still scattered in law (e.g. incitement to hatred¹¹²⁷ offences¹¹²⁸ in Part III of the POA 1986). The second is the

¹¹²⁴ LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), par. 12.1.

¹¹²⁵ As we will see, this is the restraint not to make a hateful speech act, by its mere virtuality of being so, an offence by law. Besides the hatred performance, there must be a kind of attachment between the ongoing conduct and the forthcoming outcome, whether it is finally achieved (consummated offence) or not (non-consummated offence). This attachment has to do with a causal nexus (or a causal nexus plus an intentional element), that would be better discussed below. Lacking this attachment possibly means that we are witnessing a noncriminal incivility. See DUFF/MARSHALL, «Criminalizing hate?», pp. 140-143.

¹¹²⁶ See s. 59 of the Serious Crime Act 2007, in force at 1st October 2008, that abolishes «inciting the commission of another offence» because it was meant to be replaced by the encouraging or assisting crime. See a previous mention in «2.2.4. *Different legal sectors governing biased expressive activities online*». In great detail, see LAW COMMISSION, *Inchoate liability* (2006).

¹¹²⁷ «Hatred» is not statutorily defined, and requires to be decided as a matter of fact by the judge. If possible, and even if the ordinary meaning prevails, the judge should always bear in mind what was the legislative intention (legal meaning) for narrowing down the possibilities. Setting aside the vast literature efforts to refine or contest the term, it is held to have stronger significance than hostility. In words of the CPS, the threshold is set higher than mere conduct or material stirring up ridicule or dislike, or causing offence. See: LAW COMMISSION, *Hate crime: should the current* (2014), pars. 2.40-2.41; CPS, *Homophobic, biphobic and transphobic hate crime* (2017).

¹¹²⁸ In words of SUMNER, nature or core element of the inchoate offence of incitement is «parasitic» on the hate incitement law (or substantive offence of incitement to hatred). There must still be a connection and contribution to a remote and unlawful second act. The problem here is that the general inchoate offence was –or still is in the case of Scotland– surely addressing the incitement to commit a specific crime [*R v Whitehouse* (1977)], whereas in the incitement to hatred substantive offence seems to be an unlawful emotion or state of mind what is addressed. To persuade someone to get on such a condition, to prompt him to lose his temper and, just maybe and not necessarily, to commit a criminal act, seems like an anomaly or

offences of explicit endangerment, which are those incorporating a specified primary harm risk that must be created (e.g. dangerous driving). The third is offences of implicit endangerment, which are those that do not specify the referential completed-offence or the kind of primary harms that are heading to (e.g. driving with alcohol excess). Finally, those three groups of inchoate offences could be, in some respects, regrouped into two. Offences of endangerment¹¹²⁹, whether explicit or implicit, demand a proper causal nexus between the conduct that is criminalised through the inchoate offence and the primary harm. The awareness –or any expectable/logical awareness– of such a relationship is what should be punished for making any coming events more likely to happen. If explicit endangerments are based on standards (unreasonable risk scenarios established by courts over time), implicit endangerments are based on rules (legal certainties as the one and only steady scenario). In the offences of intention, by contrast, the intentional element is superimposed to causality nexus. For self-evident reasons, the intentional element becomes a matter of proof, providing to these offences a more heightened proportionality with respect to the seriousness of a dangerously way of acting¹¹³⁰.

Even if we have already associate incitement to hatred offences with offences of intention, some of them could appear –and they do appear– as endangerment offences¹¹³¹. Indeed, they are not mutually exclusive. For instance, the s. 18 of the POA, applicable likewise to English law and Scottish law, criminalises the use of threatening, abusive or

great intrusiveness of criminal law in the private sphere of the individual if that chain of sequences really is what the offence suggests. Incitement leading to engender hatred on others (first sequence above) or any communicative act not intending nor expecting to enact a criminally meaningful effect (second sequence above) are not conclusive in terms of criminal liability. For the third sequence, note that advocating –racial, homophobic, etc.– violence or other criminal action is also a crime, whether it is still covered by common law offences (incitement) or a statutory offence (encouraging or assisting crime under the Serious Crime Act 2007). So now the question should be why to have a distinctive offence of incitement to hatred when there are some other undisputed alternatives. According to DUFF/MARSHALL, the answer might be «to highlight the distinctive civic character of the wrongs committed». It is not inevitably a matter of seriousness, but perhaps one of fair-labelling. See: SUMNER, «Criminalizing expression», pp. 26-27; DUFF/MARSHALL, «Criminalizing hate?», p. 146; *R. v Whitehouse (Arthur)* [1977] EWCA Crim 2.

¹¹²⁹ HUSAK, resting upon the postulates of DUFF, renamed them as offences of risk prevention (or risk creation). See HUSAK, *Overcriminalization*, pp. 38-40 and 159-177.

¹¹³⁰ In detail, for the variety of inchoate offences and their synergy with the different secondary harms, see: DUFF, *Criminal attempts*, pp. 128-133; DUFF, *Answering for crime*, pp. 166-174.

¹¹³¹ Now, we need to make clear if, as an endangerment offence, incitement to hatred should be regarded as explicit or implicit endangerment. According to BOCK/STARK, also following DUFF, it is not really challenging to fathom out what is the –primary– harm to which the incitement to hatred offences are pretending to prevent us. There might remain «a slight lack of clarity» for the exact end (e.g. racially aggravated violence, ensuring assured citizenship of members of a racial minority group, etc.), but that would be all, so it is an offence of explicit endangerment. See: BOCK/STARK, «Preparatory offences», p. 62; DUFF, *Answering for crime*, p. 145.

insulting words or behaviour, or to display any written material which is threatening, abusive or insulting if (a) intending thereby to stir up racial hatred¹¹³² [offence of intention] or (b) having regard to all the circumstances racial hatred is likely to be stirred up thereby [endangerment offence]. Surprisingly though, the very same offence –despite omitting the «abusive» and «insulting» references and being only enforceable under the English law– but on religious and sexual orientation grounds¹¹³³ (s. 29B of the POA), includes the intentional-element and no endangerment clause¹¹³⁴.

And to top it all off, the same offence under the Northern Irish law entirely preserves the aforementioned s. 18 of the POA offence’s wording and features, but extending it to cover religion, sexual orientation and disability¹¹³⁵ as well. It also alternatively adds «to arouse fear»¹¹³⁶ mention right after the references to stirring up hatred (s. 9 of the Public Order (NI) Order 1987). In fact, this is a much more meaningful legal fine-tuning than we might at first think. The speaker/writer does not overtly encourage his audience about the target group but encourages –or subtly instils– a fear among the audience by describing the target group as a threat¹¹³⁷.

¹¹³² By racial hatred, the POA means “*hatred against a group of persons defined by reference to colour, race, nationality (including citizenship) or ethnic or national origins*” (s. 17). Notwithstanding, the law was referring to “*a group of persons in Great Britain*” until 14th December 2001. Thus, the previous version of s. 17 of the POA obliged any racial group to be part of Great Britain’s society. Following CARD, this did not pose a major problem, since Great Britain already was a multiracial society. As an example, he noted the one that follows: «[T]here is no group of Eskimoes in Great Britain. If so, racist abuse of Eskimoes living in Northern Canada would not be caught by Part III of the 1986 Act». This limitation could also be found in the previous s. 6 of the Race Relations Act 1965, which was possibly aiming to protect national groups also from a broad-based racial incitement directed, mostly or in part, towards other members of the same group outside Great Britain (e.g. incitement concerning the Irish as a whole, or the Irish living in the racist capital of Belfast). Anyhow, there are no such limitations currently. See: WILLIAMS, *Keeping the peace*, p. 174; CARD, *Public order law*, par. 5.9.

¹¹³³ By religious hatred, the POA means “*hatred against a group of persons defined by reference to religious belief or lack of religious belief*” (s. 29A). By hatred on the grounds of sexual orientation, the POA means “*hatred against a group of persons defined by reference to sexual orientation (whether towards persons of the same sex, the opposite sex or both)*” (s. 29AB).

¹¹³⁴ Attending to the legal predecessors of the current incitement to hatred offences, it is well noticing that the Race Relations Act 1976 drove the intentional-element out in the past, causing discord between the two chambers of Westminster Parliament. The result was that the intention-based stipulation was difficult to prove and thus was continually making prosecutions failing. See LEOPOLD, “Incitement to hatred”, p. 403.

¹¹³⁵ Note that law does not, at least at first sight, expressly name these different circumstances, but together with «race» they are specified under the umbrella term of «hatred» (s. 8 of the Public Order (NI) Order 1987).

¹¹³⁶ As indicated, «fear» designates “*fear of a group of persons defined by reference to religious belief, sexual orientation, disability, colour, race, nationality (including citizenship) or ethnic or national origins*” (s. 8 of the Public Order (NI) Order 1987).

¹¹³⁷ In detail, see MARRINAN, *Independent review* (2020), pars. 9.253-9.255 and 9.366-9.370.

Now back to Scotland for a moment, we must note that the legal landscape will completely change soon there, as we are awaiting the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021 to be fully in force¹¹³⁸. Even though there have only been race-specific stirring up hatred offences in historical terms, a huge change is now on the horizon. The reach of stirring up hatred offences will allow criminalising threatening or abusive behaviour that stirs up hatred based on age, disability, religion, sexual orientation, transgender identity and variations in sex characteristics. Depending on the protected category, it will also vary whether we are dealing with an offence of intention or the latter together with an endangerment offence¹¹³⁹. On this issue, some organisations consulted criticised an earlier draft of the Hate Crime and Public Order (Scotland) Bill for having a perceived low threshold for prosecution. Among the written submissions that different organisations submitted to the Justice Committee, that is, the lead committee that was examining the Hate Crime and Public Order (Scotland) Bill, the one sent by Free Speech Union (FSU) is worth mentioning here. Here is what the FSU stated: *“We are particularly concerned that all the proposed new stirring-up offences, dealing with age, disability, religion, sexual orientation, transgender and intersex identity, would depend not on an intent to stir up hatred, but merely on the likelihood of it. (This is in contrast to the position in England, where although likelihood suffices in the case of race, intent is required elsewhere, namely with religion and sexual orientation). Our view is that this extension*

¹¹³⁸ The ss. 18 to 21 of the POA (stirring up racial hatred), that is, the ones which were until now applicable to Scotland, will be repealed (Sch. 2, s. 1(2) of the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021). Without going into detail, it is feasible, as BRACADALE noted, to amend legislation passed at Westminster Parliament by passing a new Act at the Scottish Parliament. In fact, an Act consolidating existing hate crime legislation and creating new provisions *“will be within the legislative competence of the Scottish Parliament, even if it repeals pre-devolution Westminster legislation”*. BRACADALE, *Independent review* (2018), pars. 9.12-9.13.

¹¹³⁹ According to the new wording (s. 4 of the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021), which also makes differences depending on the protected characteristics at hand, an offence is committed if:

1) the person: (A) (i) behaves in a manner that a reasonable person would consider to be threatening, abusive or insulting, or (ii) communicates to another person material that a reasonable person would consider to be threatening, abusive or insulting, and (B) either (i) in doing so, the person intends to stir up hatred [**offence of intention**] against a group of persons based on the group being defined by reference to **race, colour, nationality (including citizenship), or ethnic or national origins**, or (ii) a reasonable person would consider the behaviour or the communication of the material to be likely to result in hatred being stirred up [**endangerment offence**] against such a group.

2) the person: (A) (i) behaves in a manner that a reasonable person would consider to be threatening or abusive, or (ii) communicates to another person material that a reasonable person would consider to be threatening or abusive, and (B) in doing so, the person intends to stir up hatred [**offence of intention**] against a group of persons based on the group being defined by reference to a characteristic mentioned in subsection (3) [**age, disability, religion (or, in the case of a social or cultural group, perceived religious affiliation), sexual orientation, transgender identity or variations in sex characteristics**].

of criminal liability to unintended consequences is very difficult to justify”¹¹⁴⁰. Recently, the Scottish Parliament has passed the Hate Crime and Public Order (Scotland) Bill on 11th March 2021, and it has also received Royal Assent to become an Act on 23rd April 2021. Now we can assert that the controversial wording has been finally altered. In fact, much as in English law, likelihood will suffice for some categories [race, colour, nationality (including citizenship), or ethnic or national origins] but for many others [age, disability, religion, sexual orientation, transgender identity or variations in sex characteristics] the intentional element is an inescapable one (s. 4 of the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021).

Dissimilarities between these three legal systems are, as we may see, blatant. The intention/endangerment dichotomy, each of the grounds covered (or those that are not) and the presence/absence of exact terms are examples of this inconsistency across the UK. Now, noting that these contrasts will persist if not otherwise stated, we will introduce and organise the whole set of offences linked to incitement to hatred in the UK.

Apart from the offences related to the «use of words or behaviour or display of written material» (ss. 18 and 29B of the POA, and s. 9 of the PONIO), we also have offences for the case of «publishing or distributing written material» (ss. 19 and 29C of the POA, and s. 10 of the PONIO), giving a «public performance of a play» (ss. 20 and 29D of the POA, but none in the PONIO), «distributing, showing or playing a recording» (ss. 21 and 29E of the POA, and s. 11 of the PONIO), «broadcasting or including a programme in cable programme service» (ss. 22 and 29F of the POA, and s. 12 of the PONIO) and «possessing written material or recording of visual images or sounds» with a view to (a) display, publish, distribute or include in a programme service such written material, and whether by himself or another, or to (b) distribute, show, play or include in a programme service such recording, and whether by himself or another (ss. 23 and 29G of the POA, and s. 13 of the PONIO)¹¹⁴¹. As the Law Commission intriguingly holds examining these conducts,

¹¹⁴⁰ The FSU also warned about the threat in case of extending of stirring up hatred offences, which implementation will be more than a cause for concern in the online arena: “*Any extension of stirring-up offences to speech merely likely to lead to hatred will inevitably have a chilling effect on what people feel safe in saying, especially online in blogs and social media, and lead to a degree of self-censorship. In the nature of things, popular discussion of this kind involves strong views and strong propensities to take offence*”. FREE SPEECH UNION, *Written submission* (2020), pp. 3-4.

¹¹⁴¹ As we may see, the offences under ss. 23 and 29G of the POA and s. 13 of the PONIO involve the remotest harms possible. The individual conduct may generate no risk at all. However, despite being remote and uncertain, the act «sets in chain causal processes». As suggested by WILSON, criminalising the mere

“almost all” could be committed online¹¹⁴². More recently, shifting the doubts to ss. 4, 4A and 5 of the POA¹¹⁴³, the Law Commission has been more categorical in this regard: “[W]hereas other public order offences are primarily concerned with physical, public spaces, the stirring up hatred offences can equally be committed in an online context, and in this respect are of an appreciably different character”¹¹⁴⁴.

Despite the differences, we must also point out some similarities of utmost importance between them, and even between them and the expression-oriented hate crimes. Indeed, these set of offences contend with «hatred against a group of persons» (ss. 17, 29A and 29AB of the POA, and s. 8 of the PONIO). That said, note that a «group of persons» as a target must be one defined by reference to a closed-list of markers (race, religion, sexual orientation or disability)¹¹⁴⁵. Hence, the law is not content-neutral despite varying those markers on each legal system. Though, at least apparently, the law is not meant to focus on vulnerable groups in society. Consequently, any dominant group defined by some strands are, reasonably or not, within the scope of incitement to hatred offences¹¹⁴⁶. Albeit law was passed that way, there is not but to reinforce confidence in the judiciary for implementing correcting mechanisms. According to DUFF/MARSHALL, the legal intention must be preserved, and it should guide any pronouncement. Even if this is overlooked, it must be understood that a dominant group’s member would have acted

possession of material is therefore not justified by what arises from the isolated act, but because such an act may contribute to a culture of hatred. In fact, societies making «freely available» this kind of material are societies that somehow promote its use. Hence, making the possession of the material criminal means reacting at an early stage to a «slippery slope leading to the routine use» of it, which is also prompt to configure a criminal activity at any moment. WILSON, *Criminal law*, pp. 46-47.

¹¹⁴² LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), par. 9.27.

¹¹⁴³ See section «2.2.4.2. Public order» *supra*.

¹¹⁴⁴ LAW COMMISSION, *Hate crime laws* (2020), par. 9.22.

¹¹⁴⁵ Here it is one of the distinctive characteristics of incitement to hatred offences with respect to the general inchoate offence of incitement. While the firsts are pointing to a group of people, the common law offence of incitement is not restricted to a single person or a group of persons. The offence is exceptionally open, and it was suggested to be a catch-all bag in which even the global population as a whole could be the incitee. See *R. v Most* [1881] 7 QBD 244.

¹¹⁴⁶ One should remember that this was the identical inference done for the expression-oriented hate crimes above. See the introduction for section «2.2.3. Expression-oriented hate crimes: aggravated offences and penalty enhancement sentencing provisions» *supra*.

Quite paradoxically, the first-ever prosecution under the s. 6 of the Race Relations Act 1965, a provision that created for the very first time the offence of incitement to racial hatred, resulted in being for a black man making derogatory comments about white people in a public meeting. That man was Michael X, also known as Michael Abdul Malik, originally born in Trinidad and Tobago. He was once the face of black activism and radicalism in Britain, especially from 1965 to 1967. In fact, he was a distinctive figure of the first wave of the British Black Power movement. He was prosecuted and convicted at the end of 1967 for using words with intent to stir up hatred against a section of the public. See: *R. v Malik (Michael Abdul)* [1968] 1 WLR 353 (Court of Appeal); BUNCE/FIELD, *Darcus Howe*, pp. 29-30.

with an incomparable «hatred» impulse. That is the awareness of being in a privileged position within a governmental system that somehow backs, if not rewards, abusing of those privileges¹¹⁴⁷. By contrast, the value of a free-flowing speech does not outweigh its heartrending consequences (e.g. damaging considerably intergroup relations, or a sense of being more vulnerable than expected and so feeling unprotected).

The leading role of the repertoire of measures¹¹⁴⁸ to combat the promotion of hatred was, at most times in the past, to maintain or preserve public order. Interestingly, in the wake of the Second World War and until the Race Relations Act was passed (1945-1965), the Home Office had only intervened on ethnic minorities' behalf to protect them from racial abuse in very exceptional cases, such as public order threats¹¹⁴⁹. When incitement to hatred offence was statutorily introduced through the s. 6 of the Race Relations Act 1965, which is widely considered an anti-discrimination law¹¹⁵⁰, it was done so because inciting to hatred which was not likely causing a threat of the peace was thought to be an incomprehensibly unattended area of law¹¹⁵¹. In other words, it was about punishing certain abuses and insults that were poisoning the social environment. It was thought that, through these minor acts, more fuel was added to the fire, which usually had its violent echo on the occasion of Fascist meetings¹¹⁵². At the exact time passing the current sections of the POA, the public order argument appeared to be, along with the political commitment to combat racism, the unique governmental basis. As WOLFFE critically reflects upon this matter, such justification is not sufficient for criminalising speech acts that are connected to dubiously envisioned risk scenarios. For him, the causal nexus between what is said and the expectable harms is a weak claim in order to support the invasion on civil liberties¹¹⁵³. What is sure is that neither the incitement to hatred

¹¹⁴⁷ DUFF/MARSHALL, «Criminalizing hate?», p. 148.

¹¹⁴⁸ See what was briefly explained in section «2.1.2. *Historical background on incitement to hatred*» *supra*.

¹¹⁴⁹ THURLOW, *Fascism in Britain*, p. 284.

¹¹⁵⁰ On the nature of incitement to hatred offences there seems to be some room for debate. For instance, BAKALIS is of the view that incitement to hatred offences are clearly tied to anti-discrimination law back in history. However, LESTER/BINDMAN did advocate for recognising incitement to hatred offences as an entirely independent subject compared to all the remaining sections, properly anti-discriminatory, of the Race Relation Act 1965. See: BAKALIS, «Rethinking», p. 3; LESTER/BINDMAN, *Race and law*, pp. 343-344.

¹¹⁵¹ See, for further details, what was explained in section «2.1.2. *Historical background on incitement to hatred*» *supra*.

¹¹⁵² CARD, *Public order law*, par. 5.1.

¹¹⁵³ In fact, he did offer a list of reasons that will serve to fuel the debate about their self-importance or to what extent they are so. These are (a) the psychological harms inflicted to members of a target group, (b) the development of an atmosphere conducive to racially motivated violence or other primary harms, (c) the link between racist speech and the spread of discrimination among society, (d) the threat to non-negotiable

provision of that first moment nor the current ones settled down in the POA have been designed or intended to confront the challenges of the online era.

Regarding the closely-related offences of ss. 4, 4A and 5 of the POA¹¹⁵⁴, since they may be in tension with the incitement to hatred offences, WOLFFE assumes that the threat to public peace must be directly inflicted to activate them, whereas in the incitement offences must be indirectly done so. On a scale of seriousness, the current offences of ss. 17-29N of the POA are at a second level closing the chances of incriminating a massive but weaker speech acts that, in turn, are considerably more doubtfully connected to public disorder. Apparently, and as vague as it sounds, incitement to hatred offences were aimed to deal with material that was sent to less equable audiences (e.g. Members of Parliament or clergymen)¹¹⁵⁵. Among some other resemblances, all the offences examined in Part I of the POA (ss. 4, 4A and 5) and the offence of «using words or behaviour or displaying written material» under the ss. 18 and 29B of Part III of the POA (and their Northern Irish counterpart, the s. 9 of the PONIO) can be committed in private places. Here, also, the non-punishable limit would be the use of words or behaviour, or the display of written material, by a person inside a dwelling which is not heard or seen except by other persons in that or another dwelling (e.g. a mass meeting at home where guests utter racist epithets that are not audible from outside, would not be punishable)¹¹⁵⁶.

R. v Sheppard & Whittle (2010)¹¹⁵⁷ marked a milestone on various grounds that we are going to examine right after tracing the relevant facts of the case. As DYSON explained, before this landmarking case the Internet was only posing some risks to public order when it came to «flash-mobs» (massive contact online and collective action that usually crosses the online barriers) and G-8 anti-capitalist protesters mobilising members online¹¹⁵⁸. Although this may be true, as early as in 2000, CARD was ahead of his time. He noted

values of our society (e.g. tolerance), and (e) the offensiveness to others. See WOLFFE, “Values in conflict”, pp. 93-95.

¹¹⁵⁴ For a detailed explanation, see sections «2.2.4.2. *Public order*» and «2.3.2. *Public order: Public Order Act 1986 (ss. 4, 4A and 5)*» *supra*.

¹¹⁵⁵ WOLFFE, “Values in conflict”, pp. 85-87.

¹¹⁵⁶ See ss. 18(2) and 29B(2) of the POA, and s. 9(2) of the PONIO, and what was mentioned on this point in «2.2.4.2. *Public order*». Note also that the definition provided to «dwelling» (ss. 29 and 29N of the POA, and s. 17 of the PONIO) is almost identical to the one envisioned for Part I (ss. 4, 4A and 5) of the POA.

¹¹⁵⁷ *R. v Sheppard (Simon Guy) & Whittle (Stephen)* [2010] EWCA Crim 65. For a detailed examination of this case and the many doubts surrounding it, see: BAKALIS, “Rethinking”, pp. 10-12; DYSON, “Public order”, pp. 6-9.

¹¹⁵⁸ DYSON, “Public order”, p. 6.

that putting written racist material on the Internet giving access to it was a form of publication. The reasoning behind such a claim was, in his view, a must-do analogy with *R. v Fellows*, *R. v Arnold* (1997), which was a critical case affecting the distribution of pornographic material that reached the Court of Appeal in England and Wales¹¹⁵⁹.

In *R. v Sheppard & Whittle* (2010) there were two English individuals involved; namely, Stephen Whittle and Simon Guy Sheppard. The first emailed the second attaching Holocaust-denial material (a comic book titled *Tales of the Holohoax*) and other articles or documents, some of them also written by Whittle (or under the pseudonym of Luke O'Farrell), which were derogatory to Jewish and Black people. Then, Whittle edited the material and uploaded to his own website hosted by a server located in California. It was also operating many other neo-Nazi or white supremacist websites. The content was freely accessible, even for those residing in England. Before the Crown Court at Leeds, and after a refusal decision of their asylum requests to the USA in the meantime of trials, they were convicted in July 2009 for several offences concerning, but not limited to, possession, publication and distribution of racially inflammatory material (s. 19 of the POA). They appealed for the counts related to the online material, without challenging the racially inflammatory nature of it. They were concerned on two central grounds: jurisdiction and the adequacy of the facts to the «publication» and «written material» aspects requested by Part III of the POA.

The Court of Appeal took distance from other theories on jurisdictional competence¹¹⁶⁰ and assumes the «substantial measure test» that was applied in *R. v Smith (No.4)* (2004)¹¹⁶¹. This test is based on determining whether the crime committed, considering all its causation spectrum, has occurred mostly in England and Wales or abroad. With this movement, the Court ensured the English jurisdiction, since the elements linked to England and Wales were almost all. Whittle and Sheppard had operated from England, and the material was generated, edited, uploaded to the Internet in England, and also

¹¹⁵⁹ See: CARD, *Public order law*, par. 5.21; *R. v Fellows (Alban)*, *R. v Arnold (Stephen)* [1997] 2 All E.R. 548, CA.

¹¹⁶⁰ These theories are essentially three: 1) *Country of origin theory*: A country does have jurisdiction if the web server in which the material is hosted is located there; 2) *Country of destination theory*: Any country from which the material is downloadable would have jurisdiction; 3) *Directing and targeting theory*: It assumes the *country of origin theory* but adds that material is also cognisable in any country that matches with the one the material was pointing to. See *R. v Sheppard (Simon Guy) & Whittle (Stephen)* [2010] EWCA Crim 65, par. 33.

¹¹⁶¹ *R. v Smith (Wallace Duncan) (No.4)* [2004] EWCA Crim 631.

controlled from there at all times. Additionally, the aim was to reach the British audience. Regarding «written material»¹¹⁶², and following what was stated earlier by the Crown Court, it is noted that that there is no doubt the material was first and foremost in written form on the computer screen, and also that electronically stored data which is transmitted must be seen as written material that simply took another form. Also, about this novel form, the following is stated: “*Whilst in 1986 [when passing the POA] the world-wide-web was a thing of the future and computers were in their infancy it seems to us clear that ‘written material’ is plainly wide enough to cover the material disseminated by the website*”. Its wide-ranging scope allows Part III offences “*to cover new forms of communications*”¹¹⁶³. Finally, for the appellant, «to publish»¹¹⁶⁴ a written material without one or enough publishees cannot lead someone to commit an incitement to hatred offence. For the Court of Appeal, supporting the Crown Court’s previous view, it must be shown that “*the material was generally accessible to all or available to or was placed before or offered to the public*”, which has to be proved by evidence of at least one witness (e.g. someone who download or takes a screen capture). In other words, “*the offences of displaying, distributing or publishing racially inflammatory written material do not require proof that anybody actually read or heard the material*”¹¹⁶⁵.

Additionally, “*publishing*” inflammatory material or such a publication being made available for an individual or a family is not sufficient¹¹⁶⁶. Or it might also be, since the Law Commission admits that it is not as simple as it seems. For example, in such cases, s. 18 of the POA is likely to be used, as far as it captures the use of “*threatening, abusive or insulting words or behaviour*”, or mere “*threatening words or behaviour*” in the case of s. 29B of the POA. The words/behaviour used as long as (i) the offender intends thereby to stir up racial hatred or, (ii) having regard to all the circumstances, racial hatred is likely to be stirred up thereby. Therefore, we can already see how some sections back up others. That is also the case for different terms within a section, as we will see soon.

¹¹⁶² The law stipulates that «*written material*» includes any sign or other visible representation (ss. 29 and 29N of the POA, and s. 17 of the PONIO). For the Court of Appeal, the word “*includes*” was laid down here to expand the possibilities of such material purposely. See *R. v Sheppard (Simon Guy) & Whittle (Stephen)* [2010] EWCA Crim 65, par. 29.

¹¹⁶³ See *R. v Sheppard (Simon Guy) & Whittle (Stephen)* [2010] EWCA Crim 65, pars. 27-28.

¹¹⁶⁴ According to the POA or the PONIO, any reference to «publishing» or «publication» of written material is to be seen as made “*to the public or a section of the public*” (ss. 19(3), 29, 29C(2) and 29N of the POA, and ss. 10(3) and 17 of the PONIO).

¹¹⁶⁵ *R. v Sheppard (Simon Guy) & Whittle (Stephen)* [2010] EWCA Crim 65, pars. 34-35.

¹¹⁶⁶ LAW COMMISSION, *Hate crime laws* (2020), par. 18.71.

There are many legal remedies covering scenarios that were not, in principle, envisioned for punishment. This also concerns the online environment. For instance, if the inflammatory material is displayed in public, it could also amount to “*behaviour*” (ss. 18 and 29B of the POA) if it is not previously catchable by the mention made to display any “*written material*” (ss. 18 and 29B of the POA). If, on the other hand, the display is published as a video online, the Law Commission considers that it may well amount to distributing “*a recording of visual images or sounds which are threatening, abusive or insulting*” (s. 21 of the POA), or mere “*threatening*” in the case of s. 29E of the POA. Once again, as long as (i) the offender intends thereby to stir up racial hatred or, (ii) having regard to all the circumstances, racial hatred is likely to be stirred up thereby. Yet, there is one last case possible where appears to be a gap in legislation regarding the stirring up hatred offences. According to the Law Commission, that would be possible if inflammatory material not amounting to a display or recording is also distributed. That is, by posting inflammatory cartoons online (e.g. controversial cartoons depicting the Prophet Mohammad). In these cases, according to the Law Commission, we would have to move away from the stirring up to hatred offences and turn, most likely, to s. 127(1) of the CA¹¹⁶⁷. Even so, it seems clear to me that these stirring up to hatred offences are extremely flexible. They are perfectly capable of reconfiguring themselves to broaden their scope as a whole piece of cohesive provisions. In the light of the latter, it is not surprising that the purpose of these offences «overlaps considerably» with that of the aggravated offences in ss. 28-32 of the Crime and Disorder Act 1998¹¹⁶⁸. Indeed, this will be the case both inside and outside cyberspace.

2.2.4.4. Other alternatives

In the English law, whose provisions and related case law will be further developed soon below¹¹⁶⁹, the UK Government acknowledged in 2017 that there was no single solution devised for online hate. Quite the opposite, a “*robust legislative framework*” has been developed over time to prosecute hate crimes committed online. Setting aside the legal remedies that have been properly considered above (Protection from Harassment

¹¹⁶⁷ LAW COMMISSION, *Hate crime laws* (2020), pars. 18.71-18.75.

¹¹⁶⁸ LAW COMMISSION, *Hate crime laws* (2020), par. 9.22. A comparable issue in *Part I* has already been discussed in the section «1.5.3. *Intersection with offences relating to speech and expression*» concerning the Spanish legal system.

¹¹⁶⁹ See section «2.3. *Supporting Case Law on Cyberhate in England and Wales*» *infra*.

Act 1997, Malicious Communications Act 1988 and Communications Act 2003), or those that are so closely related to them that have also appeared on a testimonial basis (Criminal Justice and Public Order Act 1994)¹¹⁷⁰, three more pieces of “*relevant legislation*” were listed by the Government¹¹⁷¹.

First, a simple and rather confusing reference is made to «breach of peace» with no additional information provided. As studied above, this is a common law offence of exceptional value for having played a significant role in Scotland¹¹⁷². In Northern Ireland, the Public Order (NI) Order 1987 still has some statutory offences under ss. 18-19 that rest on this legal formula¹¹⁷³. Unlike in Northern Irish law, the allusion contained in s. 5 of the Public Order Act 1936¹¹⁷⁴ for the English law vanished when it was repealed by the Public Order Act 1986 (s. 40(3) and Sch. 3)¹¹⁷⁵. Apart from this previous observation, the English legal system is peculiar and noteworthy¹¹⁷⁶. Firstly, breach of the peace is not a common law offence, as is in the Scottish case. Secondly, the concept is no longer used as a statutory formula for any crime, as is in the Northern Irish case. However, this is not

¹¹⁷⁰ For its close ties with the public order offences within the Public Order Act 1986, see sections «2.2.4.2. *Public order*» *supra* and «2.3.2. *Public order: Public Order Act 1986 (ss. 4, 4A and 5)*» *infra*.

¹¹⁷¹ HOUSE OF COMMONS, *Hate crime and its violent consequences* (2016), pp. 3-4.

¹¹⁷² See subsection «a) *Harassment and stalking*» included in section «2.2.4.1. *Targeted communications*» *supra*.

¹¹⁷³ According to s. 18 (1) of the Public Order (NI) Order 1987, a person shall be guilty of an offence for using in any public place disorderly behaviour or “*behaviour whereby a breach of the peace is likely to be occasioned*”. Instead, according to s. 19(1) of the Public Order (NI) Order 1987, a person shall be guilty of an offence if in any public place or at –or concerning– any public meeting or public procession: (a) uses threatening, abusive or insulting words or behaviour; or (b) displays anything or does any act; or (c) being the owner or occupier of any land or premises, causes or permits anything to be displayed or any act to be done thereon, “*with intent to provoke a breach of the peace or by which a breach of the peace or public disorder is likely to be occasioned (whether immediately or at any time afterwards)*”.

¹¹⁷⁴ As originally enacted, a person shall be guilty of an offence if in any public place or at any public meeting uses threatening, abusive or insulting words or behaviour “*with intent to provoke a breach of the peace or whereby a breach of the peace is likely to be occasioned*” (s. 5 of the Public Order Act 1936). For further details, see section «2.1.2. *Historical background on incitement to hatred*» *supra*.

¹¹⁷⁵ To better understand why was decided to drop the concept of breach of peace away, see what Law Commission said: “*The desire for clarity and reconsideration of possibly unsatisfactory concepts have also led us to abandon the concept of “breach of the peace” (...), the formulation adopted by section 5 of the Public Order Act 1936 (...) has its own drawbacks. It is now apparent that if in consequence of such behaviour there is no likelihood of a breach of the peace by any persons affected by the behaviour, even if, for example, they are put in fear that violence will be used against them, no offence is committed. Some other concept is therefore required in any new offence which both ensures that any threats which are likely to cause a fear of violence are effectively penalised by the criminal law and discourages the notion that a breach of the peace is in contemporary circumstances an acceptable or likely reaction to threatening behaviour by others. Consequently we now recommend that threatening, abusive or insulting words or behaviour should be penalised if they are intended or likely to cause a fear of immediate violence or to provoke the immediate use of violence*”. LAW COMMISSION, *Offences relating to public order* (1983), par. 2.6.

¹¹⁷⁶ Apart from what will be mentioned in the following lines, for a far more detailed account of the versatile concept of breach of the peace, see SHERR, *Freedom of protest*, pp. 111-124.

to say that citizens from England & Wales have no duty to preserve the peace, or that the police officers do not have preventive powers and special responsibilities associated to this very same end¹¹⁷⁷. Apart from this, it seems to be widely accepted today that some statutory offences against public order involve breaches of the peace. Therefore, it is most likely that the UK Government intended to refer us to public order offences when listing «breach of peace» among the relevant legislation to combat online hate. The most salient provisions have been earlier explained¹¹⁷⁸. It is more dubious that the UK Government would have labelled incitement to hatred offences under the Public Order Act 1986 as a «breach of peace» since as we have already seen¹¹⁷⁹ they constitute a distinctive self-ruling area of law. These offences will receive further attention shortly¹¹⁸⁰.

The last two pieces of legislation mentioned by the UK Government are very anecdotal. If they were of any use, which is doubtful, they would surely serve in exceptional circumstances or at least theoretically. In fact, they have not even received the slightest attention in the more specialised scholarly literature on hate crimes. The Computer Misuse Act 1990 was amended in 2015 to insert an offence under the s. 3ZA (s. 41(2) of the Serious Crime Act 2015). This provision now outlaws unauthorized acts concerning a computer causing or creating a significant risk of serious damage of a material kind, whether intentionally or recklessly (s. 3ZA(1) of the Computer Misuse Act 1990)¹¹⁸¹. This sort of damage can take the following forms: (a) damage to human welfare¹¹⁸² in any place; (b) damage to the environment of any place; (c) damage to the economy of any country; or (d) damage to the national security of any country (s. 3ZA(2)

¹¹⁷⁷ As a contentious and delicate subject, since rights and freedoms of the citizenry may be at stake, the common law power of breach of the peace has given rise to a huge amount of literature around it. For a brief update on the current state of the discussion, see PHILLIPSON, «Searching for a Chimera?», *passim*.

¹¹⁷⁸ See sections «2.2.4.2. *Public order*» *supra* and «2.3.2. *Public order: Public Order Act 1986 (ss. 4, 4A and 5)*» *infra*.

¹¹⁷⁹ See section «2.2.4.3. *Incitement to hatred*» *supra*.

¹¹⁸⁰ See section «2.3.3. *Incitement to hatred: Public Order Act 1986 (ss. 18-23 and 29B-29G)*» *infra*.

¹¹⁸¹ Moreover, it is an offence: (i) making, adapting, supplying or offering to supply any article intending to be used to commit or assist in the commission of the previous offence (s. 3A(1) of the Computer Misuse Act 1990); (ii) supplying or offering to supply any article believing that it is likely to be used to commit, or to assist in the commission of the previous offence (s. 3A(2) of the Computer Misuse Act 1990); or (iii) obtaining any article intending to use it to commit, or to assist in the commission of the previous offence, or with a view to being supplied for use to commit, or to assist in the commission of the previous offence (s. 3A(3) of the Computer Misuse Act 1990). These offences are all referring to «articles», which includes “any program or data held in electronic form” (s. 3A(4) of the Computer Misuse Act 1990).

¹¹⁸² Damage to human welfare is meant to mean (a) loss to human life; (b) human illness or injury; (c) disruption of a supply of money, food, water, energy or fuel; (d) disruption of a system of communication; (e) disruption of facilities for transport; or (f) disruption of services relating to health (s. 3ZA(3) of the Computer Misuse Act 1990).

of the Computer Misuse Act 1990). One can easily imagine that such extreme damages, whether for a loss in human lives or a provoked failure in critical infrastructures, could be part of a terrorist attack. Logically, as may happen with many other crimes, it is within the realm of possibility that the severity of the sentence is increased due to hostility grounds. The same is true for s. 15 of the Sexual Act 2003, targeting paedophiles as earliest as possible in their criminal itinerary (e.g. sexual grooming on the internet). It is an offence for a person over 18 who has already met or communicated with another person under 16 on one or more occasions that then (i) intentionally meets that child, or (ii) either one or the other person travels for doing so, or (iii) the person over 18 arranges to meet the child, if in any of these previous cases exist the intention to commit a relevant sexual offence (e.g. rape or causing sexual activity without consent) against the person under 16 either during or after the meeting.

Despite not alluded to by the UK Government, other peripheral legal remedies may also include the Obscene Publications Act 1959 or the Serious Crime Act 2007. Concerning the s. 2(1) of the Obscene Publications Act 1959, it is prohibited to publish an obscene article, whether for gain or not, or to have an obscene article that would be for publication and gain to oneself or another. The ss. 44-46 of the Serious Crime Act 2007, covering acts of encouraging and assisting an offence, has been regarded to be fully applicable to the messages placed on social media platforms¹¹⁸³. Hence, giving stimulus to online communications offences will amount to a new offence under the Serious Crime Act 2007, and that includes supporting someone to carrying out collective and aggravated harassment campaign against an individual or to posting grossly offensive messages¹¹⁸⁴. These behaviours, which here appears to be supported by someone else, have already been critically analysed, as they fall within the targeted communications legal sector.

¹¹⁸³ In detail, see: CHILD, “Exploring the mens rea requirements”, pp. 220-231; HOUSE OF COMMONS, *Post-legislative scrutiny* (2013); SCAIFE, *Handbook of social media*, pp. 167-174; LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), pars. 12.1-12.100.

¹¹⁸⁴ See: CPS, *Guidelines on prosecuting* (2018), par. 15; SALLAVACI, «Crime and social media», p. 9.

2.3. Supporting Case Law on Cyberhate in England and Wales

2.3.1. Targeted communications

2.3.1.1. Harassment and stalking: *Protection from Harassment Act 1997* (ss. 2, 2A, 4 and 4A)

Racially or religiously aggravated cyberharassment or cyberstalking cases, though possible through s. 32 of the CDA, are extremely rare. So much so that BAKALIS asserted in November 2017 that there were no reported cases of this sort with the technology involved¹¹⁸⁵. Regarding non-aggravated or common cyberharassment or cyberstalking offences, if we stick to what has been arranged by law, there might be no apparent reasons to explain a low number of convictions. Even if the official data available does not provide us with an insight into the online problem, there is evidence enough to claim that some critical points are damaging the implementation of PHA and, by extension, the aggravated variant of the mutually linked¹¹⁸⁶ offences contained in ss. 2 and 4 (harassment)¹¹⁸⁷ and ss. 2A and 4A (stalking)¹¹⁸⁸. The aggravated counterparts (s. 32(1)(a) of the CDA) of harassment and stalking, in their basic form (s. 2 and 2A), would

¹¹⁸⁵ BAKALIS, “Rethinking”, p. 5. However, it is remarkable that the Law Commission explicitly refers to the Post Office Protection Act 1884 instead. See LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), par. 4.57.

¹¹⁸⁶ This close relationship between harassment and stalking, or among its aggravated equivalents, also had its timely manifestation in the MCSG provided by the Sentencing Council for them all. But even until relatively recently, when there was still no sentencing guidance for stalking offences and its aggravated equivalents, it was agreed that the guidelines relating to harassment were fully applicable to them as well. RICHARDSON, *Cyber-crime*, p. 167.

Currently, for MCSG and Crown Court Sentencing Guidelines (CCSG), see SENTENCING COUNCIL, *MCSG. Harassment/stalking/racially* (2018); SENTENCING COUNCIL, *MCSG. Harassment (fear of violence)* (2018); SENTENCING COUNCIL, *CCSG. Harassment/stalking/racially* (2018); SENTENCING COUNCIL, *CCSG. Harassment (fear of violence)* (2018).

¹¹⁸⁷ The **maximum penalty for the s. 2 of the PHA** is, on summary conviction, 6-months’ imprisonment and/or an unlimited fine. The **maximum penalty for the s. 4 of the PHA** is, on conviction on indictment, 10-years’ imprisonment (doubled from 3rd April 2017 by the Policing and Crime Act 2017) and/or an unlimited fine, and on summary conviction, 6-months’ imprisonment and/or an unlimited fine. See s. 2(2) and 4(4) of the PHA, s. 37 of the Criminal Justice Act 1982 and s. 85 of the Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012.

¹¹⁸⁸ The **maximum penalty for the s. 2A of the PHA** is, on summary conviction, almost 1-year’ imprisonment (51 weeks) and/or an unlimited fine. However, until the s. 281(5) of the CJA does not come into force, the maximum imprisonment penalty on summary conviction would be of 6-months’. The **maximum penalty for the s. 4A of the PHA** is, on conviction on indictment, 10-years’ imprisonment (doubled from 3rd April 2017 by the Policing and Crime Act 2017) and/or an unlimited fine, and on summary conviction, 1-year’ imprisonment and/or an unlimited fine. However, until the s. 154(1) of the CJA does not come into force, the maximum imprisonment penalty on summary conviction would be of 6-months. See s. 2A(4), 2A(5) s. 4A(5) and 4A(6) of the PHA, s. 37 of the Criminal Justice Act 1982, s. 154(1) and s. 281(5) of the CJA and s. 85 of the Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012.

have the same maximum penalty¹¹⁸⁹, whereas the aggravated counterparts (s. 32(1)(b) of the CDA) of harassment and stalking, in their heightened form (s. 4 or harassment putting people in fear of violence; s. 4A or stalking involving fear of violence or serious alarm or distress) would do so¹¹⁹⁰.

Once this introduction is made, we turn to consider the sentencing remarks of Mr. Justice Spencer in *R v Joshua Bonehill-Paine* (2016), held at the Crown Court on 8th December 2016. Despite its unreported nature, these remarks were made available by the Courts and Tribunals Judiciary of England and Wales¹¹⁹¹ and they can be used as a vehicle to discuss some particular and broader thematic points of interest concerning cyberharassment. Joshua Bonehill-Paine, 24, is an English far-right nationalist who, according to Mr. Justice Spencer, has “*amassed a formidable record of offences of hate crime using the Internet*”. As a matter of fact, at the time of conviction, he was serving a 40 months’ imprisonment sentence for stirring up racial hatred on late 2015. He has been considered a racist Internet troll who kept in jail after this new trial for harassing Luciana Berger, a member of the Parliament of the UK. He was convicted to two years of imprisonment for posting five anti-Jewish articles within a racist hate campaign that he was embarked on against Ms. Berger. The first article, entitled “*Racist anti-white Jewish Labour MP Luciana Berger exposed*”, was posted on 27th October 2014. The second article, “*Is the Labour Party a Jewish party?*”, came into existence the 4th November. The third article, “*ZOG [Zionist Occupied Government] attacks Daily Stormer in retaliation to successful Berger campaign*”, was posted on the 18th of November. The fourth article, “*Joshua Bonehill: On the eve of battle*”, is dated barely two days after the third one. And the last article, “*The legacy of operation filthy Jew bitch*”, was finally posted on 24th January 2015. In summary, throughout 3 consecutive months, he made photographic montages with the face of the victim in a rat body while describing her as “*a racist and a fascist who hated all white British people, a vile Jewish middle class anti-British pro-genocide rodent and a very evil woman who supported anything other than*

¹¹⁸⁹ The **maximum penalty for the s. 32(1)(a) of the CDA** is, on conviction on indictment, 2-years’ imprisonment and/or an unlimited fine, and on summary conviction, 6-months’ imprisonment and/or an unlimited fine. See s. 32(3) of the CDA.

¹¹⁹⁰ The **maximum penalty for the s. 32(1)(b) of the CDA** is, on conviction on indictment, 14-years’ imprisonment and/or an unlimited fine, and on summary conviction, 6-months’ imprisonment and/or an unlimited fine. See s. 32(4) of the CDA.

¹¹⁹¹ See at <https://www.judiciary.uk/judgments/sentencing-remarks-of-mr-justice-spencer-r-v-joshua-bonehill-paine-harassment-of-luciana-berger-mp/>

Britain”; he conformed sexualized images of the victim with Labour party’s colleagues; he spoke highly of the support campaign carried out by a well-known American neo-Nazi and white supremacist website (*Daily Storm*); he flaunted of Nazi’s symbology, principles and core values, with constant racist references to the Jewish enemy; and he actively promoted this hatred campaign towards Ms. Berger, as a result of which she received a chain reaction of numerous anti-Semitic messages in a three-day period.

According to Mr. Justice Spencer’s overall impression, it was difficult to conceive a worse racially aggravated harassment case. However, this statement could be considered half-truth, since the course of conduct of the offender did not cross the threshold of the higher-level offence of s. 4 of the PHA (harassment causing fear of violence)¹¹⁹². It resulted in being contrary to s. 32(1)(a) of the CDA¹¹⁹³, which is only related to the lower-level offence of s. 2 of the PHA (harassment). Does it mean that the course of conduct did not meet the legal requirements under the s. 4 of the PHA? There are some grounds for discussion, but this case is a good example to reflect how narrowly is defined s. 4 in comparison with s. 2 of the PHA.

The clearest distinction between s. 2 and 4 of the PHA is that the latter requires violence fear causation on the victim, while the former does not need any violence to be feared by the victim. Therefore, it hints at the possibility of a conduct crime under s. 2 of the PHA¹¹⁹⁴ and, undoubtedly, a result crime under s. 4 of the PHA. However, BAKALIS makes sure that the s. 2 of the PHA contains a result crime by alluding to a Supreme Courts’ pronouncement in *Hayes v Willoughby* (2013). There, according to Lord

¹¹⁹² It must be noted that s. 4 of the PHA does not formally refer to harassment when requiring a course of conduct that causes the victim to fear violence. Arguably, according to ORMEROD/LAIRD, «s. 4 represents a distinct offence focused not on harassment but on the graver wrong of creating fear of violence». However, from a hermeneutic view, these authors explain how the courts have preferred to give a unitary sense to the PHA and that the s. 4 progressively become in a closer legal alternative to s. 2 by reason of their shared nature. Otherwise, s. 4, seldom if ever, «(...) would only be of practical significance if there are circumstances in which two or more incidents with a sufficient nexus caused a fear of violence without also being harassing». ORMEROD/LAIRD, *Smith, Hogan and Ormerod’s*, pp. 779-780.

In *R. v Livesey* (2006) was considered how a judge who rules that there is no case to answer on s. 4 of the PHA should act regarding the alternative s. 2 of the PHA. In particular, whether he is effectively obliged to lead the jury to a not guilty verdict or he should better guide the jury to an alternative s. 2 of the PHA verdict if he thinks there is a case to answer this way. What was finally commented upon this point is that the judge may allow the jury to consider the alternative verdict of harassment under s. 2 of the PHA. See *R. v Livesey (Mark Ivan)* [2006] EWCA Crim 3344.

¹¹⁹³ “Man who posted articles to MP ‘littered with hate’ convicted”, *CPS Press*, 7 December 2016.

¹¹⁹⁴ This view about harassment offence in s. 2 of the PHA is supported, among others, by ORMEROD/LAIRD. They explicitly note that the section at hand is criminalising behaviour. See ORMEROD/LAIRD, *Smith, Hogan and Ormerod’s*, p. 778.

Sumption, “harassment is a persistent and deliberate course of unreasonable and oppressive behaviour, targeted at another person, which is calculated to and **does cause** that person alarm, fear or distress”¹¹⁹⁵. Even if it is not defined in the law, it is a familiar and effortlessly recognisable English word that includes causation in the view of this former Justice of the Supreme Court¹¹⁹⁶. However, this is just the tip of the iceberg among the many complexities to attend for a successful conviction on any of those sections. To start with, one-off communications make any course of conduct simply non-existent (s. 7(3) of the PHA¹¹⁹⁷). Furthermore, the course of conduct to which s. 4 refers could be completed on any occasion (s. 4(2) of the PHA) and, arguably, not limited in time, whereas s. 2 represents a more conditioned legal response regarding the time interval between the two minimum incidents. Without trying to oversimplify the important casuistic examination that must be carried out first¹¹⁹⁸, it can be stated that the fewer the number of incidents and the greater remoteness between them, the less likely to envisage a course of conduct which amounts to harassment under the PHA. Plain incidents involving conduct against a particular victim require a greater connecting factor for a course of conduct to be established. Acting the same way all times or the acts having some typological connection is a good evidence, though it might still be insufficient. Sometimes the subtlest perception of the victim can be fundamental¹¹⁹⁹, despite this logic may lead as well to certain very sensitive people to overreact at the slightest opportunity. In short, the versatile contexts shrouding the incidents are of invaluable significance¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁵ See: *Hayes v Willoughby* [2013] UKSC 17, par. 1 (emphasis added); BAKALIS, “Rethinking”, p. 4.

¹¹⁹⁶ On the contrary, despite referring to harassment as an easily understandable word, ORMEROD/PERRY keep a very suggestive silence on the emphasised words pointing to causation. According to them, harassment involves «(...) improper oppressive and unreasonable conduct that is targeted at an individual and calculated to produce the consequences described in s. 7 [alarm and distress]». See ORMEROD/PERRY, *Blackstone’s Criminal*, par. B2.188 (p. 330). Taken as what it is, a legal reference work for the criminal courts to rely on, these terms of *Blackstone’s Criminal Practice* were closely observed in *R v ZN* (2016). See *R v ZN* [2016] EWCA Crim 92, pars. 38-39.

¹¹⁹⁷ The pivotal term of «course of conduct» on the PHA “must involve— (a) in the case of conduct in relation to a single person (see section 1(1)), conduct on at least two occasions in relation to that person, or (b) in the case of conduct in relation to two or more persons (see section 1(1A)), conduct on at least one occasion in relation to each of those persons” (s. 7(3) of the PHA).

¹¹⁹⁸ In any relevant course of conduct, the elapsed time between the two minimum and necessary incidents depends very specially on the circumstances of the case. Therefore, a case-by-case analysis becomes essential. But beyond this initial premise, there will be other variables that will be equated in rank to the elapsed time between the incidents. For example, direct contact between harasser and harassee has, *a priori*, a greater intimidating force comparing with the use of technology.

¹¹⁹⁹ LAWSON-CRUTTENDEN/ADDISON seems to agree when noting what follows: «Often it is not the overt act itself which is harassing but the known, but unprovable, motives of the person involved». LAWSON-CRUTTENDEN/ADDISON, *Blackstone’s guide*, par. 2.10.

¹²⁰⁰ If two harassing phone calls were made to the same victim in one-year time, it does not necessarily mean that the course of conduct is accomplished. On the contrary, if the second call was made with a

Beyond the same contextual information, what is a never-ending issue is whether the way of committing the offence (online or offline) does or does not matter at all¹²⁰¹. Additionally, the offender knew or ought to have known¹²⁰² that the course of conduct amount to harassment of the other (s. 1(1) of the PHA), which includes alarming the person or causing the person distress (s. 7(2) of the PHA)¹²⁰³. Nonetheless, the difficulty lies in the nuances of the application of the law in an effort not to take it literally. Otherwise, it would diverge quite a lot from the ordinary, logical and prevalent understanding of harassment among society, resulting in a source of perverse results (*R. v Smith* (2012)¹²⁰⁴). Any course of conduct which causes alarm or distress does not amount to harassment out of necessity. There is a need to filter the kind of conduct that, apart from causing alarm or distress, is objectively oppressive and unreasonable¹²⁰⁵.

particular anniversary in mind, the evidence for the course of conduct might be conclusive. On this particular, see: *Lau (Sai) v DPP* [2000] Crim LR 580.

Even the incidents of a course of conduct that the victim did not perceive to be harassing at first may still become part of it. The victim may identify those incidents within an ongoing process of harassing much later. See LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), par. 8.38.

¹²⁰¹ For instance, GEACH/HARALAMBOUS advocate for a criminal law oriented to the outcome of the conduct, no matter whether the conduct was carried out online or offline. Even if there might be different levels of harassment, there is no difference between receiving an unexpected Facebook message or receiving an unexpected letter via postal service. According to these authors, a neutrally worded and all-encompassing offence is still needed even though other problems that pressure for the PHA reform are also notorious. See GEACH/HARALAMBOUS, “Regulating harassment”, pp. 243-247.

¹²⁰² Taking a closer look at the act of negligence specifically, it would be considered reprehensible if a reasonable person in possession of the same information think the course of conduct amounted to harassment of the other (s. 1(2) of the PHA).

¹²⁰³ Critically, GEACH/HARALAMBOUS noted that it seems unreasonable that a person could ever be convicted without knowing what he or she is actually causing any negative emotion to the unintended victim. It can also be stated that the PHA was originally designed to prevent behaviours from those who had no intention of threatening, abusing or insulting the victim, nor of causing any fear of violence. The problem is that their benign behaviour did often cause it. Thus, although the law does not expressly indicate the causation requirement, this scenario was surely noticed by the draftsman. This seems to be inferred from ADDISON’s reasoning, supplied with some examples: «Someone who stands every day outside a house with a notice saying ‘I love you’ or who sends red roses to a person’s place of work every day is certainly not being threatening, abusive or insulting but could still be causing harassment, alarm or distress». For all this, GEACH/HARALAMBOUS are of the view that s. 2 should be amended in order to require acting intentionally causing such emotions or in a subjectively reckless way for them to happen. See: GEACH/HARALAMBOUS, “Regulating harassment”, p. 257; ADDISON, *Religious*, p. 116.

¹²⁰⁴ Additionally, an example is given in the case *R. v Smith* (2012) to corroborate the pointlessness of following the law to the letter: “A person who habitually drives too fast in a built-up area may cause alarm to other road users, but conduct of that sort was not what Parliament was invited to consider and would not fall within the ordinary understanding of what is meant by harassment”. *R. v Smith (Mark John)* [2012] EWCA Crim 2566, par. 24.

¹²⁰⁵ In line with what is or is not within reasonable grounds of pursuing someone, there is also a vague escape route provided by law. In fact, the prohibition of harassment does not apply to the course of conduct if the pursuer shows “that in the particular circumstances the pursuit of the course of conduct was reasonable” (s. 1(3)(c) of the PHA). In *R v Colohan* (2001) was made clear that the conduct has to be objectively reasonable for the jury or court. In case there was any doubt left, it is reassured that “there is no warrant for attaching to the word ‘reasonable’ or via the words ‘particular circumstances’ the standards or characteristics of the defendant himself”. *R. v Colohan (Sean Peter)* [2001] EWCA Crim 1251, par. 21.

Citing some words of Lord Nicholls of Birkenhead in *Majorowski v Guy's and St Thomas's NHS Trust* (2006), “(...) courts will have in mind that irritations, annoyances, even a measure of upset, arise at times in everybody's day-to-day dealings with other people. Courts are well able to recognise the boundary between conduct which is unattractive, even unreasonable, and conduct which is oppressive and unacceptable”¹²⁰⁶. Once again, this nature would be highly dependent on the contextual circumstances of the series of incidents that has taken place. But if all the above were not enough, there is one more requirement to attend. That is the sufficient seriousness or gravity of the conduct to overcome the criminal threshold while forcing the criminal justice system to intervene¹²⁰⁷. Once surpassed, it seems that the seriousness of the offence must be weighed in relation to the harm caused and the offender's culpability. In fact, *R. v Liddle & Hayes* (1999) identified some factors for the sentencers to bear in mind concerning ss. 2 and 4 of the PHA. In summary: (1) if there was a history of disobedience to civil or criminal court orders by the offender; (2) the seriousness of the offence, ranging from actual violence through to threats, down to letters which may express a wish to harm, affection, etc.; (3) if it was a persistent misconduct or a solitary instance of misbehaviour; (4) if the conduct causes physical or psychological effect upon the victim and the risk posed to either the victim or their family; (5) the mental health of the offender and whether he was willing to undergo treatment; (6) the offenders reaction to the proceedings, and if there is a plea of guilty, an evidence of remorse or a recognition of the need for help¹²⁰⁸.

Returning to *R v Joshua Bonehill-Paine* (2016), Mr. Justice Spencer remarks that Ms. Berger was sick, feared and more concerned for her personal safety than she had ever been before. She said that she was aware that what happened online did not always stay online. Ms. Berger also required police protection at home and in her Liverpool constituency. She felt under attack in a matter occupying all her attention. Also, the judge refers to a key contextualising element. Barely four and a half months had passed since the tragic event in which a British citizen who also belonged to a neo-Nazi group (*National Alliance*) murdered Jo Cox, her fellow Member of Parliament. Concerning the fear of violence that must be caused to the victim and that is required by law (s. 4 of the PHA), ORMEROD/LAIRD are clear when saying that the resultant fear of violence can

¹²⁰⁶ *Majorowski v Guy's and St Thomas's NHS Trust* [2006] UKHL 34, par. 30.

¹²⁰⁷ *Conn v The Council of the City of Sunderland* [2007] EWCA Civ 1492, par. 12.

¹²⁰⁸ *R. v Liddle & Hayes* [1999] 5 WLUK 362.

be deduced in a more roundabout way. For instance, from behaviour or threats not specifically directed to the victim, but his loved ones (e.g. threats to his dog) or his properties (e.g. threats to burn down his house)¹²⁰⁹. There is no need for there to be a specific threat of violence. It is noteworthy that threats to kill, whether implied or express and whether they will credibly come into being against the recipient or a third person but causing fear to the recipient, are diverted to the s. 16 of the OAPA. This is essential since, if that is the case¹²¹⁰, the offence might be under the influence of the penalty enhancement sentencing provisions, never becoming an aggravated offence. Other threats of violence to the person may also fall to be considered under the provisions of the MCA or the CA, instead of the PHA¹²¹¹.

In general, both MCA and CA, which are discussed in detail below, are said to have surpassed PHA as more narrowly-defined and suitable options to counteract harassment on the Internet¹²¹². BARKER/JURASZ branded s. 4 of the PHA as a fall back lesser offence, despite both s. 2 and s. 4 are equally remedial for the online environment¹²¹³. On

¹²⁰⁹ ORMEROD/LAIRD, *Smith, Hogan and Ormerod's*, p. 780.

¹²¹⁰ However, it is an uncommon scenario. The s. 16 of the OAPA has been applied very rarely to messages on social media. There are a number of public order offences that, even with no practical translation, at the very least they offer a broader scope for threatening behaviour. In detail, see BARKER/JURASZ, *Online misogyny*, pp. 47-55.

¹²¹¹ The unreported and closely-related case of John Nimmo would be proof enough. John Nimmo, 28, who has conducted cyberhate abuse campaigns before, was jailed on the 10th of February 2017 at the Newcastle Crown Court after sending some emails to Luciana Berger making anti-Semitic death threats. She told her she would “*get it like Jo Cox*”, she sent a large knife warning her to watch her back, and she called her “*Jewish scum*”. She finally pleaded guilty of nine offences, and there was a successful sentence uplift for some of them because of the offender’s racial hostility motivation. According to CPS, Nimmo recognised four charges of sending a communication conveying a grossly offensive message, three conveying a threatening message and two of sending a communication conveying false information. See “*Man who sent anti-Semitic messages to MP and others jailed*”, *CPS Press*, 10 February 2017.

¹²¹² In this line were positioned GEACH/HARALAMBOUS, concluding that «in some instances, for example posting an offensive message on a person’s wall on Facebook, there is duplicity in the possible offences that can be used—all three Acts [MCA, PHA and CA] (...) could potentially apply. Obviously more than one message would need to be posted for the PHA 1997 to be applicable, but this highlights the necessity to dissect the conduct to establish what was done, via which communication medium and how many times». See, in detail, GEACH/HARALAMBOUS, “*Regulating harassment*”, pp. 247-254.

According to CLOUGH, only those electronic communications that cannot be charged under anti-harassment offences (ss. 2 and 4 of the PHA) would be so under the more specific ones linked to offensive comments (s. 1 of the MCA and s. 127(1) of the CA). Along the same lines, the CPS has recently adopted a criterion of how to proceed. In particular, where there are interferences between communication offences (e.g. malicious communications or communications concerning the misuse of public electronic communications network) and substantive offences (e.g. harassment or stalking), giving priority to the latter would be appropriate. See: CLOUGH, *Principles of cybercrime*, p. 434; CPS, *Guidelines on prosecuting* (2018), pars. 6-7 and 10; LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), par. 4.141.

¹²¹³ *R. v Bradburn* (2017) is an example of a s. 4 conviction involving new technologies. From 13th August to 17th September 2016, the offender created a false Facebook profile to conceal his identity that was finally used to send friendship requests, indecent proposals, erect penis pictures, and numerous threats both to the victim and her daughter within a wider blackmail activity directed against them. For example, there was a

a critical thought, these authors pointed to the CPS's unwillingness or inability to make use of the alternative routes enabled by the PHA for the social media abuse¹²¹⁴. One of the keys to understanding the PHA provisions' abandonment is that the MCA and the CA have monopolised almost all the online communication landscape attending to the content (an indecent, grossly offensive, threatening or menacing message, or a message containing false information)¹²¹⁵. The PHA can only make use of a reduced space left. For example, the innocuous communication's nature for another observer which, actually, has an enormous significance to the victim due to the relationship with the offender. Moving ahead from the content perspective, other online activities, such as electronic surveillance (monitoring a person's communications and movements), are dealt with the PHA¹²¹⁶. Precisely this last activity is one of the many that, in particular circumstances, the PHA expressly associates with stalking¹²¹⁷.

The s. 2A of the PHA (stalking) is linked both to s. 2 and s. 4 of the PHA. In fact, their prerequisites must be weighed separately and prior to any further element of the s. 2A of

threat of kidnapping the victim and her daughter, a threat of sexually assaulting her daughter, and threats about sending nasty pictures to her daughter. See *R. v Bradburn (Ashley)* [2017] EWCA Crim 1399, paras. 6-13 and 50.

¹²¹⁴ BARKER/JURASZ, *Online misogyny*, p. 67.

¹²¹⁵ For example, cyber-bullying (or using social media or other electronic means for bullying purposes) is adequately addressed with the range of offences of the PHA. The CA and the MCA would be likewise useful for tackling the referred online activity. For instance, the latter would be so if the communications involve grossly offensive messages with the intention of causing distress or anxiety to the picked victim. See: LAW COMMISSION, *Hate crime: should the current* (2014), par. 7.123; HOUSE OF LORDS, *Social media* (2014), pp. 12, 24 and 30.

All the more reason to implement the MCA before the PHA is the fact that the former attaches a higher punishment than the latter. The maximum penalties for offences under the MCA were recently increased by s. 32 of the Criminal Justice and Courts Act 2015. For some, the significantly harsher penalties for trolling activity might simply be more welcomed than those contained in the analogous PHA provisions. KIRK, «Legislation and international», p. 130.

In rebuttal, some may argue that there is no precondition for the nature of the conduct in the case of the PHA, as opposed to the MCA, so it must have been a more useful tool for the Internet. See GEACH/HARALAMBOUS, «Regulating harassment», p. 251.

¹²¹⁶ KILLEAN/STANNARD, *Review of the need* (2016), p. 15.

¹²¹⁷ The s. 2A(3), thoroughly copying the pioneering list provided by the s. 39(6) of the CJLA for Scotland, contains the acts or omissions that may well come with stalking behaviour. For example, to monitor the use by a person of the internet, email or any other form of electronic communication (s. 2A(3)(d) of the PHA). If we attend to the CPS guidelines, the cyber-stalking examples may include: a) Threatening or obscene emails or text messages; b) Spamming, where the offender sends the victim multiple junk emails; c) Live chat harassment or flaming, a form of online verbal abuse; d) Baiting or humiliating peers online by labelling them as sexually promiscuous; e) Leaving improper messages on online forums or message boards; f) Unwanted indirect contact with a person that may be threatening or menacing such as posting images of that person's children or workplace on a social media site, without any reference to the person's name or account; g) Posting photoshopped images of persons on social media platforms; h) Hacking into social media accounts and then monitoring and controlling the accounts; i) Sending electronic viruses; j) Sending unsolicited email; k) Cyber identity theft. See CPS, *Guidelines on prosecuting* (2018), par. 44.

the PHA. The s. 2A conviction is feasible only if there is a harassing behaviour and the pursued course of conduct amounts to stalking, which barely means that the acts or omissions are associated with stalking, and the offender knows or is aware that the underway behaviour amounts to harassment. BARKER/JURASZ wonder about the closeness between the s. 2 and s. 2A of the PHA, and the little judicial attention that is still given to the latter on social media¹²¹⁸.

The s. 4A of the PHA (stalking causing fear of violence and serious alarm or distress) is an aggravated form of stalking, just as the s. 4 was for harassment. The course of conduct must amount to stalking (s. 4A(1)(a) of the PHA), so no doubt that all the common stalking requirements are to be satisfied before assessing the convenience of this offence. In addition, s. 4A is in line with its correlative s. 4 of the PHA, given that it was built around it and requires the fear of violence causation (s. 4A(1)(b)(i) of the PHA). However, this shared element is not mandatory in s. 4A, just alternative. A brand-new flexible clause was introduced on s. 4A(1)(b)(ii) of the PHA, noting that it is sufficient for the conduct to cause serious alarm or distress which has a substantial adverse effect on the victim's usual day-to-day activities. According to the Home Office Circular 018/2012, it is left to judicial interpretation to put it into practice when explicit fear of violence is not created by each incident of the stalking behaviour¹²¹⁹. For example, in *R. v Danevska* (2017) an appeal was dismissed against a 2016 conviction for three offences of stalking causing serious alarm or distress to the victims. Actually, the cyber-stalking of the case was described as multifaceted, sophisticated and relentless¹²²⁰. The impact, as we can imagine, was exceptionally serious for the victims. It was perfectly summed up in a few words: *“For some years their lives were a total misery and they each described the effect upon them as shattering. It destroyed relationships and left each understandably*

¹²¹⁸ BARKER/JURASZ, *Online misogyny*, p. 58.

¹²¹⁹ Although not limited to, the Home Office also provides a list of relevant evidence to deduce a substantial adverse effect on the victim's usual day-to-day activities: 1) The victims change their routes to work, work patterns, or employment; 2) The victims arrange for friends or family to pick up children from school (to avoid contact with the stalker); 3) The victims put in place additional security measures in their home; 4) The victims undergo a house move; 5) The victims suffer from physical or mental ill-health; 6) The victims' deterioration in performance at work due to stress; 7) The victims stop or change the way they socialise. Finally, if the victims react by trying to continue with their daily routine at all costs, it will still be possible to prove the impact mentioned above in their life. See HOME OFFICE, *Home Office Circular* (2012).

¹²²⁰ It includes monitoring online activities, posting the victim's details on a sex contact website, setting up false email addresses and social media profiles to use them to send thousands of threatening and abusive malicious messages to the victims and to the victims' friends, and making over 160 false online police reports (e.g. naming the victim a rapist in some of them) that resulted on emergency responses from the police, ambulances and the fire brigade. See *R. v Danevska (Sandra)* [2017] EWCA Crim 1084, pars. 4-8.

unable even for a day to be free of fear of what would be done next. That fear apparently is a fear that each of them still holds”¹²²¹.

The increase in sentences under ss. 145 and 146 of the CJA 2003 –and currently for the s. 66 of the SA– was also possible for cyber-harassment and cyber-stalking, even if few unreported cases were known. One of them is the case of Saul Nyland, a 25 years old man who was sentenced on 25th January 2016 to six weeks of imprisonment plus two more weeks due to a hate crime uplift over two harassment offences. Relying on what transpired about the case, the victim was 31-year-old and has a very noticeable speech impediment and some physical difficulties caused by an accident in childhood. The offender and the victim both knew each other, as they had worked together. The offender has harassed the victim on social media (posting photoshopped images of the victim and abusive messages on the victim’s Facebook site) and by ringing to his phone nightly while mocking and threatening to harm because of his disability¹²²².

2.3.1.2. Offensive comments

The CPS has established a common line of action to cross minimum standards when prosecuting under the s. 1 of the MCA and the s. 127 of the CA¹²²³. This undifferentiated treatment has much to do with their disturbing closeness, as they overlap quite significantly according to the Law Commission¹²²⁴. After all, it is well noticing that both are content-related offences. However, we cannot be fully satisfied with this last statement, so we should proceed with caution. The offences under s. 1 of the MCA and s. 127(1) of the CA are not solely speech-content criminalisation offences. They both refer to the way a specifically content-related message reaches its audience (communication sending offences), so there is much more than content to analyse¹²²⁵. They are also

¹²²¹ See *R. v Danevska (Sandra)* [2017] EWCA Crim 1084, par. 9.

¹²²² See “Facebook troll who subjected disabled man to ‘tirade’ of online abuses is jailed”, *Manchester Evening News*, 28 January 2016.

¹²²³ The Sentencing Council, by contrast, has provided some guidelines for s. 127 of the CA but none for s. 1 of the MCA. Anyhow, these guidelines are regarded as being equally applicable to the latter. See: RICHARDSON, *Cyber-crime*, p. 93; SENTENCING COUNCIL, *MCSG. Communication network* (2017).

¹²²⁴ LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), pars. 4.4 and 13.19.

¹²²⁵ Far from being a salient feature of the legislation, BARKER/JURASZ argue that the law should be redrafted to put the emphasis on combating the content of communications. Indeed, the content of communications should be the main concern in this area of law (abusive communications), rather than the medium and means of communicating. This will also promote greater attention for better recognition of the harms arising once the process of sending the online communication has been completed. Apparently, no one cares now on this matter. BARKER/JURASZ, «Online misogyny», pp. 91-92.

offences leading to conduct crimes, and as such, there is no harm over the victim (or an audience) to be proved, which definitely clears the way for any documentary evidence that prosecutors might collect¹²²⁶.

Following the CPS guidelines, the context of the message (especially if there is a hate context) should be considered with due diligence by prosecutors. Moreover, this is equally useful to identify some communications that are not recommended to prevail over the freedom of expression. These are (a) offensive, shocking or disturbing comments; (b) satirical, iconoclastic or rude comments; (c) unpopular or unfashionable opinion about serious or trivial matters, or banter or humour, even if distasteful or painful; or (d) an uninhibited and ill thought out contribution to a casual conversation where participants expect verbal fencing. Right after this filtering, the time comes to elucidate whether the prosecution is required in the name of the public interest, as is in the Code for Crown Prosecutors. At this point, it seems necessary to assess whether the Article 10 of the ECHR concerning the right to freedom of expression is engaged or not. In the case of offences that may constitute a hate crime, even if not always compromise art. 10 of the ECHR, they might also bolster the prosecution's public interest. The hate element, in any case, is of great value. In other words, the CPS suggests that, under s. 1 of the MCA or s. 127 of the CA, no prosecution should be brought unless, on the particular case's facts and merits, the necessity and proportionality features are well established¹²²⁷.

The gross offensiveness and indecency content of the messages are also shared categories between s. 1 of the MCA and s. 127(1) of the CA. Thus, their meaning and general applicability excel any particular communication legislation. These crisscrossed terms are ambiguous and subjective, and they are probably opening the door to inconsistent outcomes due to its legal uncertainty and discretionary nature that prosecutors benefited from when charging. They deemed to be up to judicial interpretation¹²²⁸, but further explanations would come when appropriate. Possibly the most salient feature of offences under s. 1 of the MCA and s. 127(1) of the CA, at least concerning this study, is that they absorb practically every offensive comment that does not reach –but is on the

¹²²⁶ LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), par. 13.15.

¹²²⁷ See, in detail, CPS, *Guidelines on prosecuting* (2018), pars. 27-31.

¹²²⁸ LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), pars. 5.4 and 13.18.

way to reach– incitement to hatred offences¹²²⁹. Although offences under s. 1 of the MCA and s. 127(1) of the CA are offences that can be heavily criticised, as we will see soon, there seem to be well-established solutions that do not rely on punishing the conduct as incitement to hatred or, alternatively, not punishing it at all. That is, abusive or offensive comments that are not remarkably serious are not forced to fit into incitement to hatred offences¹²³⁰. As we have already seen in *Part I*, the Spanish legal system had a pending matter here¹²³¹.

a) Malicious Communications Act 1988 (s. 1)

Section 1 of the MCA¹²³² outlaws the sending of an electronic communication to another person (1) which is in whole or part indecent or grossly offensive, (2) which is a threat, or (3) which is false and known or believed by the sender to be false. The offender’s state of mind is to send an electronic communication intending or with the purpose –or at least one of them– of distressing or causing anxiety to the immediate or eventual recipient. It is irrelevant the final causation of any of these sufferings. In fact, in an earlier stage, it is also irrelevant the receipt of the message to the intended recipient. As a conduct crime, the offence is committed in the very moment that the communication is sent without attending to the harm inflicted¹²³³. Even more, s. 1(3) of the MCA widens the criminalisation possibilities considerably when saying that “*sending*” would include “*delivering*”, “*transmitting*” and “*causing to be sent, delivered or transmitted*” by, for example, a third person. The Law Commission provides an explanatory example that is to be understood included behind that formulation: “*(...) even if a message (such as an*

¹²²⁹ The Law Commission explained as follows: “*While some of the worst forms of such hatred may fall within one of the offences of stirring up hatred (...), abusive or offensive communications falling short of stirring up hatred are commonly prosecuted as one of the communications offences [that is, s. 1 of the MCA and s. 127(1) of the CA]*”. LAW COMMISSION, *Hate crime laws* (2020), par. 16.57.

¹²³⁰ For an explanation of why there is no such temptation, see «2.3.3. *Incitement to hatred: Public Order Act 1986 (ss. 18-23 and 29B-29G)*».

¹²³¹ See section «1.5.3. *Intersection with offences relating to speech and expression*» in *Part I*.

¹²³² The **maximum penalty for the s. 1 of the MCA** is, on conviction on indictment, 2-years’ imprisonment and/or an unlimited fine, and on summary conviction, 1-year’ imprisonment and/or an unlimited fine. However, until the s. 154(1) of the CJA does not come into force, the maximum imprisonment penalty on summary conviction would be of 6-months. See s. 1(4) and 1(5) of the MCA, and s. 154(1) of the CJA. See also SENTENCING COUNCIL, *MCSG. Communication network* (2017).

¹²³³ During the parliamentary debate about the Malicious Communications Bill, John Patten, Minister of the State for the Home Office, explained that what would make the behaviour criminal rather than undesirable would be the malicious purpose in the offender’s mind. He put it even simpler when saying that they were not after the form or after an assessment of the success of the distressing purpose, they were after the perpetrator and after the malice associated to the act of sending such a communication. Sending letters making racist threats goes hand in hand with the inconceivable fear that would cause to the recipient. See HC Debate, Vol. 127, Cols. 623-624 (February 12, 1988).

*email message) is sent but fails to get 'delivered' to the recipient's mailbox due to a technical error or filtering software, it will still have been 'sent'.*¹²³⁴

According to the CPS, gross offensiveness is probably better established when assessing electronic communications motivated by hostility or with a hostility demonstration involved. An example given is sharing photos of dead people with protected characteristics right after a tragic event¹²³⁵. However, posting a tweet with no directly tagged recipient relies on the remote likelihood of receiving it by the intended recipient. BARKER/JURASZ state that the previous example would not reach the mens rea in s. 1 of the MCA, and it would be the s. 127 of the CA a more suitable option when tweeting or retweeting without alluding to someone in particular¹²³⁶. The Law Commission, more ambivalent, notes that is not entirely clear that unsought anxiety or distress¹²³⁷ causation to the recipient might be sufficient, even if it is foreseeable as a virtually certain consequence to the sender. Even when it is crystal clear that the offender has planned such a tweet for another to read it, the reference «to another person» included in the s. 1 of the MCA is an inescapable fact. In the 2018 unreported case of *Michael John Paley* about an online published blog post conveying false information contrary to s. 1 of the MCA, the defendant was convicted, and his subsequent appeal dismissed. However, due to the uncertainties surrounding the wording of the MCA about the conceivable recipient, the Criminal Cases Review Commission brought the case back to the Court of Appeal. Finally, the Court considered that the referred electronic communication via blog post was not sent to another person, even if it was about that person in particular¹²³⁸. However, this matter has never been undisputed. For example, an apparent different

¹²³⁴ In detail, see LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), pars. 4.17-4.21.

¹²³⁵ See CPS, *Guidelines on prosecuting* (2018), par. 55.

¹²³⁶ BARKER/JURASZ, *Online misogyny*, pp. 70 and 73. See also «b) Communications Act 2003 (s. 127)» within «2.3.1.2. Offensive comments».

¹²³⁷ Causing the victim considerable personal distress was the purpose in *R. v Penny* (2018), which confirms a malicious communication conviction under the s. 1 of the MCA. Bringing up the circumstances of that case might reveal possible convictions' standards. On November 2014, someone sent an email to the victim demanding £5,000 for not spreading compromising pictures to the victim's personal email contacts. Soon after, a sexually explicit picture of the victim gets into his inbox. There was also a final email demanding the referred amount. Later this day, after a friend warned him, he realised that similar pictures were near and far his Facebook account. The pictures were also linked with many others involving young girls, while there were comments falsely suggesting that he was embroiled in sexual offending against children. Besides the significant distress suffered, the victim experienced a detrimental impact on relationships with friends and colleagues. See *R. v Penny (Adam)* [2018] EWCA Crim 1827, par. 25. For a similar distressing and reported case of sextortion on social media, which is a recurrent form of blackmail, see *R. v Hobson* [2018] EWCA Crim 623, pars. 3-5.

¹²³⁸ LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), pars. 4.26-4.30 and 4.45.

approach was taken on the Peter Copeland unreported case. On February 2012, this Sunderland A.F.C. fan pleaded guilty of two counts under the MCA for sending grossly offensive racist tweets¹²³⁹ while he was arguing with a Newcastle United F.C. fan¹²⁴⁰. The applicability of s. 1 of the MCA is undoubtedly less controversial when it is a private and direct message sent by any social network to another individual.

Overall, the commonly high threshold for the s. 1 of the MCA is presumably a deterrent factor for cases such as the one mentioned by the CPS in the context of a fatal event¹²⁴¹. As the gross offensiveness and many other elements are overlapping with the s. 127(1)(a) of the CA, the appointed incapacities of the MCA are contributing to the rise of the CA convictions. As we will see, the s. 127 of the CA includes lesser penalties in comparison with the 2015 amended version of the s. 1 of the MCA¹²⁴². Nonetheless, this all is not to say that the MCA is underused. In fact, it has been extensively used concerning social media cases. More likely than not, the MCA is attracting online harassment cases, becoming a preferable option rather than the offences of the PHA. The crux of the problem is perfectly summed up by BAKALIS. Paraphrasing her, if someone sends racially abusive emails to a particular individual constituting a course of conduct that amounts to harassment, he or she will receive a notably higher penalty due to the racially aggravated nature of the offence. If the same kind of email is sent just once to a greater reading audience, even though it is controversial, then the offender might be prosecuted under the MCA without acquiring such an offence's nature and penalties attached. This

¹²³⁹ On 17th January 2012, he tweeted about the Newcastle United Football Club's Senegalese striker Demba Ba. He suggested his lips would explode at some point. On the same day, referring to the number of black players in the club and the Newcastle United's Toon Army, he wrote what follows: "*With the number of darkies in your fucking team, you should be called the Coon Army*". These tweets got approximately 50-60 interactions from other Twitter users.

¹²⁴⁰ Among others, see: "Charges over racist tweet about Newcastle United", *BBC News*, 18 January 2012; "Fan admits making racist tweets about Newcastle United", *BBC News*, 6 February 2012; "Man sentenced over racist tweets about Newcastle United", *BBC News*, 27 February 2012.

¹²⁴¹ For instance, s. 1 of the MCA was presumably pondered in the Grenfell Tower fire unreported case. A man finally pleaded guilty to two charges of breaching the CA, and was sentenced to three months of imprisonment for taking and sharing on Facebook pictures and a video of the body of a victim in the aftermath of the Grenfell Tower fire on June 2017. The posts did not go viral, but they were made public and potentially accessible for everyone. See LOGAN/GOZEN, "Reporting on sensitive", pp. 250-254.

¹²⁴² As initially enacted and until it was first ever superseded on 11th May 2001, the s. 1 of the MCA was just punishable as a fine. From then on, there have been no temporary changes over time concerning this matter, and the summary offence has been punishable by a fine or up to six months of imprisonment (or both). That has been the situation until the 13th April 2015, when there was a new amendment. Now the penalty on conviction on indictment is a fine or up to two years of imprisonment (or both), whereas it can still be summarily convicted to a fine or up to 12 months of imprisonment (or both).

logic is working against common sense, as the enhance element might be dropped in return for a guilty plea. Consequently, the stigmatic labelling would fade away too¹²⁴³.

b) Communications Act 2003 (s. 127)

The s. 127(1) of the Communications Act 2003¹²⁴⁴ is so broad that even those innocuous and non-criminal offline communications would be caught by it if committed online. As a conduct crime, the actus reus of the offence rests exclusively in making a communication (s. 127(1)(a) of the CA), which necessarily involves a grossly offensive, indecent, obscene or menacing message, or making such a communication to be so sent (s. 127(1)(b) of the CA), with complete disregard for the recipient. Even if there is no recipient, it would still be possible to criminalise the speech. As a result, the s. 127(1) of the CA leads to an especially uncontrolled punitivism, which, in turn, has led to many critical scholars trying to reveal the weaknesses and inconsistencies of such a legislative decision. As always, the case law will bring us reliable insights into the problem.

The mens rea for this offence, which is not explicitly given by law, demands that the defendant knew (intention) or at least was aware (objective awareness) that the message was couched in such a term that would be grossly offensive, indecent, obscene or menacing to whom the message relates¹²⁴⁵ but for a reasonable person¹²⁴⁶. And once again, to whom the message relates may have nothing to do with any immediate or eventual recipient. Such proscribed characters (grossly offensive, indecent, obscene and menacing) must be regarded as a question of fact¹²⁴⁷. However, at least until recently, there were many cases that embarked themselves on a perilous direction. They created a

¹²⁴³ BAKALIS, “Rethinking”, pp. 13-14.

¹²⁴⁴ The **maximum penalty for the s. 127(1) of the CA**, on summary conviction, is 6-months’ imprisonment and/or an unlimited fine. See s. 127(3) of the CA, s. 37 of the Criminal Justice Act 1982 and s. 85 of the Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012. See also SENTENCING COUNCIL, *MCSG. Communication network* (2017).

¹²⁴⁵ Although it is built in the negative, the Lord Bingham of Cornhill makes clear the underlying reasoning supporting the legislative silence: “(...) *Parliament cannot have intended to criminalise the conduct of a person using language which is, for reasons unknown to him, grossly offensive to those to whom it relates, or which may even be thought, however wrongly, to represent a polite or acceptable usage*”. See *DPP v Collins (Leslie George)* [2006] UKHL 40, paras. 9-11.

¹²⁴⁶ Later on, apart from introducing the judicial itinerary, we will have the chance to notice the many critiques that is still receiving *DPP v Collins* (2006) for suggesting that causation on a potential recipient to which the message relates is a determining element of the offence at hand. That is the criticism towards anyone who wants to deny –directly or indirectly– the involvement and guidance of a reasonable person who must preside over the correct categorisation of the message.

¹²⁴⁷ LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), par. 4.73.

climate of uncertainty and, even more, a chilling effect over those who wanted to exercise their right to freedom of expression. That was the *DPP v Woods* (2012) unreported case. Matthew Woods, aged 19, posted on his Facebook Wall some offensive posts about a five-year-old April Jones and 4-year-old Madeline McCann, two very young girls that were missing back then and feared dead. The comments were in bad taste but taken from another website and, according to the reported facts, while he was still drunk after a night out. The posts generated such discontent and urban mobilisation that some fifty people came to his house. Woods began by being arrested for his safety and eventually ended up admitting before a Magistrates' court to have sent a grossly offensive electronic communication. The magistrate Bill Hudson, when sentencing, stated that *"the reason for the sentence is the seriousness of the offence, the public outrage that has been caused"*¹²⁴⁸. Examining this ultimate reasoning, SCAIFE notes that criminal liability over free speech cannot be conditioned by palatable or tasteful speech¹²⁴⁹. The Magistrates' court gave much attention to the visibility of the posts but did not specify if the posts were public or merely accessible to the large list of Woods' friends on Facebook, nor was any mandatory analysis of Woods' intention or awareness required by the mens rea of the offence¹²⁵⁰.

¹²⁴⁸ See "April Jones: Matthew Woods jailed for Facebook posts", *BBC News*, 8 October 2012.

¹²⁴⁹ Examining another case of crudity in the words chosen and finally posted via Facebook, as was *R v Ahmed* (2012), CRAM intelligently reflects on a conviction imposed for sending a grossly offensive message. The message typed by a 20-year-old Azhar Ahmed, a Muslim teenager, was directly related to the death of six British soldiers in Afghanistan by a roadside bomb. The message, which openly criticised the social pain shared by the loss of these soldiers while other innocent people's lives seemed to be worthless, included the following statement: «*All soldiers should die & go to Hell! The lowlife fokking scum!*». The mother of one of those dead soldiers, while reading it, started to feel so upset that did not hesitate to bring it to the attention of the police. In sentencing Ahmed, the district judge stressed what follows: *"You were convicted on the basis that the message demonstrated your concern for the victims of war and your political views but also that you were prepared to use derogatory, disrespectful and inflammatory remarks to gain attention, regardless of the harm it would inevitably cause to others. (...) You posted the message in response to tributes and messages of sympathy that were being posted on the newsfeed. You knew at the time of posting that this was an emotive and sensitive issue"*. According to CRAM, Ahmed's lack of tact, as well as his incivility, may have been behind the time and interest invested in bringing Ahmed to trial and, although he avoided prison, to be convicted and sentenced. An unsophisticated language, accompanied by an insensitive tone at the worst time, was more probably than not the determining factor. The case was so controversial in the media that some even doubted if so much time and interest would have been spent judging Ahmed if he were not actually a Muslim or of Asian origin. Ahmed has possibly served as a scapegoat within a racist criminal justice system. In detail, see: "Azhar Ahmed sentenced over Facebook soldier deaths slur", *BBC News*, 9 October 2012; CRAM, «Parliamentary and judicial», pp. 215-216. Sentencing remarks by the District Judge available at: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Judgments/azhar-ahmed-sentencing-remarks-09102012.pdf>

¹²⁵⁰ See: SCAIFE, "The DPP and social media", pp. 5-10; SCAIFE, "Handbook of social media", pp. 135-138.

The judgment in *DPP v Woods* (2012) and the like seems to be clearly overruled by now, as the mens rea element of the s. 127(1)(a) offence has been well-established and consistently supported¹²⁵¹. The fact that the public or the social media community resulted in being grossly offended should not by itself amount to this offence. A message must be considered in its proper context and relevant circumstances to be regarded as grossly offensive, indecent, obscene or menacing. The main argument that seems to be employed in *DPP v Woods* (2012), the audience's reaction and outright rejection when reading the posts, cannot be an essential constituent of the offence. At best, it is an information of the utmost interest for judges when they come to determine if the messages were of such a proscribed nature. Even so, the *Chambers v DPP* (2012) case was indeed the one that caused considerable confusion in this regard. In particular, the following statement seems to impose an additional matter to attend: “(...) a message which does not create fear or apprehension in those to whom it is communicated, or who may reasonably be expected to see it, falls outside this provision, for the very simple reason that the message lacks menace”¹²⁵². The fear or apprehension causation apparently calls for a result for an offence that we have previously considered a conduct crime. In this particular point, the Law Commission advocates for an understanding in full consonance with *DPP v Smith* (2017), that reads as follows: “(...) whilst in *Chambers* the court decided, on the very particular facts of that case, that the application of that objective test [the actus reus of the s. 127(1) of the CA] does not necessarily exclude from consideration the reaction of, or any effect on, a person who had actually received or read the relevant message, the need for any such consideration was likely to be relatively rare, and the weight attached to it was likely to be relatively limited”¹²⁵³. Therefore, any additional requirements for the actus reus of the offence are not imposed. Any impact upon the recipient¹²⁵⁴ is just

¹²⁵¹ See, most notably, in: *DPP v Collins (Leslie George)* [2006] UKHL 40, pars. 9-11; *Chambers (Paul) v DPP* [2012] EWHC 2157 (Admin), par. 38; CPS, *Guidelines on prosecuting* (2018), par. 14.

¹²⁵² *Chambers (Paul) v DPP* [2012] EWHC 2157 (Admin), par. 30.

¹²⁵³ *DPP v Smith (Kingsley Anthony)* [2017] EWHC 359 (Admin), pars. 28 and 33. This case involved an individual who posted publicly accessible extremist messages on his *Google+* account's profile page with some previously downloaded videos of YouTube attached.

¹²⁵⁴ For being so recent, it is worth mentioning a case related to the racism scandal about England's Black football players (Marcus Rashford, Jadon Sancho and Bukayo Saka) in July 2021. As these three players missed their decisive penalties in the 2020 Euro Cup final, England failed to win the long-awaited gold medal in a European Championship. All three of them became scapegoats immediately after the Euro Cup final was over. For instance, Scott McCluskey (43) watched the game at home and decided to post racist comments about these players on his Facebook account. Apparently, among the many Facebook friends that saw the vile racist comments posted by him, at least one “was taken back to issues with the racism she experienced as a child and felt angry, upset and disappointed at having seen such a message in her own home”. Although McCluskey pleaded guilty to a charge under the s. 127(1) of the CA, there was finally a

one more factor to assess with many others while taking the facts as a whole. Definitely, it is not part of the minimum prerequisites of the s. 127(1) of the CA¹²⁵⁵.

All the above-mentioned is usually represented with a recurring example that would act here as a paradigm of a senseless punitivism. That is the case of a racist talking over the Internet to another while using grossly offensive language. It would be neither an offline offence nor a malicious communication (s. 1 of the MCA), but it will still be a misuse of a public electronic communication network (s. 127(1)(a) of the CA). Such Internet users would be absolutely aware that the grossly offensive terms used were also of such character to those to whom the conversation relates (e.g. Black people) and they surely intend that terms to be understood in that sense¹²⁵⁶. The Law Commission goes much further when stating that even messages that are sent to oneself might be prohibited by the s. 127(1) of the CA¹²⁵⁷. And if that were not enough for the worrying lack of certainty and predictability in the application of the law, it is convenient to raise and minimally develop other concerns that have undergone different critical approaches.

As we needed to bring forward elsewhere, the communicated message has to be formulated in a way that would be considered to be grossly offensive, indecent, obscene or menacing to whom it relates. This salient quality of the message would more frequently than not lead to a disputed factual contention; that is, the lawfully settled characters are verifiable as a fact. These all are certainties with nobody opposing, but we better turn now to introduce the hidden deficiencies or difficulties unattended. In GILLESPIE's view, as a taste of what's to come, the s. 127(1) of the CA is now more uncertain than ever before¹²⁵⁸, and that is especially true if one considers the new dimensions that a world-wide computer network favours. For that very reason, it is probably wiser to approach the proscribe characters one by one so we can fully grasp the magnitude of the problems that arise from them. The «gross offensiveness» would be, for sure, the one deserving our most significant efforts to shorten the extensive literature built around it.

sentence uplift due to the racial element involved. See: "Cheshire man sentenced for racist abuse of England players", *CPS Press*, 8 September 2021.

¹²⁵⁵ LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), pars. 4.74-4.76.

¹²⁵⁶ The example was given by the Lord Brown of Eaton-Under-Heywood in *DPP v Collins* (2006), even though it was related to the public telephone system. It has been extensively reproduced thereafter. See *DPP v Collins (Leslie George)* [2006] UKHL 40, pars. 26-27.

¹²⁵⁷ LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), par. 4.78.

¹²⁵⁸ GILLESPIE, "Offensive communications", p. 236.

As its name suggests, gross offensiveness¹²⁵⁹ has always been considered something added to a sensibility affront. Before and now it is considered an enhanced offensiveness lacking of any further clarification¹²⁶⁰. What qualitatively separates both offensiveness and gross offensiveness realities is so vague that punitive inconsistency followed by the overcriminalisation are inescapable consequences for those engaged in the statutory interpretation. This is a pending task, but there are many others to address yet. As we will notice soon, gross offensiveness within the communication laws is still posing many different challenges to a highly cited statement given by the ECHR on *Handyside v UK* (1976). According to it, freedom of expression is part and parcel of any democratic society, and it is applicable “(...) *not only to ‘information’ or ‘ideas’ that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population*”¹²⁶¹. Let us see now how in the *DPP v Collins* (2005/2006) landmark case were introduced worrisome self-assertive views to the point of possibly weakening such a standard.

For two years (2002-2004), Leslie George Collins was making phone calls to the constituency and Westminster offices of his Member of Parliament. Sometimes he spoke to a member of the MPs staff, but others he just left recorded messages for them –or the MP himself– to listen when possible. It turned out that Collins held strong views on immigration, asylum policy and the provision of public support for immigrants and asylum seekers. In particular, he referred to them as “wogs”, “Pakis” and “black bastards”. Those who finally heard Collins or his voice messages did never belong to these kind of minority groups. Anyhow, Collins was prosecuted under the s. 127(1)(a) of the CA, but the Leicester Magistrates Court acquitted him after appealing to the reasonable person test, and so did the High Court of Justice when dismissing the

¹²⁵⁹ The unreported case of Joshua Cryer, dated on 21st March 2012, is an example of a successful conviction under s. 127(1)(a) of CA 2003 owing to a grossly offensive message sent via the internet that turned out to be racially aggravated. In this case, the prosecution noted that the 21 years old law student at Newcastle University Joshua Cryer intended to insult and abuse Stan Collymore, a former football player star born in England with Barbadian ancestors from the father’s side of the family. Cryer posted on Twitter these messages up to seven times over a period of days according to the prosecution. The Newcastle Magistrates’ Court passed sentence aggravating the penalty because he acted in an intentionally racist way despite not being an inherently racist person. See “Stan Collymore Twitter race abuser Joshua Cryer sentenced”, *BBC News*, 21 March 2012.

¹²⁶⁰ In detail, for a historical overview of gross offensiveness in the many laws that covered it and until getting to the modern technologies’ revolution, see LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), pars. 5.1-5.38.

¹²⁶¹ *Handyside v UK* [1976] 1 EHRR 737, par. 49 (emphasis added).

subsequent appeal by the DPP. A reasonable person would in any case have found the messages neither inoffensive nor grossly offensive; they were just offensive. However, following Lord Justice Sedley on the Court of appeal, it was perfectly inferable that if any member of the MP's offices had been a member of any of those groups to which Collins racially remarks to, the messages would surely have been considered grossly offensive. The offensive messages, considering their context and particular circumstances¹²⁶² in which they were communicated, need to be read from the reaction that would a reasonable person have in an open and multi-racial society¹²⁶³. While the latter served not to convict Collins, the DPP again appealed, and the House of Lords unanimously used this reasoning to the contrary. For this to happen, Lord Bingham introduced an extra nuance that made the verdict evolve in the direction of sentencing Collins: *"The test is whether a message is couched in terms liable to cause gross offence to those to whom it relates"*¹²⁶⁴.

For some, it seems to contradict the s. 127(1)(a) when stating that a message must be, objectively, grossly offensive. No margin appears to leave for interpreting the section in the sense that a sector of the population (in this case, ethnic minorities), if effectively heard or read a message by chance, must have undergone any change –such as gross offensiveness– by the racist remarks uttered. This factor, like many others (e.g. Collins' intention), will be part of the particular circumstances surrounding the case, but it should

¹²⁶² An example will suffice to facilitate comprehension and importance over this matter. Chelsea Russell, a 19 years old British teenager, was convicted in April 2018 under s. 127(1)(a) of the CA 2003 for sending a grossly offensive message over Instagram, and the penalty imposed by Sefton Magistrates' Court was also increased after the act was considered to be racially aggravated. The information surrounding the case was scarce, but caused a great stir and sowed many doubts about the appropriateness of the prosecution. The facts are that the defendant quoted some lyrics of a black American rapper, known as Snap Dogg, in her Instagram profile: *"(...) slap a bitch nigga, kill a snitch nigga, rob a rich nigga"*. She said it was to pay tribute to a 13 years old Frankie Murphy who died while riding his bike in a road traffic crash in 2017. And she probably did because that song was Murphy's favourite, as many other users were doing the same at that time. Although the prosecutors were unable to charge anybody in Murphy's case, they surprisingly found here that the message was grossly offensive (they encourage slapping, killing and robbing) regarding a clearly defined race (a black person).

This case goes in the opposite direction to what was stated by the CPS in the guidelines, in effect as of 10th October 2016, for prosecutors on cases involving communications sent via social media. In particular that each case concerning s. 127 of CA *"(...) must be decided on its own facts and merits and with particular regard to the context of the message concerned"*. Further, the earlier reference to context also requires to assess the particular circumstances of the communication; notably, if there was a collective messaging in similar terms so that the suspect consciously contributed to, this could be interpreted in the sense of normalising the act. Apart from that all, the same song was previously performed in front of a huge festival's audience, without challenging its legality at any time. See: "Woman guilty of 'racist' Snap Dogg rap lyric Instagram post", *BBC News*, 19 April 2018; CPS, *Guidelines on prosecuting* (2018), par. 27; LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), pars. 5.79-5.80.

¹²⁶³ *DPP v Collins (Leslie George)* [2005] EWHC 1308 (Admin), pars. 3, 5, 11 and 12.

¹²⁶⁴ *DPP v Collins (Leslie George)* [2006] UKHL 40, par. 9.

not be understood as a determinant by itself¹²⁶⁵. According to KOHL, a contrary position would be openly adducing that there is infinity of gross offensiveness conceptions; as many as social groups in a heterogeneous society¹²⁶⁶. If so, it reasonably seems to me that legal certainty will be undermined. Moreover, many scholars have resorted to a suspicion about what the judges appointed to the House of Lords (also called Lords of Appeal in Ordinary or Law Lords) intended to set in *DPP v Collins* (2005/2006). In fact, in a more roundabout way compared to the Lord Bingham previous quotation, Lord Carswell held that also “(...) *reasonable citizens, not only members of the ethnic minorities (...), would find them [the terms used] grossly offensive*”¹²⁶⁷. If we read between the lines, it can be assumed either of the two main following interpretations. Firstly, that full coincidence exists between the test of a reasonable person and the perspective of the minority group to whom the message relates. And last but not least, that the reasonable person test has to be the one that prevails if any discrepancies between them end up arising; that is, to act as a correcting mechanism. Lord Carswell's ambiguous use of language makes both interpretations plausible.

According to GIBBONS, echoing what *Handyside v UK* (1976) already pointed out, criminal law cannot prohibit communications exclusively adjusting to the set of moral values imposed by a social group about what should be understood as offensive. If we assume the basis that the offensive speech is of that character insofar as to whom it relates would find it objectionable in an open and multi-racial society, the s. 127(1)(a) of the CA would potentially catch almost all of the stereotyped discourses¹²⁶⁸. For that very reason, the kind of restriction that the offensive communications might have must be drawn away from the content of the message and move it to the tone in which the offender is supporting the message. In short, the advocacy of opinion or ideas cannot be restricted, which does not prevent an especially belligerent communicative act to be so accordingly. GIBBONS simplifies the argument when noting that the more aggressive the attitude and the more self-focused on particular individuals, the grosser the attack; and the grosser the

¹²⁶⁵ Among others, joining this view, see D.C.O., “Grossly offensive”, p. 795.

¹²⁶⁶ KOHL, “Islamophobia”, pp. 115-117.

¹²⁶⁷ *DPP v Collins (Leslie George)* [2006] UKHL 40, par. 22.

¹²⁶⁸ In line with this logic, the potentially uncontrollable reach of the s. 127(1)(a) of the CA is well exposed by this author as follows: «Racist speech is an especially ugly example of the objectionable speech that is covered, but any messages that denigrate others through stereotypical and insulting depictions of their personal characteristics may also be vulnerable to prosecution. Other examples could include remarks about the poor, the unemployed, asylum seekers, women, religious fundamentalists, homosexuals, the mentally disordered or the disabled». GIBBONS, “Grossly offensive”, p. 138.

form of the message, the more offensive the speech¹²⁶⁹. However, this seems to me that raises legitimate questions, as it is especially challenging to get into the attitude of the message sender when typewriting a tweet. If we try, this may force us to assess aspects such as the number of exclamation marks that are placed, also making the first filtering on the possible ironic content behind.

The Alison Chabloz case is also gloomily well known in the UK. Chabloz is a Holocaust negationist singer who, it seems from the latest news at the time of writing¹²⁷⁰, has not stopped being so despite her judicial vicissitudes. Chabloz was convicted in 2018 at Westminster Magistrates' Court for three anti-Semitic songs recorded in videos in which she could be seen singing. In the first video, corresponding to two of those songs, Chabloz sings for an audience in a central London hotel in 2016. The video was not uploaded to *YouTube* by her but by another user. However, Chabloz embedded the hyperlink on her blog. The second video containing the last song was not for an audience, despite being uploaded by herself on *Youtube* in 2017.

On appeal, the prosecution noted that all three songs were grossly offensive, but the appellant noted that they were just offensive and dressed up as satire. At most, they could be described as silly songs. The problem was that two of those songs also used tunes from well-known Hebrew songs, so the prosecution simply could not dismiss it as an accident. Tunes were used as a "*deliberate attempt to increase the insulting effect*" of each song¹²⁷¹, according to the prosecution. In addition, Chablez caused two of these songs to be sent by embedding the link on his blog, while the third song was sent directly from the very moment he uploaded the video to the *YouTube* platform. Although Chablez's digital conduct was admitted from the beginning, the appellant denied that this could amount to sending or causing to be sent a message or other matter, as required by law.

¹²⁶⁹ In detail, see GIBBONS, "Grossly offensive", pp. 136-138.

¹²⁷⁰ Chabloz was found guilty again for sending offensive messages on a public communications network. In addition, she has failed to comply with a Court order not to publish anything on social media for twelve months. In doing so, she is in breach of the conditions imposed on her two-year suspended sentence to avoid the 20 weeks' imprisonment to which she was sentenced in 2018. See: "Anti-Semitic blogger, 56, who believes 'Hitler was right' is jailed for 18 weeks for saying Jewish people use Holocaust as 'eternal cash cow'", *Daily Mail*, 1 April 2021; "Alison Chabloz jailed for anti-Semitic radio show comments", *BBC News*, 7 April 2021.

¹²⁷¹ *R v Chabloz (Alison)* [2019] Southwark Crown Court, par. 8.

Applying the open and multi-racial society standard, which the Court recognises is not perfect, it was stated the following: *“Each song must be judged in context and with regard to all relevant circumstances. A song will almost certainly be grossly offensive if couched in terms liable to cause gross offence to those to whom it relates: in those circumstances, reasonable persons would be expected to find it grossly offensive. In this context we record our finding of fact that each song relates to Jews generally”*¹²⁷². However, once the court found that the songs were grossly offensive, the mens rea of the offence had to be established as well. In fact, as noted, *“the appellant is not guilty unless we are also sure either that she intended it to be grossly offensive to Jews, or at the very least was aware that it might be perceived as being grossly offensive to them”*¹²⁷³. The Court concludes that Chabloz *“positively intended”* each song to be grossly offensive to Jews. In this respect, the Court makes some final observations: *“[A]lthough part of her intended audience on YouTube was persons sharing her own warped outlook, she embedded the hyperlink [Charges 1 and 2] and uploaded the video [Charge 3] in the hope that those who saw and heard the songs would include Jewish people who would be grossly offended by them”*¹²⁷⁴. In short, the Southwark Crown Court upheld the sentence imposed by the Westminster Magistrates’ Court in 2018.

Without going into tedious procedural issues, in *Chabloz v DPP* (2019) Lord Justice Coulson noted on behalf of the High Court of Justice that she *“was endeavouring to widen the distribution of her own material”* by making it available via hyperlinks. As this point clearly reflects, *“the purpose of setting up the link was to cause the material to be sent”*, and it was achievable as far as was precisely Chabloz who *“set in train the sending process”*. Though were completely unknown, there do were *“intended recipients”* to reach out. It was not the visitor’s fault that caused the material to be sent by clicking on the hyperlink. We must not shift responsibility¹²⁷⁵. Possibly, the High Court’s last remark is the most remarkable one: *“[T]he fact that the message in question was sent to the YouTube bunker in California, rather than, say, to the applicant’s next-door neighbour,*

¹²⁷² *R v Chabloz (Alison)* [2019] Southwark Crown Court, par. 10. To see one by one how the Court determines that the songs are to be characterised as grossly offensive, see pars. 24-26.

¹²⁷³ *R v Chabloz (Alison)* [2019] Southwark Crown Court, par. 11.

¹²⁷⁴ *R v Chabloz (Alison)* [2019] Southwark Crown Court, par. 27.

¹²⁷⁵ The High Court of Justice made this idea perfectly intelligible: *“[T]he applicant was telling people that there was a video of her singing her songs and providing them with the means by which with one click they could access those performances. That was an unequivocal endorsement of the material”*. *Chabloz (Alison) v DPP* [2019] EWHC 3094 (Admin), pars. 28-30, 33 and 38.

is irrelevant in law. The offence (...) was made out when the video was uploaded to YouTube by the applicant with the intention that people might view it"¹²⁷⁶.

To determine whether a post is grossly offensive or not, checking the context and timing for such a posting are decisive indicators. For example, in the case of a terrorist attack that had just happened, it would be relevant to observe if there was "*considerable fear amongst communities of further attacks*" or if "*people were critically injured and in hospital*" when posting the message¹²⁷⁷.

Moving now to consider indecency and obscenity, both have been historically treated by law as an objective fact which was measurable by looking to the contemporary and reasonable standards of decency or property¹²⁷⁸. A standard that should be assessed from the perspective of an ordinary right-thinking person. Therefore, any communicating material that exceeds it would be automatically falling into these categories. However, that standard was neither unmovable nor unique. In addition to the sociocultural context of the message, one should attend the seriousness of the breach of propriety; indecency would represent, according to a usually referred case law, the lower end of the scale, whereas obscenity would occupy the upper end of it¹²⁷⁹. Despite the praiseworthy attempts, the Law Commission considers that these are generalisations that can hardly provide solutions. At no time the exact meaning of the terms and the distinction between them has been clarified. Focusing the interest in the supposed lower section of the scale, the indecency, GILLESPIE alerts that practically any sexualised conversation is capable of being criminalised by making use of the s. 127(1) CA (e.g. two adults who, with mutual consent, exchange naked photos through their mobile devices). In fact, the mens rea of the offence is satisfied with nothing more than knowing or being aware that the content of the message already sent was, for example, indecent. This author appeals to the

¹²⁷⁶ *Chabloz (Alison) v DPP* [2019] EWHC 3094 (Admin), par. 41.

¹²⁷⁷ HM GOVERNMENT, *Action against hate* (2018), p. 13.

¹²⁷⁸ *DPP v Collins (Leslie George)* [2005] EWHC 1308 (Admin), par. 10.

¹²⁷⁹ Lord Parker stated so in *R. v Stanley* (1965): "*The words 'indecent or obscene' convey one idea, namely offending against the recognised standards of propriety, indecent being at the lower end of the scale and obscene at the upper end of the scale*". On this same idea, we can also highlight Lord Reid's words in *Knüller v DPP* (1973) concerning what indecent actually includes: "*anything which an ordinary decent man or woman would find to be shocking, disgusting or revolting*". Also relying on case law, the CPS determines that obscene communications are not just indecent but also shocking and lewd. See: *R. v Stanley* [1965] 2 QB 327, at p. 333; *Knüller v DPP* [1973] AC 435, at p. 458; CPS, *Guidelines on prosecuting* (2018), par. 26.

confidence in the prosecutors' common sense when charging, while also raises some concerns about the aptness of indecency to become here a criminal threshold¹²⁸⁰.

Finally, menacing message is the one left to consider. In *DPP v Collins* (2005), on appeal and before the High Court of Justice, Lord Justice Sedley observed that a menacing message was “*a message which conveys a threat – in other words, which seeks to create a fear in or through the recipient that something unpleasant is going to happen*”. Anyhow, it was set that it is all about the message, not the content. The content may vary easily from menacing to innocuous (or vice versa) without leaving out a single word¹²⁸¹. In *Chambers v DPP* (2012), on 6th January 2010, a tweet was readable directly to Chambers' 600 followers and indirectly to all the Twitter community as follows: “*Crap! Robin Hood airport is closed. You've got a week and a bit to get your shit together otherwise I'm blowing the airport sky high!!*”. Chambers, whose girlfriend was in Belfast, had planned to travel her when he noticed that the airport of origin was closed due to adverse weather conditions. Immediately afterwards, he decided to let off steam on Twitter and this led to a case that would be commonly known as the «Twitter joke trial». According to the High Court, it was not a menacing message once some value was given to the context and circumstances surrounding it. Neither the staff of the Robin Hood Airport Doncaster Sheffield located in Doncaster (South Yorkshire, England) nor the Twitter users took the threat seriously, even though acts of terrorism were a matter of concern back then. In order to be menacing, which is described as the most serious proscribed character of the offence¹²⁸², a message must create fear or apprehension on the targeted individuals. It is not that s. 127(1) of the CA is a result crime; it is that the absence of such feelings on the recipient reveals that no menacing character is involved. In the words of the Court, “*(...) if the person or persons who receive or read it, or may reasonably be expected to receive, or read it, would brush it aside as a silly joke, or a joke in bad taste, or empty bombastic or ridiculous banter, then it would be a contradiction in terms to describe it as a message of a menacing character*”¹²⁸³. In this case, the following factors were crucial: a) The normality of the subsequent offline

¹²⁸⁰ In detail, for all being said, see: GILLESPIE, “Obscene conversations”, pp. 358-359; LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), pars. 6.77-6.87.

¹²⁸¹ *DPP v Collins (Leslie George)* [2005] EWHC 1308 (Admin), pars. 9 and 10.

¹²⁸² *Chambers (Paul) v DPP* [2012] EWHC 2157 (Admin), par. 38.

¹²⁸³ *Chambers (Paul) v DPP* [2012] EWHC 2157 (Admin), par. 30.

reaction to the tweet¹²⁸⁴; b) the lack of a definite recipient¹²⁸⁵; c) the lack of the seriousness of the message and the carefulness of the offender by not covering his identity¹²⁸⁶; and d) a suspicious lack of will when it comes to restricting other users access to the message or acting in the way described on the tweet¹²⁸⁷.

For a conviction example due to the menacing nature of the message, as well as racially aggravated, we can turn to *CPS v Lord St Davids* (2017). In this case, Rhodri Colwyn Philipps, who belongs to one of Britain oldest aristocratic dynasties, was found guilty on 11th July 2017, of posting menacing messages on his Facebook account. These communications lead to three charges under s. 127(1)(a) of CA 2003, but just one finally received an uplift for the racially aggravated feature. This post, racially fueled, was directed against the businesswoman and anti-Brexit campaigner Gina Miller, a Guyanese descent. The threat of a reward for killing Ms. Miller¹²⁸⁸ was menacing and committed showing hostility based on her race or ethnic origin. It also caused a pull effect, since the number of messages started to increase significantly on social media by next weeks. The

¹²⁸⁴ Robin Hood's Airport Duty Manager Shaun Duffield, who was on his day-off, was searching for the Internet presence of the airport and suddenly he found the Paul Chambers tweet as mentioned above. He sent it via email to his immediate supervisor Mr. Armson, who was responsible for classifying a threat as credible or non-credible. He marked as non-credible, and neither Mr. Duffield nor Mr. Armson considered it to be menacing at no time. Then, as required by the standard procedure, the tweet was reported to the airport police, and finally to South Yorkshire police. No special measures were taken to secure the airport or passengers. Once the investigation finished, almost one month apart since it started, an officer made the following revealing observation on the South Yorkshire Police Crime Management System: "(...) *there is no evidence at this stage to suggest that there is anything other than a foolish comment posted on Twitter as a joke for only his close friends to see*". Despite everything, the police contacted the CPS for advice and Chambers resulted in being charged. According to the CPS, the message was "*menacing per se*" and the fact that the airport police decided to put it on the South Yorkshire police was sufficiently demonstrative of such a nature. See *Chambers (Paul) v DPP* [2012] EWHC 2157 (Admin), pars. 13-17.

¹²⁸⁵ Concerning this particular, the Court stated that "(...) *although it purports to address 'you', meaning those responsible for the airport, it was not sent to anyone at the airport or anyone responsible for airport security, or indeed any form of public security*". See *Chambers (Paul) v DPP* [2012] EWHC 2157 (Admin), par. 31.

¹²⁸⁶ In the Court's view, "*the language and punctuation are inconsistent with the writer intending it to be or to be taken as a serious warning. Moreover, (...) it is unusual for a threat of a terrorist nature to invite the person making it to ready identified, as this message did*". *Chambers (Paul) v DPP* [2012] EWHC 2157 (Admin), par. 31.

¹²⁸⁷ It is interesting to note the reflection made by the court on this matter: "(...) *although we are accustomed to very brief messages by terrorists to indicate that a bomb or explosive device has been put in place and will detonate shortly, it is difficult to image a serious threat in which warning of it is given to a large number of tweet 'followers' in ample time for the threat to be reported and extinguished*". *Chambers (Paul) v DPP* [2012] EWHC 2157 (Admin), par. 31.

¹²⁸⁸ The exact words posted by the defendant the 7th November 2016, read as follows: "*£5,000 for the first person to 'accidentally' run over this bloody troublesome first-generation immigrant. This fucking boat jumper comes to our country, then believes she knows better than the people of our country, what is best for us. If this what we should expect from immigrants, send them back to their stinking jungles*".

Westminster Magistrates' Court finally imposed eight weeks of imprisonment plus four more because of being racially aggravated¹²⁸⁹.

2.3.2. Public order: *Public Order Act 1986* (ss. 4, 4A and 5)

We have already mentioned when introducing Part I of the POA's lower-level offences that under the s. 4A rest the ones that, rightly or not, have been applied to expressive activities online. As it is also known, the division of this chapter aims to work in-depth the most relevant case law concerning cyberhate. Thus, there is a need to preserve this sense and address the intentional harassment, alarm or distress (s. 4A)¹²⁹⁰ above all else. Finally, if only for the potentiality of reaching the online arena, efforts will be made to delineate the main features –and differences– of the offences of fear or provocation of violence (s. 4)¹²⁹¹ and those of the likelihood to cause harassment, alarm or distress (s. 5)¹²⁹².

The s. 4A of the POA is a multifaceted offence. On the one hand, the s. 4A(1) makes an offence using threatening, abusing or insulting words or behaviour, or disorderly behaviour (s. 4A(1)(a) of the POA). On the other hand, it makes an offence the conduct consisting on displaying any threatening, abusive or insulting writing, sign or other visible representation (s. 4A(1)(b) of the POA). One action or the other, the impact of causing someone harassment, alarm or distress is mandatory in any case. Thus, unlike offences

¹²⁸⁹ *CPS v Lord St Davids* [2017] EW Misc. 23 (MC).

¹²⁹⁰ The **maximum penalty for the s. 4A of the POA** is, on summary conviction, 6-months' imprisonment and/or an unlimited fine. In the case of the racially or religiously aggravated intentional harassment, alarm or distress, the **maximum penalty for the s. 31(1)(b) of the CDA** is, on conviction on indictment, 2-years' imprisonment and/or an unlimited fine, and on summary conviction, 6-months' imprisonment and/or an unlimited fine. See s. 4A(5) of the POA, s. 31(4) of the CDA, s. 37 of the Criminal Justice Act 1982 and s. 85 of the Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012. For MCSG on s. 4A of the POA and s. 31(1)(b) of the CDA, see SENTENCING COUNCIL, *MCSG. Disorderly behaviour with intent* (2020).

¹²⁹¹ The **maximum penalty for the s. 4 of the POA** is, on summary conviction, 6-months' imprisonment and/or an unlimited fine. In the case of the racially or religiously aggravated fear or provocation of violence, the **maximum penalty for the s. 31(1)(a) of the CDA** is, on conviction on indictment, 2-years' imprisonment and/or an unlimited fine, and on summary conviction, 6-months' imprisonment and/or an unlimited fine. See s. 4(4) of the POA, s. 31(4) of the CDA, s. 37 of the Criminal Justice Act 1982 and s. 85 of the Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012. For MCSG on s. 4 of the POA and s. 31(1)(a) of the CDA, see SENTENCING COUNCIL, *MCSG. Threatening behaviour* (2020).

¹²⁹² The **maximum penalty for the s. 5 of the POA** is, on summary conviction, of £1,000 fine. In the case of the racially or religiously aggravated harassment, alarm or distress, the **maximum penalty for the s. 31(1)(c) of the CDA** is, on summary conviction, of £2,500 fine. See s. 5(6) of the POA, s. 31(5) of the CDA and s. 37 of the Criminal Justice Act 1982. For MCSG on s. 5 of the POA and s. 31(1)(c) of the CDA, see SENTENCING COUNCIL, *MCSG. Disorderly behaviour/racially* (2020).

under ss. 4 and 5, this is a prime example of what actually is a result crime¹²⁹³. Although this and many other relevant details may differ, the previous structure providing two limbs with a final common condition would be consistent in ss. 4, 4A and 5 of the POA. This is not merely an organisational or a trivial matter. In the virtual environment, as already developed in the first part of this chapter, any act of displaying material is a notably less challenging formula comparing to the use of words or behaviour. Therefore, and also noting that s. 4A has been seldom applied, it is convenient to focus on this parallel and more suitable path. This philosophy will be equally relevant for ss. 4 and 5 of the POA even if they remain unused.

There are striking resemblances between the offence under s. 4A of the POA and the harassment or stalking offences under the PHA¹²⁹⁴, to such a degree that the former adds nothing more than duplicity and uncertainty in the words of GEACH/HARALAMBOUS. For them, the solution is to repeal both s. 4A¹²⁹⁵ and its closer s. 5 of the POA. Actually, the s. 5 operates as a less serious offence comparing to the one sanctioned in s. 4A of the POA, even though the elements of the s. 4A and 5 offences are nearly the same. Therefore, it is necessary to carry out an exercise of showing, if any, the most common implementation niches for these offences. To this end, we are more interested in differences than similarities¹²⁹⁶. And those differences are more notable and relevant as

¹²⁹³ LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), par. 8.113.

¹²⁹⁴ Mr. Justice Ramsey in *AMP v Persons Unknown* (2011), also referring to the vision upheld by Mr. Justice Nicol in *S&D Property Investments v Nisbet and French* (2009), pointed to a virtual overlapping between s. 4A of the POA and the offences covered by the PHA. The Law Commission noted that both Acts are, theoretically, enforceable in different contexts, but also indicating that from a practical perspective the PHA would be preferable in a case in which a course of conduct is drawn. See: *AMP v Persons Unknown* [2011] EWHC 3454 (TCC), par. 42; *S&D Property Investments v Nisbet (Christian) and French (Stephen)* [2009] EWHC 1726 (Ch), par. 68; LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), par. 8.23.

¹²⁹⁵ At least in part, the PHA offences were said to be passed for solving the already failed s. 4A. See GEACH/HARALAMBOUS, "Regulating harassment", p. 256.

¹²⁹⁶ Among the many and interesting similarities, there is one that stands out. Both the s. 4A(3)(b) and the s. 5(3)(c) let in the hands of the defendant (reverse burden of proof) the reasonableness defence to the offences under the ss. 4 and 5, and so the chance of imposing no conviction at all. To this end, the defendant has to show that, on the balance of probabilities and more likely than not, his conduct was reasonable. This point, which is vague and uncertain in appearance, would be assessed by looking to the evidence as a whole and through the lens of the objective standards of reasonableness. For the earliest reported cases addressing this issue on s. 5 of the POA, see: *DPP v Clarke (Michael Edward) & Others* [1992] 94 Cr. App. R. 359; *Poku (Kwasi) v DPP* [1993] Crim. L.R. 705; *DPP v Morrow* [1994] Crim. L.R. 58.

In *Norwood v DPP* (2002) was noted that once the mental element of the s. 5 is proved, and so we can move to the defence of s. 5(3), in most cases the conduct would remain objectively unreasonable. Interestingly, it also makes clear that the hostility element within the aggravated form of the offence (s. 31(1)(c) of the CDA) would make the unreasonableness to be "especially" strengthened. See *Norwood (Mark Anthony) v DPP* [2002] EWCH 1564 (Admin), par. 39.

far as the mens rea is concerned, but we will start by looking into the actus reus of the offence before reaching that stage.

Concerning the PHA offences, it is well noticing that alarm or distress are just two species within harassment all-encompassing term, which will be reached by a non-negotiable course of conduct amounting to it. On the contrary, harassment in s. 4A or 5 of the POA is at the same level as alarm or distress, so it does not include but becomes alternative to them¹²⁹⁷. They have to be assessed on the basis of concrete individual facts and circumstances, not on the basis of a theoretical effect on a reasonable person. Unlike in the PHA, a course of conduct is not required in the POA, so a one-off incident (e.g. losing your temper when typing on computer) is perfectly prosecutable¹²⁹⁸. And if a single act would be enough, another problem is riskily added here: “*distress*” is a slippery slope towards an infinite number of expressive acts¹²⁹⁹ whose punishment will often be counterproductive. As an example of the latter, ROBERTSON warned of certain forms of expression that are commonly used to seek such a distressful outcome to those causing, or who are perceived to be causing, or those indifferent to injustice, poverty or oppression¹³⁰⁰. This would be the case of rap songs as a vehicle for the particularly intense claims that go beyond their purely demanding perspective. In other respects, that is, apart from causing (s. 4A of the POA) or likely causing (s. 5 of the POA) harassment, alarm or distress, both the s. 4A and 5 of the POA have the very same elements for the actus

¹²⁹⁷ A few early thoughts on these terms can be found, if wanted so, at SMITH, *The offences*, par. 7.07.

¹²⁹⁸ Also, the s. 4A was not intended to outlaw typical racial harassment, or any other, since the conduct requires an identifiable victim upon whom to project the causation of harassment, alarm or distress. Thus, back in 1994 when s. 4A was introduced to the POA (s. 154 of the Criminal Justice and Public Order Act 1994), CARD/WARD cleverly thought as follows: If members of the most vulnerable groups in society (e.g. Blacks, Arabs, etc.) are afraid of being identified by the criminal justice system, due to possible reprisals, then section 4A is not directly framed for them. In fact, racist messages (e.g. racist graffiti) are often represented in abstract form; that is, not to anyone in particular but to the community at large. At the very least, it was a risk to be identified as the person who had felt alluded to by such racist and vague claims. CARD/WARD, *The Criminal Justice*, par. 4.86.

¹²⁹⁹ CARD is of the view that, among the different terms (harassment, alarm or distress) that the law requires to be caused (s. 4A of the POA) or likely to be caused (s. 5 of the POA), distress is the most subjective one. Thus, it sets an uncertain conviction standard. See CARD, *Public order law*, par. 4.30.

¹³⁰⁰ ROBERTSON, *Freedom*, pp. 90-91.

reus¹³⁰¹, except that the s. 57(2) of the Crime and Courts Act 2013, in force by 1st February 2014, removed the word «*insulting*» from the s. 5¹³⁰².

But, whether we talk about PHA offences (particularly those in ss. 2 and 2A) or an offence under the s. 5 of the POA, the criminal liability barrier moves away from the one presented by the s. 4A of the POA. The main cause for that to happen has to do with the mental element of each offence: the «intention» to cause and «actually causing» a person harassment, alarm or distress are two additional elements that the section 4A has incorporated since it came into being in 1995¹³⁰³. It differs from the intention (a person who «intend to be» threatening or abusive) plus, alternatively, subjective awareness¹³⁰⁴ (a person who is «aware that his or her way of behaving might be» threatening or abusive)

¹³⁰¹ The «*threatening, abusive or insulting*» nature of words, behaviour, or acts of displaying any writing, sign or other visible representation, or disorderly behaviour, do form part of the actus reus of the offence and represent a matter of fact for the tribunal. These concepts have been part and parcel of these offences since they were also included in the s. 5 of the Public Order Act 1936. In fact, when has been discussed the meaning that these terms should have had in that old section, it was established that they better maintain its ordinary sense. They are easily recognisable without the need of making any non-desirable effort of trying to define them, and they ought to be judged weighing their impact on reasonable members of the public, even if there is some truth on the abusive or insulting language employed. If misguided assumptions are reached regarding such a language, the adopted decision of fact can be overturned in an appeal if no reasonable bench familiarised with those ordinary words would have reached the same conclusion. In detail, for an explanation noting these and many other issues emerging from case law, see: WILLIAMS, *Keeping the peace*, pp. 153-178; SMITH, *The offences*, pars. 6.07-6.09 and 7.04; CARD, *Public order law*, pars. 4.5, 4.23-4.24 and 4.43; THORNTON, *The law*, pp. 30-32.

For instance, ROBERTSON pointed to words or behaviour that are vigorous, distasteful, unmannerly, offensive and annoying. However, long before and concerning insulting words, WILLIAMS noted that for such words to be clearly insulting there must be well distinguished from critical, annoying or irritating words. And for that to be so, common sense and contemporary standards ought to play a decisive role. See: ROBERTSON, *Freedom*, p. 88; WILLIAMS, «Insulting words», p. 426.

¹³⁰² We may note that the Government was contrary to changing the law at the time of discussing to remove «*insulting*» in the parliamentary debate on the Crime and Courts Bill. In fact, the responses to the consultation conducted by the Government (13th October 2011-13th January 2012) were not conclusive at all. The position of the CPS was a way different, as they explained that «*abusing*» could in any conceivable case apply to what «*insulting*» was actually covering. For a detailed explanation covering all that s. 5 of the POA and the «*insulting*» term have passed through, as well as the interesting parliamentary debate held regarding the repealing amendment, see STRICKLAND/DOUSE, «*Insulting words*» (2013). Although related to s. 4 of the POA, see some absurd conviction examples for insulting behaviour in ROBERTSON, *Freedom*, p. 89.

¹³⁰³ In regards to harassment and stalking within the PHA, we have already raised this issue for discussion above. Firstly, we notice that some scholars advocate for an amendment to outlaw acting intentionally as to alarm a person or causing the person distress. Currently, though, no intention seems to be needed in s. 2 of the PHA. Secondly, we notice that there was an endless and polarised debate surrounding causation. In other words, a debate on whether the offence under the s. 2 was a conduct crime or a result crime. For this reason, we better concentrate on s. 5 of the POA here and now. For the s. 2 of the PHA, see «2.3.1.1. *Harassment and stalking: Protection from Harassment Act 1997 (ss. 2, 2A, 4 and 4A)*».

¹³⁰⁴ It would be a «subjective awareness» given that a subjective test is needed to reach any conclusion. It means that the defendant's state of mind must be judged in the light of the whole evidence drawn in the case that the court deals with. See *DPP v Clarke (Michael Edward) & Others* [1992] 94 Cr. App. R. 359.

formula settled for the s. 5 in the s. 6(4) of the POA¹³⁰⁵. By the same token, harassment, alarm or distress have not to be simply «likely to be caused» in s. 4A of the POA, but actually caused. And in s. 4A of the POA, the causal link between the activity of the offender and the effect upon the victim can be deduced from the offender's intention. And, as if it were a chain reaction, the intention might be inferred from the circumstances surrounding the case, or sometimes even from the very words used¹³⁰⁶. Moreover, relying on the CPS legal guidance, the intention may also be inferred from the mere fact of targeting a vulnerable victim¹³⁰⁷. Apparently, though, the intention is subordinated to causality when there are discrepancies on who is the real victim of the offence. That is, let us imagine that a Twitter user tries to cause great emotional distress to a co-worker who is mixed-race. Also suppose that to whom really ends up causing such emotional distress is to the dark-skinned mother of him that, by chance, was surfing the Internet at that time. According to the Court of Appeal (Criminal Division) that was resolving a similar issue raised in *R v Valentine* (2017), the victim in respect of the s. 4A of the POA would be the one to which the intended effect was actually caused¹³⁰⁸. Now, if we focus on cases involving offences under the s. 4A of the POA committed online, the *S v DPP* (2008) and *R v Stacey* (2012) have aroused so much interest that is impossible for us to ignore. The importance flows between a discussion on legal and academic concerns on the one side and the dividing repercussion that the conviction decisions' had upon society on the other. We will deal with the former but without trying to avoid other aspects around the latter that surely deserve far more rigorous attention from other disciplines¹³⁰⁹.

In *S v DPP* (2008), the High Court judges dealt with a case in which S, now the appellant, was convicted of an offence of causing intentional harassment, alarm or distress by displaying a photograph of the victim on a website. He was also charged with a racially aggravated offence under the s. 31(1)(b) of the CDA but resulted unsuccessful in terms of conviction. Basically, during a demonstration held in Leeds, S took a photograph of Nigel Savery, who was an in-service security guard in Covance Laboratory part of an

¹³⁰⁵ In detail, on the complexities surrounding the mental element of s. 5 of the POA since the very beginning, see SMITH, *The offences*, par. 7.09.

¹³⁰⁶ In detail, relying on case law, see THORNTON, *The law*, pp. 46-47.

¹³⁰⁷ See CPS, *Public order offences* (no date).

¹³⁰⁸ Moreover, if the victim of the s. 4A of the POA is the person to whom the harassment, alarm or distress is caused, in the racially aggravated intentional harassment, alarm or distress contrary to the s. 31(1)(b) of the CDA would still be so. See *R. v Valentine (Toni)* [2017] EWCA Crim 207.

¹³⁰⁹ For a social media content analysis focused on *R v Stacey* (2012), see FARRINGTON/HALL/KILVINGTON/PRICE/SAEED, *Sport, racism*, pp. 49-55.

animal testing company. If that happened on 12th October 2005, one day later S first retouched the photo¹³¹⁰, and then uploaded it to a campaign webpage against the company for which the victim worked. He also introduced a text implicating Mr. Savery in false convictions for violence as well as in violent reactions against demonstrators. The photo would not even take two days since it was taken to finally catch the attention and interest of the North Yorkshire Police. Even if Mr. Savery did not see the photograph, he became aware of it shortly after the incident by one of his colleagues. It was not until 8th March 2006, that the police showed to him. This moment resulted in causing Mr. Savery harassment, alarm or distress due in part of becoming aware of the time elapsed with such a photograph openly displayed on the net. As far as the intentional¹³¹¹ element is concerned, Maurice Kay LJ dealt with it quickly by saying that it was inferable from the evidence on the newly-made photomontage, the text accompanying it and the posting altogether on the campaign's website¹³¹². Regarding causation, Maurice Kay LJ stated that with an intended posting of such an image on the referred website, S took the chance for the harassment, alarm or distress to be caused to Mr. Savery. Submitting for debate when was first shown the image to the victim and who finally did it has no interest here. Then, Mr. Justice Walker noted that, as there is no need of an act to take place within the hearing or sight of the person in s. 4A of the POA, the passing of time until causing harassment alarm or distress would not pose any problem. And he goes further when saying that also if a victim is merely informed, like the way Mr. Savery was in October 2005 by the police, and so without showing him the image, there would still be a legal basis for a conviction under the s. 4A if the intention and causation elements remain intact¹³¹³.

In *R v Stacey* (2012), as it is an unreported case, we will turn attention to the details available in the note of the appeal judgement¹³¹⁴ instead. On 17th March 2012, Liam Stacey, a 21-year-old university student was watching the Bolton Wanderers-Tottenham

¹³¹⁰ It was proved that the appellant “(...) used this image to construct a further image on his computer showing the photograph with a ‘speech bubble’ from the complainant’s mouth added, with the words ‘C’mon I’d love to eat you! We’re the Covance Cannibals’”. *S v CPS* [2008] EWHC 438 (Admin), par. 3.

¹³¹¹ In words of NEWMAN, it appears to be a «*purposive*» intention, as it is specifically directed to cause harassment, alarm or distress. It has nothing to do with the likely risk that the offender perceives for such causation to occur. See NEWMAN, “Offensive picture”, p. 484.

¹³¹² *S v CPS* [2008] EWHC 438 (Admin), par. 8.

¹³¹³ *S v CPS* [2008] EWHC 438 (Admin), pars. 13 and 15.

¹³¹⁴ Available at: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Judgments/appeal-judgment-r-v-stacey.pdf>

Hotspur football match on TV. A terrible fortuitous event was about to happen and to shake the football community and society as a whole profoundly. Fabrice Muamba, the Bolton's Congolese midfielder lost consciousness and suffered a cardiac arrest during that FA Cup match. About one hour and a half later, Mr. Stacey tweeted what follows: "LOL. Fuck Muamba. He's dead!!! #haha". Many Twitter users reproached him for his attitude, but he continued to use extremely offensive and racist messages¹³¹⁵ in response. Just two days after these events, Mr. Stacey admitted before a Magistrates' court the use of racially aggravated threatening, abusive or insulting words with intent to cause harassment, alarm or distress (s. 31(1)(b) of the CDA). He was finally sentenced to 56 days' imprisonment and then appealed to such a conviction. Interestingly, according to the magistrates that would dismiss the appeal, even if we accept that the tweets expressing racial content were not aiming directly at the footballer, we cannot detach them from the context in which they have their *raison d'être*.

The fear or provocation of violence (s. 4 of the POA) is the remaining offence to attend. In truth, many of its characteristics have already been mentioned throughout this study¹³¹⁶. Among others, we have remarked that s. 4 of the POA calls for «immediate unlawful violence», whether in the sense of intending someone to believe it would be used¹³¹⁷ or to provoke it to appear¹³¹⁸ (specific intents), or making someone likely believe that will be used or provoked it to appear¹³¹⁹ (objective awareness¹³²⁰). However, even if

¹³¹⁵ The subsequent racist messages read as follows: "I am not your friend, you wog cunt, go pick some cotton", "You are a silly cunt your mother's a wog and your dad is a rapist, bonjour you scruff northern cunt" and "Go suck a nigger dick you fucking aids-ridden cunt".

¹³¹⁶ For example, we have previously referred to the «use towards another person» or «to display» allusions as distinguishing features of the s. 4 of the POA. There are no such references for the ss. 4A and 5 of the POA. See section «2.2.4.2. Public order».

¹³¹⁷ The Law Commission suggested an example to grasp how this could happen if committed online: "Brian is among the crowd at a festival. He spots Anna in the crowd and sends her a text saying he can see her, and is going to attack her". LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), par. 7.48.

¹³¹⁸ The Law Commission suggested an example to grasp how this could happen if committed online: "Anna and Craig are part of a WhatsApp group. Anna sends Craig a message suggesting they attack Brian. Brian is with Craig at the time and sees the message appear on Craig's phone". LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), par. 7.48.

¹³¹⁹ The Law Commission suggested an example to grasp how this could happen if committed online: "Anna knows that Brian has recently been tried for a child sex offence and was found not guilty, she believes on a "technicality". She posts a message on the Facebook page of a known violent "paedophile hunter" group, telling the group about Brian and suggesting that he deserves to be "sorted out". LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), par. 7.48.

¹³²⁰ To make someone «likely believe» means to make someone believe it is probable to happen, and not just possible. However, what is likely believable or what is not must be assessed objectively, considering the impact of the words or behaviour on an ordinary or reasonable person's view. Additionally, such ordinary person would take the circumstances surrounding the case as they are, which includes taking into

there is no need of a specific intention, as awareness should suffice, this is not enough in order to get an offence under the s 4 of the POA. There is one more intention (general intent) or awareness (general awareness) that must be added to one of those mentioned earlier (specific intent or objective awareness). In fact, following the s. 6(3) of the POA, it is required that the offender intends his words or behaviour, or the writing, sign or other visible representation, to be threatening, abusive or insulting (general intent), or to be aware that it may be threatening, abusive or insulting (general awareness)¹³²¹. Hence, these configuring elements play a bridging role between the mens rea (intention and awareness) and the actus reus (threatening, abusing or insulting words or behaviour) of the offence. As a result, it is perfectly possible not to encounter any intentional element on an offence under the s. 4 of the POA (specific objective awareness plus general objective awareness) or, at the other end, to encounter more than one (specific intent plus general intent)¹³²². Hence, in terms of causation, it is not really about proving actual violence; the anticipatory fear of it will be enough¹³²³.

2.3.3. Incitement to hatred: *Public Order Act 1986* (ss. 18-23 and 29B-29G)

Part III of the POA combines six different offences¹³²⁴ that, seemingly, each of them maintains the capability to be implemented online¹³²⁵. However, this picture-perfect legal

consideration the reactions of to whom was actually directed the words or behaviour. See CARD, *Public order law*, par. 4.16.

¹³²¹ According to CARD, the proof for this additional intention or awareness will be commonly inferred from the nature of the exact threatening, insulting or abusive words or behaviour in the case at hand. See CARD, *Public order law*, par. 4.11.

¹³²² For a more detailed examination than the one intended here to achieve, while also looking back at the state of affairs right after the adoption POA, see SMITH, *The offences*, pars. 6.10-6.14 and 6.16-6.18.

¹³²³ In detail, see the explanation given by THORNTON in 2010, that in 2018 resulted to be fully assumed by the Law Commission. See: THORNTON, *The law*, pp. 33-35; LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), pars. 7.48-7.49.

¹³²⁴ The **maximum penalties for the ss. 18-23 of the POA** are, on conviction on indictment, 7-years' imprisonment and/or an unlimited fine, and on summary conviction, 6-months' imprisonment and/or an unlimited fine. See s. 27(3) of the POA, s. 37 of the Criminal Justice Act 1982 and s. 85 of the Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012. The **maximum penalties for the ss. 29B-29G of the POA** are, on conviction on indictment, 7-years' imprisonment and/or an unlimited fine, and on summary conviction, 12-months' imprisonment and/or an unlimited fine. However, until the s. 154(1) of the CJA does not come into force, the maximum imprisonment penalty on summary conviction would be of 6-months. See ss. 27(3) and 29L(3) and (4) of the POA, ss. 154(1) and 281(5) of the CJA, s. 37 of the Criminal Justice Act 1982 and s. 85 of the Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012.

¹³²⁵ For a detailed explanation, see section «2.2.4.3. *Incitement to hatred*» *supra*. Moreover, the new sentencing guidelines published on 16 October 2019 and coming into force on 1 January 2020 reveal some aggravating factors for Magistrates' Court and the Crown Court to consider before passing sentences on these offences. Concretely, it count as an aggravating factor (that is, factor increasing seriousness) using "multiple social media platforms to reach a wider audience". Some other aggravating factors include the following: i) To plan an event or campaign designed to stir up hatred; ii) Timing of the incident, particularly

landscape for addressing online behaviour does not match with the very few successful prosecutions on a yearly basis. There are multiple contributing factors to the marginal practical utility. The Law Commission perceives that there is a supersaturation of offences already covering online communications, even those lodged in ss. 4, 4A and 5 of the very same Act¹³²⁶. The fear of any superfluous interference with legitimate speech is surely a disincentive for prosecutors¹³²⁷. Actually, not for nothing, there is a clause in the law requiring the consent of the Attorney General for a prosecution to move forward (s. 27(1) and 29L(1) of the POA). The clause was said to be a corrective mechanism to achieve more precise results¹³²⁸. Even if there are grounds for a successful prosecution, the Attorney-General has to decide whether to allow criminal proceedings or to prevent the system from giving a self-defeating boost to the case. In particular, in doing the latter, the criminal justice system evades the risk of creating martyrs due to the rampant spread of the news¹³²⁹. However, in quite another view, this is a very sensitive issue since the law

if sensitive social climate surrounds; iii) Conduct directed to a vulnerable/impressionable audience; or iv) A significant volume of publications published or disseminated.

Although the court must consider these factors, they simply assist the court in adjusting up the already reached sentence. In fact, the list that appears on the 2019 sentencing guidelines is a non-exhaustive one. However, for the previous sentence to be reached, there do are specific factors on an exhaustive list. The aim for the court is, by using these factors, to assess the degree of culpability demonstrated (high, medium or lesser culpability) and the level of harm that has been caused or was intended to be caused to the victim (category one/higher harm, or category two/lesser harm). For higher culpability, there appear three different factors: i) Using the position of trust, authority or influence to stir up hatred; ii) Intention to incite serious violence; and iii) Persistent activity. Medium culpability is set out for those cases where factors listed in categories of high/lesser culpabilities are not present. The lesser culpability points to reckless as to whether hatred would be stirred up (applies only to racial hatred offences: ss.18-23). Finally, there seem to be two factors for category one or higher harm category: i) Statement/publication/performance or broadcast that directly encourages activity that threatens or endangers life; and (ii) Widespread dissemination of statement/publication/performance broadcast. All other cases would fall into category two or lesser harm category. For more details, see SENTENCING COUNCIL, *Racial hatred offences* (2019).

¹³²⁶ Note that, as seen in sections «2.2.4.2. *Public order*» and «2.2.4.3. *Incitement to hatred*» *supra*, the public order offences under ss. 4, 4A and 5 of the POA are of dubious applicability to the online environment. In fact, their implementation online is more controversial than that of the incitement to hatred offences in Part III of the POA.

¹³²⁷ Here is what the CPS prosecution guidance says: “*In deciding upon the public interest of charging these offences [incitement to hatred offences] it is essential that prosecutors keep in mind that in a free, democratic and tolerant society people are able to robustly exchange views, even when these may cause offence. However, the rights of the individual to freedom of expression must be balanced against the duty of the state to act proportionately in the interests of public safety, to prevent disorder and crime, and to protect the rights of others*”. See: CPS, *Racist and religious hate crime* (2020); CPS, *Homophobic, biphobic and transphobic hate crime* (2020).

¹³²⁸ In particular, the law was passed this way in order to avoid «trivial, frivolous, spurious, malicious and unsuccessful prosecutions». See WOLFFE, “Values in conflict”, p. 93.

¹³²⁹ BINDMAN, “Restraint on incitement”, p. 9.

is actually giving discretionary decision powers to a politically persuadable actor¹³³⁰ on offences that often have «political overtones»¹³³¹.

Maybe, more than the consent clause itself, it is the deterring effect that the *actus reus* of these offences inflicts on Attorneys-General what matters most. Either requiring the language to be “*threatening, abusive or insulting*” (ss. 18-23 of the POA) or simply “*threatening*” (ss. 29B-29G of the POA), this legal prerequisite has resulted on discouraging Attorneys-General from bringing prosecution to dubious cases¹³³². These are the cases involving mild-language; in other words, cases that do not contain explicit or blatantly asserted threats, abuses or insults. CARD was able to grasp and express this idea well. In his words, there is outside the scope of ss. 18-23 of the POA «the most insidious type of incitement not involving such conduct [that is, conduct which is threatening, abusive or insulting] but ‘dressed up’ as apparently rational argument»¹³³³. That is, with a complete disregard of the content of the message or the way of exteriorising expressions, which will ordinarily lead to acceptable or unacceptable ones, the criminal sanction is to be determined. Moreover, the criminal sanction runs regardless of the truthfulness of what is alleged. As a result, this is probably adulterating (if not over-restricting) incitement offences. Otherwise, it could just be that the aim of the law was no more than changing the style of racist propaganda without putting an end to it¹³³⁴.

The stirring up offences¹³³⁵ are all conduct crimes¹³³⁶, and this has some important consequences in a double direction. First, the objectionable (or threatening, abusive or

¹³³⁰ The Attorney General “*is usually a Member of Parliament of the ruling party and holds ministerial office, although he is not normally a member of the Cabinet. He is the chief legal adviser of the government, answers questions relating to legal matters in the House of Commons, and is politically responsible for the Crown Prosecution Service, Director of Public Prosecutions, Treasury Solicitor, and Serious Fraud Office*”. LAW, *A dictionary of Law* (2018), p. 58.

¹³³¹ CARD, *Public order law*, par. 5.53.

¹³³² BINDMAN, “Outlawing Holocaust denial”, pp. 466-468. We also need to assume beforehand that prosecutors assess the «likelihood of success» for making such a decision. That is, racist speech by making jokes must clearly involve threatening, abusive or insulting words, and the speaker telling the jokes must have either intended or been aware that the words uttered were of such nature. According to JEPSON, we will normally move in a terrain of uncertainty and away from clear-cut cases. This being the case, it will be logical for the Attorney General not to go ahead in many of those cases. JEPSON, *Tackling*, pp. 65-66.

¹³³³ CARD, *Public order law*, par. 5.3. Also referring to the fact that there was a change of style in the racist discourse for making it more «respectable» and non-punishable, see ROBERTSON, *Freedom*, p. 98.

¹³³⁴ CARD, *Public order law*, pars. 5.10 and 5.14.

¹³³⁵ Note that, in this section, we are not going to cover each offence one by one exhaustively. We will rather refer to salient features of interest as well as general shared issues. Instead, if wanted so, for one of the earliest relevant studies to focus on each of them, see SMITH, *The offences*, pars. 9.07-9.26.

¹³³⁶ LAW COMMISSION, *Abusive and offensive online* (2018), par. 9.24.

insulting¹³³⁷) words, behaviour, materials, etc., must be of such a nature once tested in abstract or theoretical terms and depending on the exact offence of those contained in ss. 17-29N of the POA. They should be of this nature according to the impact they have on a reasonable person of public. Then, the subjective feelings of the audience receiving the message, or the effect perceived by them, is not decisive. Secondly, it is sufficient that racial hatred is intended or likely to occur regarding all circumstances (ss. 18-23 of the POA), without the defendant even having to be aware of it (objective test of likelihood). Here, even if there is not result required, it will have to be proved that there were readers or listeners (at least one person) from a theoretical audience and that they were likely to be persuaded by the speech. Interestingly, as noted by CARD, to persuade at least one person from the audience or readership that was likely to be stirred up racial hatred is more than mere exposure of such a person among the audience. In order to correct possible deviations from the scope of incitement to hatred offences, the allusion to “*having regard to all circumstances*” contained in these offences (s. 18-23 of the POA) is a kind of filter to elucidate who would be the type of person to which the speech would be reaching. What is more, CARD suggests that those who already are «depraved» (that is, those who already have racist beliefs), are those who might be, within a clearer realm of possibility, the ones subjected to a more advanced stage of hatred. Finally, as noted earlier, the likelihood test would not apply for religious hatred or hatred in the grounds of sexual orientation, in which there are no alternative but to prove intention (29B-29G of the POA)¹³³⁸.

If the intentional element cannot be proved on cases involving religious hatred or hatred on the grounds of sexual orientation, the Court has to grant an acquittal on all those charges brought. However, on cases involving racial hatred but with that same missing element, there is yet a chance for the accused to avoid responsibility for the alternative conduct in which hatred was likely to be stirred up. The defendant might raise a defense, that is, a legal protection provided by law for each of these offences. In return, the defendant must prove that he did not intend to be threatening, abusive or insulting acting the way he did, or that he did not have reason to suspect that the content of material it really was of such nature, and also that he was not aware that it would be so. The exact

¹³³⁷ For the legal meaning of these shared terms with ss. 4, 4A and 5 of the same Act, and further discussion over them, see «2.3.2. *Public order: Public Order Act 1986 (ss. 4, 4A and 5)*» *supra*.

¹³³⁸ In detail, see CARD, *Public order law*, pars. 5.8, 5.11-5.12 and 5.14.

clause varies greatly depending on the offence¹³³⁹ we are referring to, but ss. 18(5)¹³⁴⁰, 19(2)¹³⁴¹, 20(2)¹³⁴², 21(3)¹³⁴³, 22(3)-(6)¹³⁴⁴ and 23(3)¹³⁴⁵ of the POA they all have homogeneous identity with some distinguishing marks.

Since from *R. v Sheppard & Whittle* (2010)¹³⁴⁶, there have been some other high-impact mediatic cases concerning convictions on incitement to hatred online. Almost all have gone unreported, except for *R. v Burns* (2017)¹³⁴⁷. Lawrence Burns (23) appealed against a late 2016 conviction for one count on stirring up hatred by publishing written material (s. 19 of the POA) and on a second count for stirring up hatred through words or behaviour (s. 18 of the POA). He was a member of a far-right white supremacist group named National Action (NA), that is now banned under the Terrorism Act 2000 in the UK. The first count has to do mainly with vile and deeply offensive comments towards Jewish and Afro-Caribbean communities, in the sense of promoting militant action against their being. These and other materials alike were posted on a freely accessible

¹³³⁹ For an introductory explanation of these offences, see section «2.2.4.3. *Incitement to hatred*» *supra*.

¹³⁴⁰ According to s. 18(5) of the POA, that he did not intend his words or behaviour, or the written material, to be, and was not aware that it might be, threatening, abusive or insulting.

¹³⁴¹ According to s. 19(2) of the POA, that he was not aware of the content of the material and did not suspect, and had no reason to suspect, that it was threatening, abusive or insulting.

¹³⁴² According to s. 20(2) of the POA, that he did not know and had no reason to suspect that: (1) the performance would involve the use of the offending words or behaviour, or that (2) the offending words or behaviour were threatening, abusive or insulting, or that (3) the circumstances in which the performance would be given would be such that racial hatred would be likely to be stirred up.

¹³⁴³ According to s. 21(3) of the POA, that he was not aware of the content of the recording and did not suspect, and had no reason to suspect, that it was threatening, abusive or insulting.

¹³⁴⁴ According to s. 22(3) of the POA, concerning the person providing the service, or a person by whom the programme was produced or directed, then that (1) he did not know and had no reason to suspect that the programme would involve the offending material, or that (2) having regard to the circumstances in which the programme was included in a programme service, it was not reasonably practicable for him to secure the removal of the material. According to s. 22(4) of the POA, concerning the person by whom the programme was produced or directed, then that (1) he did not know and had no reason to suspect that the programme would be included in a programme service, or that (2) he did not know and had no reason to suspect that the circumstances in which the programme would be so included would be such that racial hatred would be likely to be stirred up. According to s. 22(5) of the POA, concerning the person by whom offending words or behaviour were used, then that (1) he did not know and had no reason to suspect that a programme involving the use of the offending material would be included in a programme service, or that (2) he did not know and had no reason to suspect that the circumstances in which a programme involving the use of the offending material would be so included, or in which a programme so included would involve the use of the offending material, would be such that racial hatred would be likely to be stirred up. According to s. 22(6) of the POA, irrespective of the exact person, if he did not know, and had no reason to suspect, that the offending material was threatening, abusive or insulting.

¹³⁴⁵ According to s. 23(3) of the POA, that he was not aware of the content of the written material or recording and did not suspect, and had no reason to suspect, that it was threatening, abusive or insulting.

¹³⁴⁶ *R. v Sheppard (Simon Guy) & Whittle (Stephen)* [2010] EWCA Crim 65. For a detailed explanation on this case, which is often considered the first case leading to a conviction for incitement to hatred offences committed online, see section «2.2.4.3. *Incitement to hatred*» *supra*.

¹³⁴⁷ *R. v Burns (Lawrence)* [2017] EWCA Crim 1466.

Facebook account, that barely had 98 friends. For the Court of Appeal, it is undisputable Burns' intention, as evidenced by the anti-Semitic material found on electronic media belonging to him (e.g. e-books)¹³⁴⁸. Regarding the second count, it has to do with a filmed speech during a demonstration, in which inflammatory language is used towards non-white immigrants (branded as "*rapists, robbers and murderers*") and Jews (branded as "*parasites and bankers who wanted to create a mongrelised race*"). As was soon later deduced from an online post of him, Burns was aware that the filmed video would end on YouTube. In the view of the Court, the intention or the relevant likelihood can be established pondering not only all matters or circumstances obtained at the time of the speech, but also subsequent events that assist in forming an overall picture of that moment¹³⁴⁹. Finally, the Court of Appeal totally agreed with first-instance Court that Burns' conduct "*(...) was designed publicly to promote racial hatred, to mobilise the applicant's listeners, and to encourage them to move from ideas into action*"¹³⁵⁰. In brief, Burns failed in the attempt to overturn his 2016 conviction, but the Court of Appeal did slash the period of the jail sentence imposed, admitting that some relevant indicators must have been considered: the young age of Burns, his poor educational background, and his immaturity¹³⁵¹.

Apart from this notable case, and even if we must rely on media coverage and/or CPS press releases¹³⁵², the number of unreported cases is booming for a while now. Although the cases have been more anecdotal concerning media impact up to 2016¹³⁵³, the trend

¹³⁴⁸ *R. v Burns (Lawrence)* [2017] EWCA Crim 1466, par. 5.

¹³⁴⁹ *R. v Burns (Lawrence)* [2017] EWCA Crim 1466, pars. 13 and 15.

¹³⁵⁰ *R. v Burns (Lawrence)* [2017] EWCA Crim 1466, par. 16.

¹³⁵¹ *R. v Burns (Lawrence)* [2017] EWCA Crim 1466, pars. 18 and 21.

¹³⁵² Note that the Special Crime and Counter Terrorism Division (SCCTD) of the CPS is the one in charge of prosecuting all incitement to hatred cases in England and Wales.

¹³⁵³ In chronological order regarding the date on which the news articles were published (2006-2016) reporting a conviction for stirring up hatred offence under Part III of the POA, see here some examples: (i) **Abu Hamza**: "Muslim cleric jailed for inciting murder", *The Telegraph*, 8 February 2006; (ii) **Neil Martin (2006)**: "Race hate message man jailed", *The Guardian*, 6 October 2006; (iii) **Gareth Hemingway (2010)**: "Man jailed for posting racist video clips on YouTube", *BBC News*, 15 November 2010; (iv) **Bilal Ahmad (2011)**: "'Viper in our midst' jailed for threatening MPs", *The Telegraph*, 29 July 2011; (v) **Philip Scott Burgess**: "Facebook user jailed for inciting Manchester riots", *The Telegraph*, 28 October 2011; (vi) **Martin Hartshorn (2011)**: "Grimsby man jailed over Facebook race-hate posts", *BBC News*, 4 November 2011; (vii) **Christopher Philips (2014)**: "Racist thug who made white supremacist salute while leaving court after admitting to wearing Ku Klux Klan outfit in YouTube videos is jailed", *Daily Mail*, 8 January 2014; (viii) **Joshua Bonehill-Paine (2015)**: "Far right activist Joshua Bonehill-Payne jailed for anti-Semitic posts", *BBC News*, 17 December 2015.

Another case reported by the CPS involved three defendants who pleaded guilty to publishing material intended to stir up religious hatred (s. 29C of the POA). Two of them were sentenced to 15-months' imprisonment and the last one to 18-months. One of the defendants created a thread on his Facebook

seems to be reversing¹³⁵⁴. Given the impossibility of covering all these cases in profusion, only a couple of them will be extracted along with selected judicial remarks. This will serve to give us a complete picture of the type of prosecutions that have succeeded in taking this legal route, on which little attention has yet been paid. Further, we will surely grasp a more realistic depiction of these offences; that is, we will find out how these offences operate in practice.

In January 2014 Christopher Philips (23) was sentenced to 12-years imprisonment after pleading guilty to one count of stirring up racial hatred by distributing (s. 21 of the POA) three videos on Facebook which were first posted on YouTube. He was also charged for using words or behaviour with the likelihood of inciting racial hatred (s. 18 of the POA). He denied this second criminal charge and, finally, it was allowed to lie on file¹³⁵⁵ right after the prosecution held the view and made a formal request to the judge. Those three videos filmed by a friend shows Philips in a Ku Klux Klan outfit pretending

inviting to discuss the risks for Sikh girls dating Muslim men. The exchange of ideas involved a total of forty people, some of the backing the use of violence against Muslims. Precisely, these threatening comments were those made by the three defendants. In addition, a fake Facebook profile of a young Sikh was created with the aim of setting up meetings with Muslim men. These rendezvous ended up occurring, so the virtual barriers were overcome. CPS, *Hate crime report 2014/2015 and 2015/16* (2016), p. 36.

¹³⁵⁴ In chronological order regarding the date on which the news articles were published (2017-2021) reporting a conviction for stirring up hatred offence under Part III of the POA, see here some examples: (i) **Sean Creighton (2017)**: “Racist bigot’ who called Hitler ‘God’ and had a swastika tattoo on his chest is jailed for five years for having a ‘bomb recipe’ on his laptop and posting hundreds of extremist messages online”, *Daily Mail*, 23 February 2017; (ii) **Nigel Pelham (2017)**: “Online troll jailed for suggesting Britain should introduce a ‘bomb a mosque day’”, *Metro*, 20 June 2017; (iii) **Peter John Tovey (2018)**: “This is the face of the weeping Facebook racist”, *SomersetLive*, 29 March 2018; (iv) **Keegan Jakovlevs (2017)**: “Man who called for all British Muslims to be killed after Manchester attack on Facebook jailed for a year”, *The Independent*, 7 September 2017; (v) **John Hanson (2018)**: “Man sentenced for posting Islamophobic Facebook messages”, *Mend News*, 9 February 2018; (vi) **Andrew Littlefair (2018)**: “Facebook racist jailed over shoot Muslims posts”, *BBC News*, 19 February 2018; (vii) **Rhodenne Chand (2018)**: “Man jailed for threatening to ‘slit a Muslim’s throat’ on Twitter after terror attacks”, *The Independent*, 27 June 2018; (viii) **Jonathan Jennings (2018)**: “Man who called for Muslims to be gassed and sterilised is jailed for hate speech”, *The Independent*, 9 August 2018; (ix) **Barbara Fielding-Morriss (2018)**: “Parliamentary candidate who ran antisemitic campaign to ‘bring white supremacy back’ jailed”, *The Independent*, 5 October 2018; (x) **Jack Renshaw (2019)**: “The story of Jack Renshaw: The ex-Manchester student and paedophile who plotted a murder”, *The Tab*, 24 May 2019; (xi) **Jay Davison (2019)**: “Man jailed over anti-Muslim Instagram posts alongside topless photos with gun”, *The Independent*, 23 September 2019; (xii) **Louis Duxbury (2019)**: “Expelled student, 22, is jailed for 18 months after calling for Muslims to be ‘wiped off the face of the earth’ in vile 17-minute Facebook video rant”, *Daily Mail*, 5 December 2019; (xiii) **Andrew Dymock (2021)**: “Bisexual neo-Nazi who called for the extermination of queers gets lengthy prison sentence”, *Queerty*, 23 July 2021; (xiv) **Graham Hart (2021)**: “Radio host sentenced to 32 months’ imprisonment for inciting racial hatred on his radio show”, *CPS Press*, 6 August 2021; (xv) **Ian Evans (non-dated)**: CPS, *Hate crime report 2018/19* (2019), p. 19.

¹³⁵⁵ If a charge is allowed to lie on file, then there is sufficient evidence for a case to succeed, but it would go against public interest if done, given that the defendant has admitted other charges. This is a common practice driven by the CPS when the accused denied being guilty of such an offence. However, albeit possible, it is not that common nor easy trying to restate such a charge in future proceedings.

a hanging of a life-size golliwog doll with his American imported costume. He was an avowed far-right extremist and a former member of National Front. The judge told Philips what follows: *“In our democracy people are allowed to hold extreme, bizarre and offensive views. Parliament has passed laws like this one [POA], (...) not to prevent or inhibit dissemination of those views but to prevent the dissemination of material which is threatening or offensive and likely to stir up racial hatred”*. By his guilty plea, Philips admitted that to stir up racial hatred was his intended plan. Interestingly, with respect to offensiveness, the judge noted as follows: *“It does not require advanced education or knowledge of history to know what you were seeking to convey might cause offence”*.

In February 2017, Sean Creighton (45) was sentenced to 5-years’ imprisonment after pleading guilty to several public order offences (4-years’ imprisonment), and a terrorism offence (5 years’ imprisonment)¹³⁵⁶. As for public order offences, he admitted six counts of publishing or distributing written material with intent or likelihood to stir up racial, religious and homophobic hatred (ss. 19 and 29C of the POA), and one more count of possessing racially inflammatory material for displaying, publishing or distributing purposes with the intent or likelihood to stir up racial hatred (s. 23 of the POA). Creighton was a devoted neo-Nazi extremist and a member of the National Front. He had used the *Vkontakte* (VK), a Russian social media platform, to prolifically post threatening, abusing or insulting self-explanatory messages and visual representations¹³⁵⁷. Apparently, even though the defendant considered his messages harmless for being exchanged with people sharing similar views, it seems like this precise argument turned against him. The Judge observed what follows: *“Your intention was to incite and reinforce extremist views with similar views”*. This is clearly in tune with what CARD suggested earlier in this subsection of the chapter.

¹³⁵⁶ These sentences were said to run concurrently, which means that both sentences would serve at the same time and, hence, that the length of the longest sentence –that is, the sentence passed for the terrorism offence– would prevail.

¹³⁵⁷ On Creighton’s vast activity, the coverage of the story by the different news outlets showed the following online posting examples: *“[A]n image of Hitler along with the caption ‘kill the Muslims’”*; *“a picture of a gun alongside a Swastika with the words ‘Jews prepare to die’”*; *“pictures of a man brandishing a rifle in front of a black child”*; a picture of *“a number of trees, from each of which is hung one or more Jewish people with the word ‘Jew’ placed upon them by way of a sign”*; *“the caption ‘no more fucking mosques’ superimposed over the cross of St George and the death’s head insignia of Combat 18”*, which is a neo-Nazi terrorist organization; or a message that reads *“You will never catch me shedding a tear for a nigger, Jew, commie or queer”*.

2.4. Conclusions

There are some robust but rather general conclusions to be drawn from the research made on comparative grounds. First, we should note a few brief words from the Law Commission for England and Wales in 2020. As we shall see, this idea also links with the problem identified and developed in the last section of *Part I* of this study¹³⁵⁸. According to the Law Commission, the purpose of incitement to hatred offences (ss. 18-23 and 29B-29G of the POA), «overlaps considerably» with the racially or religiously aggravated version of a series of specific offences (racially or religiously aggravated offences; ss. 28-32 of the CDA)¹³⁵⁹. Incitement to hatred offences, comparable to the punishable conducts included in Article 510 of the SCC¹³⁶⁰, may come into dispute with the offences under ss. 28-32 of the CDA, which, in turn, would fall in the Spanish case under the generic aggravating circumstance on discriminatory grounds of Article 22.4 of the SCC¹³⁶¹. As was stated in *Part I*¹³⁶², this generic aggravating circumstance could be effective against any offence, including the ones directly or closely related to speech and expression committed online. That would be the case for the offence of public defamation (Articles

¹³⁵⁸ See section «1.5.3. *Intersection with offences relating to speech and expression*» in *Part I*.

¹³⁵⁹ LAW COMMISSION, *Hate crime laws* (2020), par. 9.22.

¹³⁶⁰ In particular, for its exceptional interest here, see Article 510.2.a) of the SCC: “*A prison sentence of six months to two years and a fine of six to twelve months shall be imposed on: a) Those who harm the dignity of persons through actions that entail humiliation, disregard or discredit of any of the groups outlined in the preceding Section, or of a part thereof, or against a certain person for belonging to such a group, for reasons of racism, anti-Semitism or for other reasons related to ideology, religion or beliefs, family circumstances, the fact that the members belong to an ethnicity, race or nation, national origin, gender [note that, for the sake of clarity, it would have been preferable to refer to “(biological) sex” in the English translation], sexual orientation or identity, or due to gender, illness or disability, or who produce, prepare, possess with the purpose of distributing, provide third parties access to, distribute, publish or sell documents or any other type of material or medium that, due to the content thereof, are liable to harm the dignity of persons because they represent serious humiliation, disregard or discredit of any of the aforementioned groups, or part thereof, or of a certain person for belonging to such a group*”. Translation into English retrieved from MINISTRY OF JUSTICE, *Criminal Code* (2016), p. 214.

¹³⁶¹ According to the Article 22.4 of the SCC, it constitutes an aggravating circumstance “*committing the criminal offence for racist or anti-Semitic reasons, or another kind of discrimination related to ideology, religion or belief of the victim, ethnicity, race or nation to which he belongs, his sex, age, sexual or gender orientation or identity, reasons related to gender, aporophobia [that is, rejection of the poor] or social exclusion, illness suffered or disability, irrespective of whether such conditions or circumstances are actually present in the person to whom the conduct concerns*” (own translation into English).

¹³⁶² See section «1.5.3. *Intersection with offences relating to speech and expression*» in *Part I*.

208-209 of the SCC)¹³⁶³, but also for harassment/stalking¹³⁶⁴. As we may know, harassment/stalking (ss. 2, 2A, 4 and 4A of the PHA) are offences that already have a racially or religiously aggravated counterpart offence (s. 32 of the CDA) within the English law. As we may notice, the Spanish case is not a *rara avis*. The problem of the intersection/crossing/junction between different offences relating to speech and expression of very different sorts (aggravated offences or incitement to hatred offences) transcends our borders. What is more, this well-settled debate is not unique nor exclusive to continental-based criminal justice systems. In the coming years, it will surely be at the forefront of this field due to the problems posed by globalisation in our already digitalised world.

However, the defining feature of any hate crime legislation in the UK is the set of penalty enhancement sentencing provisions¹³⁶⁵. Although there is no such sentencing stage in criminal proceedings in Spain, its role in forcing hatred/hostility/prejudice to be taken into account as an aggravating factor is essentially what the generic aggravating factor of Article 22.4 of the SCC actually does¹³⁶⁶. These provisions are definitely much more closer to a generic aggravating circumstance like the one designed in Article 22.4 of the SCC. Firstly, the possibilities of criminal sanctions are widened to virtually any offence foreseen by law. Secondly, because of the variety of protected characteristics (English law: race, religion, disability, sexual orientation and transgender identity;

¹³⁶³ Article 208 of the SCC: “*Defamation is the deed or expression that harms the dignity of another person, detracting from his reputation or attacking his self-esteem. Only defamation that, due to its nature, effects and circumstances, is considered serious by the public at large, shall be deemed to constitute a criminal offence (...)*”. Article 209 of the SCC: “*Severe defamation perpetrated with publicity shall be punished with the penalty of a fine from six to fourteen months and, otherwise, with that of three to seven months*”. Translation into English retrieved from MINISTRY OF JUSTICE, *Criminal Code* (2016), p. 110.

¹³⁶⁴ For instance, see the Article 172 *ter*.1 of the SCC as a baseline offence for the generic aggravating circumstance of the Article 22.4 to be applied: “*Whoever harasses a person by insistently and repeatedly engaging in any of the following behaviours, without being legitimately authorised, and, in this manner, severely alters his daily life, shall be punished with a prison sentence of three months to two years or a fine of six to twenty-four months: 1. Monitoring, pursuing or seeking his physical proximity; 2. Establishing or trying to establish contact with him through any method of communication, or through third parties; 3. Through the inappropriate use of his personal data to purchase products or merchandise, or to sign up to services, or having third parties contact him; 4. Infringing upon his freedom or his property, or upon the freedom or property of another person who is close to him. In the case of an especially vulnerable individual due to his age, illness or situation, a prison sentence of six months to two years shall be imposed*”. Translation into English retrieved from MINISTRY OF JUSTICE, *Criminal Code* (2016), p. 90.

¹³⁶⁵ English law: s. 66 of the SA; Scottish law: s. 96 of the CDA, s. 74 of the CJSA and ss. 1-2 of the OAPSA, at least until ss. 1-2 of the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021 come into force; and Northern Irish law: s. 2 of the CJNIO.

¹³⁶⁶ As indicated in Article 66.1.3 of the SCC for aggravating circumstances such as the one under the Article 22.4 of the SCC, judges or courts shall apply the punishment from the top half of the punitive framework already envisioned by the exact offence at hand.

Scottish law: race, religion, disability, sexual orientation and transgender identity; and Northern Irish law: race, religion, disability and sexual orientation). Moreover, innovative legal steps are being taken in Scotland that should not go unnoticed. The Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021 would improve the legislative dispersion. In short, the new Act, once in force, would consolidate many provisions into a one-and-only piece of legislation devoted to hate-related crimes. Among others, ss. 1-2 will cover penalty enhancement sentencing provisions. Furthermore, the new Act succeeds in expanding the protected characteristics in terms of legal protection: (a) age, (b) disability, (c) race, colour, nationality (including citizenship), or ethnic or national origins, (d) religion or, in the case of a social or cultural group, perceived religious affiliation, (e) sexual orientation, (f) transgender identity, and (g) variations in sex characteristics (s. 1(2) of the Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021). This is unprecedented in the UK. In our view, close ties are perceived with Article 22.4 of the SCC, as the design pattern of both provisions resemblances quite a lot¹³⁶⁷. The path that Scotland has opened up with its brand new Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021 is more than noteworthy, as it could become a model for the rest of the UK. In fact, there is already an influential recommendation made for the Northern Ireland Executive to take further action by emulating the Scottish Act.

While all of the above seem rather formal or superficial issues, it is remarkable that penalty enhancement sentencing provisions are overused compared to incitement to hatred offences. This finding cuts across all legal systems in the UK, but the examined case law concerning English law demands us to take a narrower perspective here. As we noted, virtually all communications over the Internet are nowadays within the scope of the s. 127(1) of the CA, and so are within the scope of s. 66 of the SA for sentencing purposes. As in the aggravated offences of ss. 28-32 of the CDA, either the subjective (hostility motivation) or the objective (hostility demonstration) test for hate crimes must be satisfied. We must note here that the UK Government long ago admitted racially hostile motivation to be the central model for the newly designed racially aggravated offences (ss. 28-32 of the CDA). However, it soon recognised that a much more realistic test was still necessary, so the racial hostility demonstration test appeared to broaden the

¹³⁶⁷ We should remember here that the Organic Law 8/2021, of June 4, on the global protection of children and adolescents against violence, has also introduced «age» as a protected characteristic in Article 22.4 of the SCC.

prosecution or sentencing possibilities. In this respect, one should recall that the Law Commission has not yet decided to recommend the discriminatory selection model as a preferred option. Moreover, it does not do so because, as indicated, there should be a degree of conscious animus towards the targeted characteristic of the victim. However, as argued in *Part I* for Article 22.4 of the SCC¹³⁶⁸, these two approaches are perfectly compatible. In fact, we have recommended adopting the discriminatory selection model without completely disregarding the subjective element (prejudiced/biased mental state) that would be necessarily present at the source of human conduct. As the key factor that triggers the events, we must expose/reveal that source to obtain further information that would help us to establish the offender's minimal awareness. A minimal awareness that the envisaged conduct would likely cause the proscribed effects because of who the victim was and/or what the victim represents.

In the English law, equally important is the fact that incitement to hatred offences have an extraordinarily high threshold. These offences, which do not need to add any further aggravating factor, as hatred/hostility/prejudice is to be seen already embedded in them, discourage bringing manifestly unfounded prosecutions¹³⁶⁹. The problem is that there seems to be a lack of context-sensitive assessment. Therefore, dubious cases involving mild language are not dealt with, as they probably should be. The general idea is that, as the consent of the Attorney General is necessary for prosecutions to go ahead, the criminal justice system uses this procedural step as a first barrier. No one within the criminal administration of justice nor obviously the Attorney General wants to risk creating free speech martyrs with such controversial exposure to penalties. In Spain, the most widespread perception is that the latter is trivialised, thus breaking down the barriers that should contain accusations that have no reason to exist. In theory, the inadmissibility of charges for non-criminal acts derives from the obligation of the judicial authority to ensure that the defendant's rights are respected. The claimant in criminal proceedings has only the right to receive a reasoned response from the competent judicial authority. More usually than not, there is what we may represent as a breach in the dam.

¹³⁶⁸ In detail, see section «1.5.2. *Generic aggravating circumstance of Art. 22.4 of the SCC: lights and shadows of its dogmatic basis*» in *Part I*.

¹³⁶⁹ At the time of writing, the last official data available for England & Wales shows thirteen prosecutions and eleven convictions in 2018/19 for incitement to hatred offences. CPS, *Hate crime report* (2019), pp. 18-19 and 47.

Apart from the above, Article 510.2.a) of the SCC (public collective defamation or libel) is agreed by everyone to contain result crimes. Apparently, it seeks to protect the dignity of the person belonging to a group. Instead, the various incitement to hatred offences are regarded as conduct crimes under Part III of the POA. Later on, in *Part III* of the study, we will argue for approaching to this last understanding¹³⁷⁰. The most immediate aspiration in Spain on Article 510 of the SCC should be to reach a state of maturity similar to that already known to exist at the beginning of this century in the UK. For instance, on the occasion of the parliamentary process that would lead to the modification of incitement to hatred offences in English law, the Assistant Chief Constable Robert Beckley was asked in 2005 about the police's view of the high expectations that would generate to extend the scope of application of Part III of the POA to religious concerns (that is, going beyond incitement to racial hatred). Robert Beckley's response was, in our view, a very significant one, since it represents the general public opinion at that time: *"I think we have managed, over time, the expectations on the incitement to racial hatred. This has become an area where the rational debate has gone out of the window slightly; people are not actually discussing it, it has become slightly polemic. The reality of it is, as with many pieces of legislation, it is one bit of the jigsaw that provides protection to our communities in general. It is only a small bit, but, nevertheless, what we regard as quite an important piece"*¹³⁷¹. In Spain, unfortunately, we are still far from subscribing to these words. There is still a long way to go. In any case, it is clear from Beckley's words why such low numbers of prosecutions and convictions for incitement to hatred offences are not a matter of concern.

In addition, a focus on cyberhate has revealed extra complexities faced by hate crime laws in the UK. In general, it could be said that there are offences that, from the very beginning, were well-equipped to deal with the online behaviour, with complete disregard of prejudice and hostility (e.g. offences within s. 127(1)(a) of the CA)¹³⁷², and vice versa

¹³⁷⁰ See subsection «b.1) *Public collective libel/defamation and its chain of dissemination (Article 510.2.a) of the SCC*» included in section «3.3.2.2. *Typical conducts and risk generation*» in *Part III*. Despite concisely, note also that these aspects have already been introduced in section «1.5.3. *Intersection with offences relating to speech and expression*» in *Part I*.

¹³⁷¹ HC Select Committee on Home Affairs, Minutes of evidence, Question 401 (January 25, 2005).

¹³⁷² It should be recalled that the purpose behind this offence was not to protect particular victims from receiving offensive messages, if it ever was the case in previous and different statutes. Instead, the intent was to avoid the waste of public services funded by all citizens through different and well-known service providers.

(e.g. public order offences under ss. 4, 4A and 5 of the POA)¹³⁷³. In any case, apart from some digital add-ons to update their initial shape (e.g. to make a non-technological friendly offence to be so), many offences have become more malleable over time to adapt themselves to the digital realm. In some cases, this has been highly controversial, and questions have been raised about whether the digital divide has finally been bridgeable. Be that as it may, the idea that any behaviour that does not reach the ultra-strengthened threshold of incitement to hatred offences is usually rerouted through another legal means seems to be fully established. The offences under s. 1 of the MCA and s. 127(1) of the CA absorb practically every offensive comment that does not actually reach the threshold for incitement to hatred offences, despite being on the way to do so¹³⁷⁴. The sentence would usually be increased because of an offence motivated by –or which demonstrate– hostility on some specific grounds (race, religion, disability, sexual orientation and transgender identity). Thus, abusive or offensive comments that are not extremely serious are not forced to fit into incitement to hatred offences. As noted earlier in this chapter, we can restate that the Spanish legal system had a pending matter here. What is more, this is an unexplored path with clearly an enormous untapped potential.

¹³⁷³ It should be recalled that, for instance, the Law Commission has recently been categorical in this regard: “[W]hereas other public order offences are primarily concerned with physical, public spaces [that is, such as ss. 4, 4A or 5 of the POA], the stirring up hatred offences [that is, ss. 18-23 and 29B-29G of the POA] can equally be committed in an online context, and in this respect are of an appreciably different character”. LAW COMMISSION, *Hate crime laws* (2020), par. 9.22.

¹³⁷⁴ LAW COMMISSION, *Hate crime laws* (2020), par. 16.57.

BLOQUE III. DELITOS DE ODIO *LATO SENSU*. EL DISCURSO DE ODIO COMO DELITO DE EXPRESIÓN ONLINE

La era tecnológica ha desdibujado por completo los contornos de la realidad en la que nos movemos. El mal uso de los soportes tecnológicos es un acto que está indiscutiblemente ligado al agente humano que usa dicha tecnología. Ahora bien, la sensación de anonimato o impunidad dentro de esa estructura tecnológica puede desinhibir al individuo, potenciando la aparición de mensajes injuriantes o amenazantes. Los comentarios cáusticos, es decir, aquellos mordaces o agresivos en lo que se dice, son cada vez más difíciles de catalogar, precisamente porque proliferan con extraordinaria facilidad en el entorno online. En suma, cada vez es más difícil establecer una línea divisoria entre elucubraciones fantasiosas de ciertos individuos, o sus mensajes ácidos y corrosivos, y lo verosímil de las injurias o amenazas veladas que comportan tales manifestaciones del lenguaje humano.

Se podría decir que un chat o un blog online es hoy por hoy la ventana a nuestros pensamientos, o quizás una extensión de los mismos, puesto que de alguna forma éstos quedan inmortalizados. En suma, como se recogía en *Reno v. ACLU* (1997), “*no es ninguna exageración concluir que el contenido de Internet es tan diverso como el pensamiento humano*” (traducción propia). Aspectos que creíamos íntimos (p.ej.: fetiches o desviaciones sexuales, prejuicios, etc.), que no escribiríamos en nuestro propio diario o no compartiríamos con nuestros seres más allegados, son ahora fácilmente expuestos a la luz del escrutinio público o semi-público (p.ej.: una comunidad de usuarios donde se comparten todo tipo de filias o formas de entender la vida). Además, como reza un viejo proverbio latino, «*verba volant, scripta manent*» (lit.: las palabras vuelan, los escritos permanecen). La inabarcable variedad del material almacenado online hace que cualquiera que así lo desee busque –y, casi seguro, encuentre– el apoyo o comprensión que necesita en un momento determinado de la vida sobre cualquier preocupación o interés social. Asimismo, la libertad y universalidad que la plataforma ofrece se traduce a menudo en falta de rigor y en una visión distorsionada de la realidad, sirviendo de altavoz a voces sesgadas, malintencionadas o, como poco, apasionadas en exceso. Esas mismas voces, por lo demás, desconocen el efecto que sus palabras tienen o podrían tener si se observan desde la realidad de otro lugar.

Si bien esto es cierto, una buena parte de todo lo que se publica en Internet no alcanza a superar el límite de lo que sería aceptable offline. Quizás, por ello, una estrategia de acción efectiva contra este tipo de discursos sea que sus autores soporten el «jarabe democrático» del escrutinio público, cuya fuerza puede ser devastadora¹³⁷⁵. Con todo, hay veces que ciertos actos online pueden formar parte de un plan de acción mayor que linde o se adentre directamente en lo delictivo. Por ejemplo, este sería el caso de un concierto de voluntades de quienes resuelven actuar como coautores de algún delito (coautoría adelantada), sin que se acabe realizando el hecho proyectado. Las búsquedas en motores de búsqueda como *Google* también pueden llegar a formar parte del *iter criminis*, habiéndose llegado a plantear si estamos ante un acto concluyente que revela la intención de quien la ejecuta (*overt act*)¹³⁷⁶. Según se refería CORRY allá por el año 2000, la tecnología informática moderna explota –como ningún otro adelanto ha sido capaz de hacer– las posibilidades de sanción penal por delitos de odio. Este autor habla de verdaderos «tesoros de información circunstancial» almacenados y fácilmente rastreables a través de la actividad online del usuario (p.ej.: correo electrónico, salas de chat, registro

¹³⁷⁵ Hasta tal punto puede serlo que se habla incluso de linchamiento público virtual. En términos potenciales, este linchamiento puede, según su capacidad destructiva de las expectativas vitales, llevar al más alto nivel de ostracismo social. Este fue el caso de Justine Sacco (30), una joven estadounidense que era directora de relaciones públicas del conocido *holding* empresarial *InterActive Corp.* (IAC). El 20 de diciembre de 2013 Sacco se encontraba de paso en el aeropuerto de Heathrow (Londres) a punto de tomar un vuelo a Ciudad del Cabo (Sudáfrica) para irse de vacaciones cuando tuiteó lo siguiente: «*Voy a viajar a África. Espero no contraer el sida. Es broma: ¡Soy blanca!*». El tuit iba dirigido a sus ciento setenta seguidores, quienes no reaccionaron de ningún modo antes de que Sacco embarcara y su avión despegara rumbo a Sudáfrica. Al aterrizar, resultó que era tendencia mundial en Twitter a base de retuits. Se desató una especie de locura colectiva que acabaría con la reputación de Sacco. Y es que, desde ese momento, su vida cambió. Por razones de seguridad personal interrumpió sus vacaciones. Además de recibir una oleada de mensajes de denuncia a ese comentario racista y ofensivo, se vertieron numerosas *fake news* sobre su persona. Pronto perdería su empleo, al tiempo que la prensa empezaría cubrir cada paso que daba, así como a buscar otros comentarios desafortunados similares en su muro de Twitter. En una entrevista concedida a un periodista, Sacco aseguró que era un comentario sarcástico y autocrítico, que sólo un demente se lo tomaría al pie de la letra. En realidad, buscaba criticar la burbuja en la que está instalada el primer mundo, que se desentiende de una epidemia de las dimensiones del sida en África. Según explicó, al no ser humorista, ese tipo de comentarios políticamente incorrectos en un foro público le estarían socialmente vetados. La consecuencia de haberlo hecho era que se había creado una imagen –difícilmente revertible– de ella que no era tal, y todo por una serie de malinterpretaciones conscientes de sus palabras. Según RONSON, quien entrevistó a Sacco, la reflexión es clara: «[E]n los medios sociales hemos creado un escenario en el que vivimos constantemente momentos de un dramatismo intenso y artificial. A diario surge un héroe magnífico o un villano detestable. Es todo muy desmesurado, distinto de nuestro comportamiento en la vida real». En detalle, véase RONSON, *Humillación*, pp. 77-92.

¹³⁷⁶ A este respecto, en *United States v. Gilberto Valle* (2015) se aclaraba lo siguiente: «*Las búsquedas en Internet pueden proporcionar alguna prueba relevante acerca de la intención [de autor]. Sin embargo, una búsqueda en Internet, en sí misma, no es delictiva. En este caso, las búsquedas en las que se basa el Gobierno [aquí parte apelante] se produjeron en un contexto de profunda fantasía. Al igual que con sus charlas y correos electrónicos, las búsquedas de Valle [el acusado, a quien, entre otros cargos, se le imputaba el de conspiración para cometer secuestro] en Internet muestran que estaba interesado en cometer actos de violencia sexual contra mujeres. El interés puede ser un indicio relevante para fijar la intención, pero no la prueba por sí mismo*» (traducción propia).

de sitios web visitados, etc.) y que resultan perjudiciales para él o, quizás, para terceras personas directa o indirectamente involucradas en según qué conversaciones¹³⁷⁷. Pero más allá de demostrar la intención selectiva o la motivación de autor que supondrá la agravación de la pena (delitos de odio *stricto sensu*), lo cual Internet facilita enormemente (p.ej.: antes de cometer una agresión física, el acusado ha debatido y se ha posicionado en un foro online sobre la novela *The Turner Diaries* y la guerra racial que ésta preconiza junto al exterminio de los no-blancos), existen otros tipos de discursos que, según se vierten, pueden alcanzar la categoría autónoma de delito por sí mismos. Es decir, lo que se castiga es la nuda expresión, y siendo Internet como es “*la forma más participativa de discurso de masas desarrollada hasta la fecha*” [*Reno v. ACLU* (1997); traducción propia)], todo hace indicar que estamos ante un fenómeno delictivo de dimensiones nunca antes vistas. Por tanto, será el discurso de odio punible (delitos de odio *lato sensu*), y no las agravaciones de pena (delitos de odio *stricto sensu*), lo que acaparará un protagonismo cuasi absoluto en este último bloque del estudio.

3.1. Estudio Fenomenológico y de Impacto Social de la Exposición al Odio en Internet

En no pocas ocasiones parece desalentador reconocer que quien está realmente detrás de la pantalla del ordenador es nuestro verdadero yo, especialmente cuando se cede terreno (o se da rienda suelta) a nuestros instintitos más primarios. Desde otro punto de vista, lo que hace Internet no es sino ponernos frente al espejo, es decir, invitarnos a reflexionar sobre quienes somos en realidad o quienes queremos ser. Aun así, pensar que toda huella que se deja en el mundo digital es producto de la fantasía que no progresa hacia otras realidades más tangibles supone no estar afrontando una realidad bastante más compleja y oscura. Una realidad que, por muchos retos que plantee, no puede constituir una reserva al ámbito de aplicación de la legislación penal. En efecto, las fronteras del intervencionismo penal se ensanchan para acoger nuevas formas de criminalidad que subyacen a la denominada sociedad del riesgo. Ello se traduce en la adopción de un proteccionismo *sui generis* ante ataques a bienes jurídicos tradicionales que se han visto afectados por la irrupción del cauce comisivo online¹³⁷⁸.

¹³⁷⁷ Lo que es más, el autor se refiere al «incentivo» que suponía la condena por delito de odio y que vendría a justificar cualquier uso torticero o exagerado de aquellas ideas o pensamientos hallados. CORRY, “Burn this article”, pp. 477-478.

¹³⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 28.

Siendo así, tampoco podemos obviar uno de los principios básicos de legitimación penal que prohíbe el derecho penal de autor. No obstante, por más que se insista en que la personalidad –peligrosa u objetable– de autor, así como sus antecedentes, no fundamentan la responsabilidad penal, hay indicadores que sugieren que no siempre se estaría respetando el rechazo categórico al derecho penal de autor. Aún hoy, perdura cierta propensión a criminalizar a las personas por lo que son y no por lo que hacen. Por ejemplo, si alguien no se comporta conforme a ciertas expectativas imperantes en una sociedad y en una época concreta. En estos supuestos, una de las maneras más recurrentes para aliviar la tensión que se genera es la de acudir a la vía penal.

Quizás, según recoge algún que otro estudio reciente¹³⁷⁹, otra explicación para ello pueda estar en que quien reprende por su cuenta actitudes sociales de odio en Internet (p.ej.: comentando una publicación e intentando que su autor la elimine por ser denigrante hacia un colectivo) tiene una mayor probabilidad de sufrirlas para sí. Es decir, quien desapruueba actitudes prejuiciosas de otros hacia un individuo, una idea o un grupo de personas está significativamente más expuesto a la victimización que quien simplemente tolera tales actitudes. Ello puede deberse a diferentes factores. En primer lugar, porque quien asume ese papel más proactivo online se expone a que su oposición respecto a ciertos discursos aumente en visibilidad. Por tanto, se constata su antagonismo con el autor de ese u otros discursos. A su vez, lo anterior puede generar mayor carga hostil en el propio autor, mientras que quien confronta la actitud de otro se torna una nueva víctima en potencia. En segundo lugar, otra explicación consiste en entender que los autores no se ven a sí mismos como personas que están victimizando a otra/s persona/s. Lo único que tratan es de atraer más simpatizantes a su causa, por lo que su papel sería más bien el de educadores. Cualquier descrédito a sus proclamas racistas «educadoras» puede provocar una respuesta todavía más exacerbada ante personas que, según ellos, ponen de manifiesto con su desacuerdo estar claramente desinformadas. Por tanto, no se trata sólo de expresar ideas u opiniones, el discurso de odio trata además de «convencer» a los demás para que vean las cosas de una determinada manera. Según todo lo anterior, entendemos, si una actitud proactiva puede acabar volviéndose en contra de quien actúa de esta manera, nada sorprende que la confrontación social en Internet como medio de

¹³⁷⁹ En detalle, véase: COSTELLO/HAWDON/RATLIFF, “Confronting online extremism”, p. 592; HAWDON/OKSANEN/RÄSÄNEN, “Exposure to online hate”, p. 255; COSTELLO/HAWDON/RATLIFF/GRANTHAM, “Who views”, p. 312; DANISH INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS, *Hate speech* (2017), p. 15.

resolución de conflictos pierda adeptos y ello favorezca la canalización judicial del incidente.

Si bien debe hacerse mucha pedagogía y luchar contra esa búsqueda incesante de amparo judicial, también cabe denunciar una forma de hacer justicia cada vez más próxima al derecho penal de autor. El equilibrio entre la nula actuación y la sobreactuación punitiva en Internet es, como se puede observar, la piedra de toque de ciertos discursos incitadores que sirven de chispa o caldo de cultivo para escalar a otros escenarios de odio, discriminación o violencia. La pregunta que nos interesa responder es si tales escenarios pueden llegar a predecirse o, de no ser así, plantearnos qué valor cabría otorgar a los discursos incendiarios en la red.

3.1.1. Notas introductorias: rasgos destacados de los discursos de odio online y su idiosincrasia

A nadie sorprende ya que ciertas palabras clave o cadena de caracteres puedan agruparse bajo un simple *hashtag* en redes sociales y conseguir que muchos usuarios hagan causa común por la visibilidad de una determinada consigna. Esta finalidad compartida despliega una peligrosidad que, siendo más o menos realista, indudablemente trae consigo una mayor probabilidad de eclosión. Por ejemplo, este es el caso de *#matadatodoslosmusulmanes*, que durante algunas horas se posicionó como el tercer *hashtag* más utilizado en España tras los atentados de París de noviembre de 2015¹³⁸⁰. A su vez, tampoco cabe desconocer que las redes informáticas han hecho posible que el alcance de algunas composiciones artísticas (p.ej.: literarias, musicales, etc.) adquieran hoy por hoy una proyección inusitada. Sin prejuzgar siquiera el derecho a la libertad de expresión y a la creación artística, sirva aquí como ejemplo una conocida canción estrenada en 2012 por dos reconocidos raperos españoles, en cuya letra se contiene la siguiente afirmación: «Le disparo a Mariano [en referencia a Mariano Rajoy Brey, Presidente del Gobierno de España (2011-2018)] a setecientos metros. Ya es hora de que en España haya un presidente muerto» (*Mi política*, de ToteKing y Shotta). A partir de aquí, se generan no pocos interrogantes: ¿Es relevante poner en contexto ese extracto de la canción con la letra de la canción en su conjunto? ¿Es importante el dato acerca de la distancia a la que se dice disparar para que parezca verosímil? ¿Un contexto de agitación política post-electoral podría definir los márgenes de lo potencialmente punible? ¿Incide

¹³⁸⁰ JUBANY/ROIHA, *Backgrounds, experiences* (2015), p. 17.

todo lo anterior en la probabilidad de que un tercero haga suya la letra y ejecute o trate de ejecutar el acto? En definitiva, en función de las conclusiones que se extraigan de este *Bloque III*, se estará en disposición de valorar el papel que debería jugar una legislación penal cada vez más devaluada por el adelantamiento, a veces innecesario y excesivo, de las barreras penales.

El ejemplo anterior sobre una posible incitación a la violencia representa la forma más extrema¹³⁸¹ en la que puede manifestarse el ciberodio. De ahí que muchas veces se clasifique como «radicalismo online» (*online extremism*). Otra nomenclatura genérica, poniendo de relieve la propensión del discurso para causar una reacción violenta de la audiencia receptora, abarca términos como «discurso peligroso» (*dangerous speech*) o «incitación a la violencia masiva» (*incitement to mass violence*)¹³⁸².

Con todo, lejos de ser habitual y al contrario de lo que pueda pensarse, estos comportamientos representan la excepción. El ciberodio puede traducirse en diferentes prácticas mucho más comunes, no sólo en las de incitar al odio, violencia o discriminación de un grupo, con las que habitualmente se asocia. Entre otros ejemplos, destaca la conducta de estereotipar a otro/s o la de atribuir a otro/s problemas sociales o personales¹³⁸³. Por tanto, la acción delictiva en forma de declaración¹³⁸⁴ guardará siempre

¹³⁸¹ Salvo, claro está, que incluyamos en la ecuación la «incitación al genocidio» prevista en el art. 3.c) de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. En concreto, según reza este artículo, debe castigarse el acto de “*instigación directa y pública a cometer genocidio*”. Aún con elementos comunes evidentes con la incitación a la violencia que nos ocupa, su especialidad queda fuera del alcance de este estudio. Para un minucioso análisis al respecto, véase: METTRAUX, *International*, pp. 311-330; WILSON, *Incitement*, pp. 25-70; GORDON, *Atrocity, passim*; BERSTER, «Article III», pp. 157-190; OHLIN, «Incitement», pp. 207-227; OHLIN, «State responsibility», pp. 374-380.

¹³⁸² Estamos ante un discurso peligroso, término propuesto por BENESCH, “*cuando un acto de habla tiene una posibilidad razonable de catalizar o amplificar la violencia de un grupo contra otro, dadas las circunstancias en las que se hizo o se difundió*”. Su equiparación con el concepto de incitación a la violencia masiva, a su vez, no debe llevar a equívocos, dado que la “*violencia masiva*” a la que el discurso incendiario apunta no se limita –sino que incluye– al genocidio. BENESCH, *Dangerous speech* (2012), p. 2.

¹³⁸³ Incluso, en coherencia con lo defendido en este estudio, puede defenderse la consideración de las injurias o amenazas como posibles manifestaciones de discurso de odio punible. Nos remitimos aquí al apartado «1.5.3. *Intersección con los delitos de expresión*» del *Bloque I*.

¹³⁸⁴ Las manifestaciones del pensamiento humano que se destinan a ser percibidas por un tercero, que constituyen gran parte de lo expresado por las personas en su día a día, son acciones manifestadoras declarativas. De hecho, será este carácter declarativo el elemento clave para distinguir los delitos de expresión de los delitos materiales (delitos «de actos» de odio). Estos últimos, como es sabido, también tienen la capacidad de despertar decisiones resolutivas en terceros, pero en los delitos de expresión no interesa tanto este resultado psíquico. Según KERN, el carácter declarativo refleja, más que un resultado, la «tendencia de la acción para influir» de forma directa sobre la *psiquis* de un tercero. Por otro lado, las manifestaciones –declarativas o no– las contempla este autor como auténticos «movimientos de expresión». Dicho de otra forma, representan «[u]na manifestación psico-física exteriorizada que, mediante movimientos musculares y signos perceptibles por los sentidos, da a conocer hacia fuera estados internos, ideas, sentimientos y afectos». Este sería el caso del lenguaje verbalizado (palabra escrita o hablada), lenguaje kinésico (p.ej.: ademanes o señas), lenguaje icónico (p.ej.: imágenes u objetos), lenguaje

un sentido objetivo¹³⁸⁵, propio y determinado (p.ej.: incitar, estereotipar, amenazar, atribuir males sociales a otro/s, etc.). Este sentido abstracto es referido en ocasiones como el «contenido intelectual» de lo declarado, que se diferencia de la mera forma o medio de expresión (p.ej.: palabra escrita o imágenes) que necesariamente adoptará una manifestación declarativa. Según KERN, el interés punitivo del Estado no puede descansar sobre la forma externa que adopte una u otra manifestación, pero sí en cambio sobre el sentido objetivo de lo manifestado. Por poner un ejemplo de este mismo autor, lo anterior debe llevar a afirmar que, si la diferencia entre insulto e injuria es más un tema de graduación, no es imprescindible que exista especial grosería en las palabras empleadas (forma de la manifestación), pero sí lo será que pueda identificarse un «contenido particularmente despreciativo» del sentido de la manifestación (contenido intelectual o sentido objetivo de la manifestación)¹³⁸⁶. De hecho, sólo podremos identificar este contenido que encierran las palabras mediante un ejercicio valorativo previo. La dificultad reside en que el sentido objetivo de lo manifestado no sólo se deduce de las ideas claramente imbricadas en palabras, gestos u otros medios de expresión, sino también de las ideas libres que puedan extraerse por haber sido empleadas formas discursivas (p.ej.: indirectas, alusiones, frases inacabadas etc.) cuyo entendimiento común sea más o menos evidente¹³⁸⁷. Es precisamente aquí, en la libre formación de ideas, donde radica el reto más importante a la hora de examinar las manifestaciones declarativas.

Pero si además hablamos de comunicaciones online, existen todavía más dudas que certezas. Según algún estudio realizado, este tipo de comunicaciones suelen llegar a una audiencia demasiado difusa como para poder vincular lo expresado con personas concretas a las que se pretendiera, por ejemplo, incitar a cometer actos violentos inminentes¹³⁸⁸. Siendo ello así, se entiende todavía mejor por qué las manifestaciones

paraverbal (p.ej.: tono, énfasis, ritmo y pausas que se imprimen al hablar o escribir). A mayor abundamiento, véase KERN, *Los delitos de expresión*, pp. 5-8 y 26-27.

¹³⁸⁵ Siguiendo a KERN, el sentido aquí debe entenderse como «sentido objetivo» de la declaración, lo que nada tiene que ver con la *psiquis* del sujeto y la intención o finalidad que este último trata de vincular a lo manifestado («sentido subjetivo» de la declaración). Si bien muchas veces coinciden uno y otro, no tiene por qué ser así. En detalle, véase KERN, *Los delitos de expresión*, pp. 11-16 y 43-49.

¹³⁸⁶ En detalle, véase KERN, *Los delitos de expresión*, pp. 31-37.

¹³⁸⁷ KERN, *Los delitos de expresión*, p. 47.

¹³⁸⁸ Esta referencia está directamente relacionada con la doctrina de las *fighting words* en los Estados Unidos analizada en el *Bloque I*. Recuérdese que, según la misma, para que ciertas expresiones beligerantes puedan sancionarse penalmente se viene requiriendo que tales expresiones se dirijan a un individuo concreto y no a un grupo (*directed toward a specific individual, not a group*). Aun así, entendemos, la más absoluta falta de claridad respecto a la audiencia destinataria de expresiones que inciten al odio online es un factor muy a tener en cuenta dentro o fuera de doctrinas u ordenamientos concretos. Véase: GLEN, *Controlling cyberspace*, p. 92; NEW YORK CITY BAR, *United Nations* (2014), p. 55. Véase también, sobre las

declarativas incitadoras representan –o, al menos, así debiere serlo– una excepción en relación con otras constelaciones de discursos de odio que guardan un sentido objetivo punible diferente al de incitar.

En suma, diferentes manifestaciones de discursos odiosos podrán o no ser punibles en un ordenamiento jurídico en función de cuál sea el sentido objetivo que se atribuya a las palabras y de si está o no previsto su castigo. Por ejemplo, como se verá más adelante, el elemento tendencial de incitar, el cual aclara el sentido objetivo de la conducta, cristaliza en la prohibición penal del art. 510.1.a) CP (*discurso incitador* como discurso de odio)¹³⁸⁹. Otro ejemplo sería el de la conducta tendencialmente dirigida a demonizar a un colectivo, sea mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito, lo que se plasma en el art. 510.2.a) CP (*discurso difamatorio/injurante* como discurso de odio)¹³⁹⁰. El sentido objetivo de incitar o de difamar/injuriar dotará así de interés penal a la manifestación declarativa, sea cual sea su forma (p.ej.: materiales sonoros y audiovisuales) y medio de transmisión empleado (p.ej.: dispositivos informáticos, radio, televisión, etc.). Y es por ello que no existe un fenómeno delictivo como tal, sea que hablemos del discurso de odio o del ciberodio, sino diferentes caras del mismo con diferente alcance jurídico. En suma, diferentes discursos (p.ej.: discurso incitador o discurso difamatorio/injurante) se construyen a partir de sentidos objetivos distintos (p.ej.: incitar o demonizar), si bien no todos adquieren reflejo penal.

Según algunos autores¹³⁹¹, en un sentido amplio, el ciberodio se define como el uso de la tecnología informática¹³⁹² (sobre todo, plataformas digitales) para expresar

fighting words en EE.UU., el apartado «1.4.1. Tendencias político-criminales. Especial atención al modelo agravatorio de pena en el sistema de justicia estadounidense y los medios de control constitucional a su alcance» del *Bloque I*.

¹³⁸⁹ En detalle, véase el epígrafe «a.1) La incitación pública grave y su cadena de difusión (arts. 510.1.a) y b) CP)», del apartado «3.3.2.2. Conductas típicas y generación de riesgo» *infra*.

¹³⁹⁰ En detalle, véase el epígrafe «a.2) Las conductas apologéticas de crímenes de derecho penal internacional (arts. 510.1.c) CP)», del apartado «3.3.2.2. Conductas típicas y generación de riesgo» *infra*.

¹³⁹¹ Véase, con alternancia de autores, las referencias al respecto en: HAWDON/OKSANEN/RÄSÄNEN, «Victims», p. 166; COSTELLO/HAWDON/RATLIFF/GRANTHAM, “Who views”, p. 312; COSTELLO/HAWDON/RATLIFF, “Confronting online extremism”, p. 588; HAWDON/OKSANEN/RÄSÄNEN, “Exposure to online hate”, p. 255; HAWDON/BERNATZKY/COSTELLO, “Cyber-routines”, p. 330; COSTELLO/HAWDON, «Hate speech», p. 1398.

¹³⁹² En concreto, el uso de redes (p.ej.: redes informáticas o redes de telefonía móvil) y servicios (p.ej.: servicios de correo electrónico o servicios de mensajería) de comunicaciones electrónicas. Aparte de los servicios de comunicación electrónica (servicios de transmisión), también cabe referirnos a los conocidos como de servicios de contenido, que son los que proporcionan contenido más o menos estático y que, en principio, no estarían orientados a satisfacer la interacción comunicativa (p.ej.: servicios de contenido de sitios web, como sería el caso de la prensa digital). Nótese, además, que tanto los servicios de transmisión

manifestaciones declarativas del pensamiento humano que sean prejuiciosas hacia una «identidad colectiva» por motivos de raza, etnia, género, identidad de género, orientación sexual, origen nacional, religión o cualquier otra característica grupal. Las claves de entendimiento giran precisamente en torno a lo colectivo (identidad grupal/colectiva), no en torno al individuo aisladamente considerado. El odio online tiene lugar, en la mayoría de ocasiones, cuando ciertas personas se topan¹³⁹³ con materiales¹³⁹⁴ que denigran al colectivo al que pertenecen o con el que le asocian libremente. El ciberodio puede también dirigirse a un individuo en particular, pero el menosprecio nunca girará en torno a una condición inherente a su persona y sólo ligada a él en términos de exclusividad. Al contrario, ha de haberse escogido al individuo por su pertenencia –o presunta pertenencia– a un grupo o colectivo sistemáticamente expuesto a similares acciones expresivas de odio.

En relación con todo lo anterior, este estudio no puede obviar que existen otras realidades de victimización por el mismo fenómeno. Al margen de que muchas veces el discurso de odio quede caracterizado como mero acto delictivo preparatorio (*inchoate offence*)¹³⁹⁵, el valor de lo expresado enlaza también con daños cuasi instantáneos que el propio discurso ocasiona en la víctima directa o en su colectivo de pertenencia¹³⁹⁶.

como los servicios de contenido convergen bastante (p.ej.: discusiones en la sección de comentarios de ciertos artículos polémicos en prensa digital).

¹³⁹³ La actividad rutinaria online de cada persona también puede incrementar la probabilidad de ser victimizado. Existen numerosos factores que podrían estar directamente relacionados con ese resultado: expresar posiciones antagonistas a comentarios intolerantes, manejo y uso habitual de varias redes sociales, tiempo que se dedica a navegar por la red, tener muchas amistades online, agregar a desconocidos o aceptar solicitudes de amistad enviadas por desconocidos, confianza excesiva a la hora de facilitar datos personales o al contactar con personas que esconden su identidad bajo el velo del anonimato, etc. En detalle, véase: HAWDON/OKSANEN/RÄSÄNEN, “Exposure to online hate”, pp. 255-256; COSTELLO/HAWDON/RATLIFF, “Confronting online extremism”, pp. 589-590; COSTELLO/HAWDON/RATLIFF/GRANTHAM, “Who views”, pp. 312-313; HAWDON/BERNATZKY/COSTELLO, “Cyber-routines”, pp. 331-333; COSTELLO/HAWDON, «Hate speech», pp. 1401-1405.

¹³⁹⁴ Debe tenerse en cuenta que la mera exposición –advertida o inadvertida– a dichos materiales no conlleva necesariamente la victimización. Puede, eso sí y según recoge algún que otro estudio específico, minar poco a poco la confianza social del individuo o de un colectivo a medio o largo plazo. En detalle, véase NÄSI/RÄSÄNEN/HAWDON/HOLKERI/OKSANEN, “Exposure to online hate”, pp. 607-622.

¹³⁹⁵ De hecho, como se decía en el *Bloque I* siguiendo a WALDRON, si bien en la agravante penológica de delitos comunes (delitos de odio *stricto sensu*) el odio o prejuicio se observa a menudo desde el ángulo de quien actúa (p.ej.: sujeto motivado por ideas racistas y supremacistas), en el discurso de odio (delitos de odio *lato sensu*) predomina claramente un foco puesto en el efecto posible que se trata de irradiar a través las diferentes formas discursivas. Es decir, el odio como finalidad u objetivo, tratando de inocularlo en la sociedad o incitando al mismo. WALDRON, *The harm in hate speech*, p. 35. Véase también el apartado «1.2.2. Bases teóricas o concepciones marco» y el epígrafe «a) Agravación penológica de delitos comunes y discurso de odio», del apartado «1.4.2.1. Consideraciones previas» del *Bloque I*.

¹³⁹⁶ Al contrario de lo que sostienen los clásicos argumentos liberales a favor de más libertad de expresión y de contraponer ideas, LEAKER sostiene que esto no soluciona nada. El discurso racista, teniendo como tiene la intención y la aptitud para impactar en el receptor del mensaje, configura un enunciado performativo

Algunos autores se refieren a esta forma de entender y manifestarse el discurso de odio como *assaultive speech* (en lo sucesivo, discurso que *violenta* o que es *idóneo para ir gestando las condiciones que, eventualmente, pudieran llegar a violentar*)¹³⁹⁷. El carácter cumulativo de esta modalidad lesiva del discurso¹³⁹⁸ tiende además a generar un ambiente insano que es ideal para perpetuar el *statu quo*. A través del lenguaje no sólo se juega la baza de lo meramente descriptivo (p.ej.: probar la intención o motivación de autor), sino que el lenguaje se erige en auténticos «actos de habla» (*speech acts*). Es decir, son acciones que provocan alteraciones y causan efectos¹³⁹⁹. Además, el lenguaje está tan integrado en nuestro día a día que se podría decir que no describe una realidad social, sino que la construye o moldea a su antojo. En breve, los actos de habla producen transformaciones sociales reales (efecto perlocucionario). Asimismo, el lenguaje es capaz de normalizar actitudes poco edificantes que, incluso de forma imperceptible, ayudan en la configuración general de un entorno vital más hostil para ciertos grupos de individuos. Es decir, como poco, el lenguaje prejuicioso puede contribuir a una relajación cívica de valores compartidos.

La ubicuidad de las comunicaciones prejuiciosas, más si cabe en Internet, es clave para entender cómo se va conformando un auténtico *modus vivendi* que salpica a todo miembro de una comunidad. Y es que, además del daño ocasionado o de preparar el terreno para que se limiten o se dejen a su suerte la realización plena y efectiva de los derechos y

que pone «punto y final» a la discusión. El mensaje, en efecto, no nace con vocación de empezar o continuar una discusión, su fin es bien distinto y se consume en el mismo momento en que las palabras alcanzan su objetivo. Según LAWRENCE III, el discurso puede concebirse como un «ataque preventivo», de tal forma que las injurias racistas, más que una mera exposición de ideas, representan un golpe que no espera réplica. Véase: LEAKER, *Against*, p. 74; LAWRENCE, «If he hollers», pp. 67-68.

¹³⁹⁷ En concreto sus ideólogos definían *assaultive speech* de la siguiente manera: «[P]alabras que se usan como armas para tender una emboscada, aterrorizar, lastimar, humillar y degradar». MATSUDA/LAWRENCE/DELGADO/CRENSHAW, «Introduction», p. 1 (traducción propia). Con todo, desde la literatura más especializada –e interdisciplinar– que ha estudiado este tipo de mensajes, no se ha escatimado en posibles designaciones. Entre otras, destacan *assaultive speech* o *stereotypic communication* (comunicación basada en estereotipos). Ante todo, se trata de mensajes prejuiciosos e intergrupales que están basados en una categorización social, real o presunta, expresada por el comunicador y cuyo fin es el de degradar o deshumanizar a miembro/s vinculado/s a esa adscripción comunicativa. Un breve acercamiento a las diferentes designaciones y a los diferentes estudios que las desarrollaron puede encontrarse en HAAS, «Hate speech», pp. 129-130.

¹³⁹⁸ Sirva aquí con apuntar una conocida, pero no por ello menos sugerente, cita del filólogo alemán KLEMPERER: «Las palabras pueden actuar como dosis ínfimas de arsénico: uno las traga sin darse cuenta, parecen no surtir efecto alguno, y al cabo de un tiempo se produce el efecto tóxico». KLEMPERER, *LTI. La lengua*, p. 31.

¹³⁹⁹ En 1989, MATSUDA recopila algunos de los efectos que experimentaban las víctimas expuestas a la propaganda de odio a través de diferentes tecnologías de la comunicación, como podrían ser las redes informáticas: «aflicción emocional», «miedo instintivo», «pulso acelerado y dificultad para respirar», «pesadillas», «trastorno de estrés postraumático», «hipertensión», «psicosis» o «suicidio». MATSUDA, «Public response», p. 2336.

libertades básicas de algunos ciudadanos¹⁴⁰⁰, estos discursos también cumplen algunas funciones¹⁴⁰¹ que afianzan a los propios comunicantes en sus respectivas posiciones de partida y de pertenencia al colectivo con el cual se identifican.

En resumidas cuentas, debemos entender que la exposición al discurso de odio online puede llegar a producir diferentes tipos de efectos –incluso en el orador– y que ello se traduce en realidades de victimización igualmente diferenciables¹⁴⁰². Tratar de definir bien las diferentes modalidades de impacto que caracterizan al discurso de odio enlaza directamente con tener una mejor posición para evaluar cómo funcionan (y cómo deberían funcionar) las legislaciones que se encargan de limitar esta práctica delictiva¹⁴⁰³. Por un

¹⁴⁰⁰ Por ejemplo, quien por su orientación sexual se plantea si no sería más prudente quedarse en casa a partir de cierta hora de la noche; o quien rehúsa la idea inicial de alquilar una vivienda en según qué vecindario debido a su color de piel.

¹⁴⁰¹ En concreto, siguiendo a RUSCHER, algunas de estas funciones comunicativas –no excluyentes entre sí y a menudo operando a la vez– son las siguientes: 1) Economía cognitiva (*cognitive economy*) y economía de la expresión (*economy of expression*). La carta de presentación de las personas al relacionarse con otras contiene tanta información que los estereotipos ayudan a reducir esa ingente cantidad a aquella otra que normalmente se logra retener. A su vez, con el uso generalizado de los estereotipos se logra evocar en la mente del receptor esa imagen simplificada y que se digiere fácilmente, lo que facilita la relación por asociación. Los estereotipos hacen que el mundo sea más predecible; 2) Protección del ego (*ego protection*) y revalorización de grupo (*group enhancement*). La comparación con «el otro» refuerza la imagen de los miembros de un mismo grupo a la vez que se consolidan las ideas respecto del extraño; 3) Funciones sociales (*social functions*). El lenguaje prejuicioso, a veces enmascarado con alusiones expresas a motivos no-prejuiciosos del autor, sirve para justificar comportamientos esquivos que evitan el contacto (*avoiding contact*) social (p.ej.: un club recreativo sólo para hombres, alegándose que viola la tradición cualquier intento de involucrar al sexo opuesto). También sirve para mostrar indiferencia (*detachment*) respecto al otro (p.ej.: la creación de *ghettos* para el desplazamiento físico de un colectivo étnico, siendo así que las personas se desentienden de ese colectivo y justifican de forma superficial su aislamiento, no reparando adecuadamente en las causas y consecuencias que han llevado hasta ese lugar al grupo marginal, así como en las posibles vías de solución), hasta el punto de sentir completo desapego o desinterés. Por último, otra función social todavía más extrema es la de deslegitimar (*delegitimization*) al otro (p.ej.: una retórica que apunta hacia seres infrahumanos o, como poco, a personas que no forman parte de esta sociedad porque no respetan nuestras normas), hasta el punto de que cualquier acción violenta esté justificada; 4) Proteger la posición de poder del colectivo dominante (*protecting the power of the dominant group*). La comunicación prejuiciosa como uso del lenguaje para proteger a los nuestros –frente a los otros– de los recursos y privilegios de los que se dispone (p.ej.: infantilizar a las mujeres para reforzar la idea de que no es conveniente que ostenten el poder en una determinada sociedad); y 5) Manejo de impresiones (*impression management*). Ciertas formas de expresión exculpatorias (p.ej.: negar los prejuicios o restarles importancia) buscan controlar la forma en que los miembros del grupo son percibidos *ad extra* y, con ello, enmascarar el verdadero prejuicio que tantos problemas les acarrearía según estándares de lo que resulta moralmente aceptable en nuestras sociedades contemporáneas. En detalle, véase RUSCHER, *Prejudiced communication*, pp. 5-13.

¹⁴⁰² Una definición que, en principio, abarcaría todas estas realidades es la contenida en la Estrategia y Plan de Acción de las NN.UU. contra el discurso de odio (2019). Según se recoge, se entiende por discurso de odio “cualquier forma de comunicación de palabra, por escrito o a través del comportamiento, que sea un ataque o utilice lenguaje peyorativo o discriminatorio en relación con una persona o un grupo sobre la base de quiénes son o, en otras palabras, en razón de su religión, origen étnico, nacionalidad, raza, color, ascendencia, género u otro factor de identidad”. Véase: NACIONES UNIDAS, *La Estrategia* (2019), p. 3; NACIONES UNIDAS, *United Nations* (2020), pp. 10-22.

¹⁴⁰³ Para una visión amplia de otros remedios o buenas prácticas para tratar de reducir el discurso de odio online, más allá de la eliminación de contenidos o de restringir y bloquear el acceso a usuarios, véase: LAND/HAMILTON, «Beyond takedown», pp. 143-156.

lado, encontramos la «incitación (al odio, discriminación o violencia)» que, aun recibiendo aquí un tratamiento unitario, es graduable en función de la gravedad del resultado para cuya materialización se persuade o, en su caso, para cuya materialización terceras personas puedan verse o se vean persuadidas. Según estándares internacionales sobre la materia, como se tendrá ocasión de comprobar más adelante, incluso no exigiéndose que se concrete efecto alguno (p.ej.: agresiones racistas u homófobas por las calles), la incitación debe quedar tan estrechamente ligada al resultado que las manifestaciones de incitación más crudas no serían punibles si están desconectadas – incluso, hasta mínimamente desconectadas– del resultado¹⁴⁰⁴.

Por otro lado, radica el «discurso que *violent*». Esta manifestación del discurso de odio ocasiona –o tiene la virtualidad de ocasionar– cambios emocionales (p.ej.: ansiedad o miedo), actitudinales (p.ej.: radicalización) o conductuales (p.ej.: evitar frecuentar ciertos lugares) más o menos inmediatos en la víctima y, sea directa o indirectamente, en una audiencia receptora mayor (colectivo de pertenencia de la víctima). Relacionado con lo anterior y sin ser excluyentes entre sí, otra modalidad del *assaultive speech* viene referida al «discurso que es *idóneo para ir gestando las condiciones que, eventualmente, pudieran llegar a violentar*». Este último se caracteriza por la fuerza cumulativa de aquellos discursos que violentan, ya que su efecto –muchas veces inadvertido– irá construyendo a medio o largo plazo un entorno en el que, además de moldear la realidad social en la que se convive y definir estructuras de poder, queda sembrada la semilla de la hostilidad y desconfianza para un eventual paso al acto contra ciertas personas o colectivos.

Este estudio que, como se sabe, bascula en torno a claves jurídico-penales, no puede abstraerse sin más de esta última realidad. Una realidad que, según ha quedado apuntado, cohabita con la inminencia del peligro que proyecta la incitación a la violencia. Entre otras razones, como veremos más adelante, el TEDH también parece partir de la premisa de que existe una modalidad discursiva de odio que enlazaría con la gestación de una atmósfera que propicia, lenta pero ininterrumpidamente en la *psique* colectiva, el paso al

¹⁴⁰⁴ Así lo entiende también ZICCARDI, quien adelanta que en cualquier situación que se nos plantee deberán darse cuando menos tres requisitos para que lo expresado se eleve a la categoría de discurso de odio punible. En primer lugar, se precisa una voluntad e intención clara (*clear will and intention*) de incitar al odio. De forma añadida a la voluntad, debe considerarse una incitación realista (*actual incitement*), es decir, que tenga la virtualidad de poder llegar a causarse aquello para lo que se persuade al receptor. Por último, los actos de violencia o discriminación deben materializarse o, de otro modo, debe considerarse inminente el riesgo (*imminent risk*) de que acontezcan. ZICCARDI, *Online political*, p. 36.

acto. Al parecer, el TEDH no habría sido tan explícito en sus planteamientos a la hora de dictar sentencia, pero una lectura entre líneas de sus resoluciones no deja lugar a dudas de que el discurso de odio es una realidad poliédrica en sus formas de manifestarse (p.ej.: discurso incitador y *assaultive speech*, sea como discurso que *violenta* o como discurso que es *idóneo para ir gestando las condiciones que, eventualmente, pudieran llegar a violentar*). Como refleja DIEZ BUESO, ello no quiere decir que el tratamiento jurídico deba ser diferente *per se* entre unas y otras formas de manifestarse el discurso de odio, pero quizás sí que unos mismos indicadores (p.ej.: contenido del mensaje, emisor del mensaje, intención del emisor, colectivo destinatario, ámbito geográfico de distribución o canal utilizado para la distribución) deban ser valorados *de facto* de forma cualitativamente distinta¹⁴⁰⁵.

En cualquier caso, por el momento, será suficiente con apuntar que el TEDH reconoce tácitamente que ciertos discursos recrean una cadena cuyos eslabones pueden romperse en cualquier momento y con cualquier aportación, por mínima que ésta sea¹⁴⁰⁶. Lógicamente, ello podría conectar también con lo que JAKOBS denominara en su día como delitos de clima¹⁴⁰⁷, en los que la conducta concreta no es reprobable en sí misma, sino en cuanto que crea condiciones óptimas o favorables a la comisión futura de todo tipo de acciones impredecibles. Es decir, mediante la configuración de tipos penales de peligro abstracto¹⁴⁰⁸, si bien pareciera que la sociedad se libra de eslabones de la cadena aparentemente inocuos, lo que realmente se consigue es prevenir escenarios futuros límite, presumiblemente cercanos y no deseados; es decir, se actúa contra la «antesala» de la violencia. Ahora bien, cabe dejar claro que lo que el TEDH reconoce es que la

¹⁴⁰⁵ Con gran acopio de sentencias dictadas por el TEDH en los últimos años, véase el análisis de DÍEZ BUESO, “Discurso del odio en las redes sociales”, *passim*. Véase también el apartado «3.2.2.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos» *infra*.

¹⁴⁰⁶ De forma quizás más gráfica e inteligible, sirva una conocida cita de mediados del siglo pasado: «Aunque la mayoría de los ladridos no conducen a la mordedura, nunca hay una mordedura sin ladridos previos». ALLPORT, *The nature of prejudice*, p. 57 (traducción propia).

¹⁴⁰⁷ JAKOBS, “Criminalización”, pp. 293-324. Reflexionando sobre esta misma idea y mostrándose crítico con trazar figuras penales en esta dirección, véase LANDA GOROSTIZA, “La llamada”, pp. 697-704. También crítico es FUENTES OSORIO, quien se refiere al «peligro diluido» que emerge de un entendimiento del odio como gestante de climas predelictivos. En detalle, véase: FUENTES OSORIO, «Concepto», pp. 138-140; FUENTES OSORIO, “El odio como delito”, pp. 10-16.

¹⁴⁰⁸ El castigo de una conducta típicamente peligrosa es una problemática que estará muy presente en este estudio. Piénsese, a modo de ejemplo, en un delito de almacenamiento de material racista en equipos informáticos u otros tipos de soportes o unidades extraíbles. En estos casos, el legislador ha podido realizar una valoración político-criminal previa en la que concluya que el castigo anticipado de la conducta evita la puesta en peligro del bien jurídico, sin que sea preciso demostrar la afectación o resultado lesivo —en forma de riesgo— al mismo. En suma, se dispensa al aplicador de la ley de tener que estimar la concurrencia de un peligro objetivo de la conducta para con el bien jurídico afectado.

incitación o provocación puede ser el resultado de, por ejemplo, la injuria, la ridiculización o la difamación irresponsables de determinados colectivos vulnerables. Por tanto, a través de estas conductas de matriz injuriosa, también es posible seguir hablando de delitos de peligro y dispensar un régimen jurídico similar, salvando las distancias. Con todo, existe un matiz que es importante retener para avanzar en este estudio. Existen manifestaciones (p.ej.: injuria, difamación, libelo, etc.) que, sin juzgar siquiera el peligro que suponen, también pueden ser sancionadas en sí mismas en tanto que lesionan bienes jurídicos (p.ej.: dignidad, honor, etc.) de miembros integrantes de determinados colectivos. Existen, por tanto, diferentes configuraciones jurídicas posibles (delito de peligro o delito de resultado) para delitos de injuria o difamación colectiva¹⁴⁰⁹ o delitos relativos al discurso que *violenta (assaultive speech)*¹⁴¹⁰.

Pues bien, lo cierto es que en todas las manifestaciones del ciberodio expuestas, como rasgo común, las víctimas serán identificadas o potencialmente identificables (incluso erróneamente) por compartir alguna cualidad identitaria y colectiva merecedora de protección legal. Por ello, teniendo en mente todo lo anterior, los apartados siguientes trasladarán una visión acerca de cómo los aplicadores de la ley han manejado y manejan la relación de causalidad que media entre el discurso y su efecto, esté concretado o por concretarse. A este fin, en un primer momento nos aproximaremos a su estudio desde la teoría de la comunicación¹⁴¹¹. La teoría de la comunicación, como se verá, abre un espacio para cuestionar ciertas interpretaciones sobre aspectos comunicativos del lenguaje que la práctica legal y judicial dan por sentado en infinidad de ocasiones. De esta forma, lo que se busca es facilitar un mejor entendimiento del fenómeno comunicativo, del que no se está familiarizado en el ámbito legal o judicial. La comunicación, como elemento central de todo delito de expresión y como objeto de estudio de la teoría de la comunicación, no sólo encaja bien dentro del estudio del ciberodio como fenómeno, sino que ayudará a entender los mimbres en los que se asienta la comisión de delitos con palabra. Los estudios más clásicos seleccionados, publicados durante la década de los setenta u ochenta, abrieron el camino para legitimar o deslegitimar el entendimiento del proceso

¹⁴⁰⁹ ECRI, *Recomendación y memorándum explicativo* (2017), párr. 13 (memorándum explicativo).

¹⁴¹⁰ En concreto, sobre el discurso injurioso online (*online injurious speech*), véanse algunas reflexiones sobre sus particularidades en WILLIAMS, *Virtually criminal*, pp. 106-111.

¹⁴¹¹ Debido a las limitaciones del estudio, para una revisión más general de los estudios realizados alrededor de los discursos de odio enmarcados dentro del proceso comunicativo de las relaciones intergrupales, véase HAAS, «Hate speech», pp. 128-140. Asimismo, para un análisis en clave de actualidad en torno a los efectos del discurso incitador pero partiendo esta vez del estudio de los procesos persuasivos, objeto de estudio a su vez de la psicología social, nos remitimos aquí a WILSON, *Incitement*, pp. 223-247.

comunicativo del discurso de odio que, al parecer, jueces y tribunales asumían de plano sin mayor atención ni reflexión acerca de su validez. Este viaje al pasado de seguro estimulará la reflexión crítica del lector y nos permitirá abordar acto seguido un estado de la cuestión que transmita una visión de actualidad más ligada a las nuevas tecnologías.

3.1.2. La eficacia del discurso *incitador* y la crítica desde la filosofía de la comunicación de BAILEY

William Edward BAILEY (1935-2008), doctor en filosofía de la comunicación por la Universidad de Northwestern (Evanston, Illinois) y profesor de esta materia en la Universidad de Arizona (Tucson, Arizona), fue uno de los primeros académicos que, además de compilar parte del estado del saber acerca de la eficacia del lenguaje hasta el año 1980, sostuvo que los tribunales tenían una obligación de revisar o abandonar presunciones pragmáticas y mecanicistas del proceso de comunicación que quedaban ya obsoletas por aquél entonces. El análisis de su obra, y muy notablemente de su artículo «*The Supreme Court and communication theory: contrasting models of speech efficacy*»¹⁴¹², nos ayudará seguro a introducirnos en algunas de las cuestiones más salientes y controvertidas sobre la eficacia del lenguaje para que cause el efecto que las disposiciones penales relacionadas con la incitación al odio, discriminación o violencia aspiran a eliminar de raíz.

La máxima de que «toda acción acarrea consecuencias» no siempre es válida, al menos en términos jurídico-penales. La naturaleza de la relación causal y la inminencia de que una acción entrañe una determinada consecuencia¹⁴¹³ representa la esencia misma de todo debate habido y por haber sobre los límites a la libertad de expresión¹⁴¹⁴. Esta relación causal, con las características singulares que la definen y sin hacer una abstracción del contexto general en que se inserta, determinará la eficacia del discurso provocador.

¹⁴¹² BAILEY, “The Supreme Court”, pp. 1-15.

¹⁴¹³ Siempre será diferente el remedio –legal o, quizás, simplemente social– que merece un discurso que se asienta sobre una relación causal débil y con una probabilidad de concreción remota, que aquél otro que lo hace sobre una relación causal sólida y con efectos más que probables.

¹⁴¹⁴ A este respecto, GAVISON se refiere a un punto de partida obvio, pero no por ello menos importante. Según esta autora, el castigo penal se racionaliza ante un discurso que lleva consigo la práctica seguridad de producir consecuencias indeseadas, mientras que si nos vamos alejando de este escenario ideal (relación causal firme y directa) la predisposición al castigo se atenuará en igual medida. Por tanto, estamos ante un reto mayúsculo para delimitar la frontera que, en última instancia, justificará limitaciones de carácter excepcional a la libre expresión de ideas. GAVISON, «Incitement», p. 52.

Pues bien, el estudio de BAILEY, que será objeto de una breve exposición en las líneas que siguen¹⁴¹⁵, se publicó en 1980 y fue pionero en aspectos tales como el de examinar el tratamiento que venía recibiendo la eficacia del discurso incitador en sede judicial¹⁴¹⁶. En concreto, este autor trata de reflejar cómo el Tribunal Supremo de los EE.UU., sea cual fuere el test empleado que evalúe el grado de conformidad constitucional de las legislaciones que prohíben los discursos hostiles u odiosos, pero siempre que pretenda apoyarse además en una supuesta eficacia inherente al discurso para el castigo (p.ej.: test del *clear and present danger* o test de las *fighting words*)¹⁴¹⁷, habría manejado unos parámetros científicamente devaluados y ampliamente superados desde un enfoque ligado a las teorizaciones realizadas hasta la fecha sobre el proceso comunicativo.

Entrando ya en materia, BAILEY estima que a lo largo de los años parecía haberse asumido que la audiencia receptora de un mensaje de odio era algo que venía dado y pasivo, de tal forma que el canal comunicativo tenía un sentido único (influencia unidireccional del orador). El discurso se convertía entonces en un instrumento con el que el orador llegaba a su audiencia y era capaz de persuadirla a actuar, con o sin su consentimiento¹⁴¹⁸. En palabras de este autor, esa persuasión a la que la audiencia

¹⁴¹⁵ En lo sucesivo, salvo que expresamente se indique lo contrario, todas las alusiones al autor deberán entenderse en referencia a BAILEY, “The Supreme Court”, pp. 1-15.

¹⁴¹⁶ Según especifica el propio autor, la arbitrariedad de la ley que contiene previsiones que prohíben la incitación no estaría tan cuestionada. Es decir, se parte de la base de que el discurso proscrito representa un daño positivo, el cual cristaliza en una consecuencia (p.ej.: actos o revueltas violentas de la población) que puede o no concretarse. Salvada la conformidad constitucional por no ser arbitraria la ley, entendemos que el autor estaría sugiriendo que la dimensión verdaderamente conflictiva se desplaza a cómo los jueces aplican la norma. Más aún, como expone GAVISON, a cómo los jueces construyen –sin sesgos ni preferencias– el carácter punible de una norma que no enumera todos los contextos posibles en que ésta vaya a operar. Así, mientras que las leyes no tienen por qué ser arbitrarias por regla general, su implementación puede serlo con más facilidad. El castigo de unos (y no de otros) socava la igualdad ante la ley, al tiempo que señala, silencia y crea mártires de la libertad de expresión. Por tanto, el análisis de implementación práctica que aspira a realizar BAILEY acerca de la eficacia del discurso en sede judicial bien pudiera hacernos reflexionar sobre otros interrogantes más amplios, que a nadie se escapa que están de plena actualidad en nuestro país. Véase: BAILEY, “The Supreme Court”, p. 1; GAVISON, «Incitement», p. 54.

¹⁴¹⁷ Sobre estos y otros test, nos remitimos aquí al apartado «1.4.1. Tendencias político-criminales. Especial atención al modelo agravatorio de pena en el sistema de justicia estadounidense y los medios de control constitucional a su alcance» del *Bloque I*.

¹⁴¹⁸ En concreto, fue en un contexto bélico –esto es, durante la Primera Guerra Mundial– que la población estadounidense alcanzó a ver la naturaleza especialmente peligrosa de la propaganda de odio. Se pasó a observar la incitación como un arma que podía alcanzar a las personas al margen de su voluntad. Al parecer, los estadounidenses eran conscientes de que en el pasado habían sido fácilmente manipulables y persuadidos a actuar como masas irreflexivas que incluso descuidaban sus propios intereses. La respuesta como sociedad se plasma bien en las legislaciones o disposiciones legislativas sobre incitación al odio. En los tribunales, por ejemplo, el *clear and present danger test* asume que las palabras pueden tener cierta naturaleza que, precisamente por ello, pueda ser fuente creadora de riesgo. De forma todavía más clara, el *fighting words test* asume que ciertas palabras, por su mera exposición, causan un daño o tienden a incitar una perturbación inmediata de la paz. En resumen, la llegada de los primeros casos sobre libertad de expresión a los tribunales se produce cuando la sociedad estaba «asustada prácticamente hasta la histeria»

sucumbía por momentos era generalmente aquella en la que la elocuencia y el entusiasmo del orador «abrumaban –emocionalmente– la razón» de los receptores del mensaje. En otras palabras, conseguía que personas racionales actuaran de forma irracional. De hecho, tradicionalmente se pensaba que el escenario que seguía al discurso incitador servía como referencia para medir la eficacia (real o probable) del lenguaje. A tal fin, se tomaban en consideración unas circunstancias y una audiencia determinadas, observado todo ello desde la quietud del espacio-tiempo. Tanto si el carácter delictivo de la incitación tenía que ver con la naturaleza tendencial de ciertas palabras para traer consigo actos de violencia (más o menos cercanos en el tiempo), como si se precisaba de una incitación más directa a tales actos, todo ello llevaba a la cuestión central de dónde situar el punto a partir del cual se iniciaba la relación de causalidad. Este punto, por tanto, determinaría también cuándo el lenguaje tenía aptitud delictiva. En suma, el Tribunal Supremo habría optado desde un inicio por criterios mecánicos de causa-efecto caducos para conformar una incitación a la violencia punible. Según BAILEY, si bien existen ciertos patrones de probabilidad de impacto a la hora de analizar un discurso, las variables son tantas y tan complejas que no procede equiparar lo anterior a un simple proceso mecánico de causa-efecto (p.ej.: quien dispara con una pistola y la peligrosidad intrínseca que ello comporta, alcance o no la bala su objetivo).

Pues bien, el modelo clásico anterior, caracterizado por una influencia de autor sobre la audiencia de forma unidireccional, se inscribe dentro del modelo social de comunicación (*social model of communication*). Y lo cierto es que, como se ha dicho, este modelo habría quedado ampliamente superado por otro, que era el modelo científico de comunicación (*scientific model of communication*). Este último postula la idea del proceso comunicativo en un doble sentido, de tal forma que el orador incide en la audiencia, pero la audiencia también es determinante en la medida en que se involucra activamente en ese juego dual y transaccional. Es decir, la audiencia no es ya un mero agente estático o pasivo a merced de la persuasión que ejerza el orador, sino que gana fuerza a la hora de explicar la eficacia de los discursos incitadores.

Si en el primer modelo la reacción de la audiencia era a menudo la medida empleada para valorar la eficacia del discurso, según BAILEY dicha reacción mide más la predisposición de la audiencia –a actuar de una determinada manera– que la fuerza

por la amenaza propagandística. En detalle, haciendo referencias a numerosos casos judiciales y otras contribuciones de interés, véase BAILEY, “The Supreme Court”, pp. 2-7.

persuasiva que el orador imprime al discurso y que lo hace eficaz. Por tanto, según este autor, los tribunales se habrían venido equivocando al haber asumido «a la ligera» que el orador es el verdadero agente causante (*causative agent*) y que la eficacia de su discurso se da por sentada si la audiencia reacciona de una determinada manera. Es un modelo que nos avoca a un determinismo empírico insostenible, ya que la amplia gama de variables que pueden entrar en juego no permite construir una relación causal lo suficientemente sólida como para entrar a valorar un pronunciamiento condenatorio. A su vez, como indica BAILEY, tampoco se puede pretender que se castigue al orador por lo que una determinada audiencia hizo o podría haber hecho, ya que cada uno responde por sus actos y legalmente cabe presumir que cada individuo actúa de forma racional y con libre albedrío. Desplazar la responsabilidad de la eficacia del discurso a la reacción que tiene –o que es previsible que tenga– una determinada audiencia socava el carácter personalista de la responsabilidad de autor por el hecho cometido.

Con todo, conforme a los dictados del segundo modelo antes referido, por los cuales se incluye a la audiencia como factor determinante de cara a evaluar la eficacia del discurso, lo cierto es que la incitación penalmente relevante podría circular en una doble dirección (orador-audiencia y audiencia-orador). Por consiguiente, BAILEY asume que este modelo destruiría el concepto mismo de incitación. No obstante, la labor de este segundo modelo se centraría más en corregir las deficiencias del primero que en sustituirlo por completo. De hecho, se centra en la lucha contra el automatismo que supone considerar que ciertos discursos pueden llegar a presentar una eficacia inherente al propio discurso. Y es que el acto de persuasión tiene que mantener una correspondencia con, al menos, un mínimo de predisposición a la violencia por parte de la audiencia receptora del mensaje (o una parte de esa audiencia). El orador y su audiencia se retroalimentan mutuamente, por lo que sólo un examen conjunto podrá evaluar la verdadera eficacia de los discursos incitadores.

3.1.3. La eficacia del discurso que *violenta* o que es *idóneo para ir gestando las condiciones que, eventualmente, pudieran llegar a violentar* (*assaultive speech*), según claves de entendimiento sugeridas por CALVERT

Clay CALVERT es profesor de derecho y director del *Proyecto de la Primera Enmienda Marion B. Brechner* en la Universidad de Florida (Gainesville, Florida). En 1987, cuatro años antes de licenciarse en derecho, ya había completado sus estudios de comunicación en la Universidad de Stanford (Stanford, California), lugar en que también

se doctoró aproximadamente diez años más tarde y en esa misma disciplina académica. Es un autor prolífico en temas relacionados con la libertad de expresión y los medios de comunicación de masas. No obstante, la contribución de autor que se destacará en breve no se entendería si no partiéramos previamente de la notable influencia que recibió.

En concreto, no podemos dejar de referirnos a la figura de James William CAREY (1934-2006), un respetado e influyente teórico de la comunicación norteamericano conocido por haber propuesto un abordaje cultural al estudio del proceso comunicativo y la tecnología moderna¹⁴¹⁹. En concreto, este autor partía de diferenciar entre dos modelos de comunicación¹⁴²⁰: la comunicación como «transmisión» y la comunicación como «ritual». A su juicio, estos modelos servirían para describir, explicar y entender los procesos comunicativos y sus efectos. Precisamente sobre la base de estas teorizaciones que se examinarán en breve, CALVERT propuso en 1997 acercar el debate a los dominios del discurso de odio¹⁴²¹. Según este autor, estos modelos permiten a jueces y tribunales disponer de un marco para examinar y entender los diferentes daños asociados al discurso de odio. Es decir, sirven como técnica de resolución del problema de tener que juzgar un fenómeno delictivo del que desconocen su impacto real. A su vez, también confieren un valor predictivo a los discursos, promoviendo cierta garantía y seguridad jurídica en la identificación correcta de los mismos.

Sin más preámbulo, se podría decir que cada modelo propuesto por CAREY conecta, según CALVERT, con un tipo diferente de daño derivado de los discursos de odio. Como explica el primero de los autores, la comunicación como «transmisión» era, hacia mediados de los setenta y desde hacía tiempo, el paradigma dominante en la cultura americana y, seguramente, en el resto de culturas industrializadas. La idea consiste en entender la comunicación como un proceso mecánico en el que los mensajes emitidos se

¹⁴¹⁹ Aunque se irían publicando por separado durante la década de los setenta y ochenta, CAREY publicaría su colección organizada de ensayos en 1989. Ya en 2009, se publicaría una edición revisada de tal colección de ensayos. Aun realizando alteraciones puntuales para su puesta al día y alguna que otra alteración de fondo sobre la estructuración general de contenidos, los ensayos fueron reimpresos manteniendo el sentido y rigor que guiaron su redacción originaria. En lo sucesivo, las referencias oportunas se realizarán a esta última edición revisada de la colección de ensayos, entre los que se encuentra el primero y seguramente más destacado de todos: «Una aproximación cultural a la comunicación» (*A cultural approach to communication*). Para este primer ensayo, véase CAREY, *Communication as culture*, pp. 11-28.

¹⁴²⁰ En realidad, cabe relativizar o cuando menos matizar esto último, ya que el propio autor dejaba claro que, aun siendo contrapuestos, ninguno de los dos modelos negaba necesariamente lo que el otro afirmaba. CAREY, *Communication as culture*, p. 17.

¹⁴²¹ En detalle, más allá de las referencias puntuales que se irán realizando en este apartado, véase CALVERT, “Hate speech”, pp. 4-19

desplazan en el espacio con el propósito de controlar la distancia y a las personas. De esta forma, se envía y se adquiere información (p.ej.: noticias, información o entretenimiento) en grandes dosis y cada vez a mayor escala, de tal forma que los medios empleados (p.ej.: periódico o televisión) actúen como meros transmisores. Desde esta perspectiva, las cuestiones que se plantean giran principalmente en torno a la función que cumplen y a los efectos que producen los mensajes en la audiencia receptora¹⁴²². Por ello, siguiendo este modelo, se han venido cuestionando –y, por tanto, estudiando– los cambios emocionales, actitudinales y conductuales que provocan los mensajes.

No obstante, en la medida en que se avanzaba en su estudio, diferentes académicos comenzaron a rechazar la teoría de la aguja hipodérmica (*hypodermic needle theory*) o de la bala mágica (*magic bullet theory*) que habían servido en su momento para explicar los efectos que producían los medios de comunicación de masas (p.ej.: la propaganda nacionalsocialista antes y durante la Segunda Guerra Mundial)¹⁴²³. Sea como una bala dirigida a la cabeza o como una inyección en el receptor del mensaje, la metáfora había servido para reflejar la pasividad y vulnerabilidad de la audiencia, a merced de un control absoluto por parte del emisor del mensaje. Pero, como decimos, esta concepción de la comunicación iría deteriorándose hasta el punto de considerarse un mito o una falacia. En efecto, el proceso comunicativo es un conjunto complejo de relaciones¹⁴²⁴ donde entran en juego innumerables variables y contingencias que, influyendo en la relación causal, hacen que cualquier intento predictivo sobre un posible efecto directo del mensaje se convierta en un juicio quimérico¹⁴²⁵. Aun así, según CALVERT, el modelo de «transmisión» ha gozado siempre de cierta aceptación por su *a priori* relativa facilidad para ser implementado en lo que hemos denominado anteriormente como discurso que *violenta* (*assaultive speech*). La asunción implícita de este modelo ha supuesto que, en el

¹⁴²² En detalle, véase CAREY, *Communication as culture*, pp. 12-18.

¹⁴²³ De hecho, su origen fundacional se remonta a la tesis doctoral de LASSWELL publicada en formato libro en 1927: «Propaganda technique in the World War». En ella, su autor describe y analiza las campañas de propaganda de guerra que se llevaron a cabo durante la Primera Guerra Mundial. LASSWELL fue también quien dejó una famosa pregunta en el aire para avivar sus diferentes interpretaciones y posicionamientos posibles por parte de generaciones posteriores de teóricos de la comunicación (y de otras disciplinas): ¿Quién dice qué a quién (y) con qué efecto? (*Who says what to whom with what effect?* [traducción propia]). LASSWELL, *Propaganda* (1938).

¹⁴²⁴ Por ejemplo, piénsese en el papel más activo de la audiencia receptora del mensaje que BAILEY quiso poner en valor según lo examinado en el apartado «3.1.2. La eficacia del discurso incitador y la crítica desde la filosofía de la comunicación de BAILEY» *supra*.

¹⁴²⁵ Basándose en diferentes estudios y resumiendo el estado del saber a mediados de los noventa, véase: CALVERT, «Harm to reputation», pp. 944-947. Véase también una breve referencia de este mismo autor en CALVERT, «Hate speech», p. 9.

caso concreto, los jueces busquen cambios emocionales, actitudinales o conductuales (p.ej.: angustia, desconfianza instintiva, cambio en la frecuencia cardíaca, etc.) en el receptor del mensaje¹⁴²⁶. Cada cambio en el receptor podía inferirse y presumirse ligado a algún mensaje, sobre todo si uno y otro se producían al tiempo, pero ello como se ha dicho distaba mucho de solventar los problemas más complejos que planteaba el nexo causal.

El segundo modelo propuesto por CAREY, el de la comunicación como «ritual», parte de entender que la realidad en que vivimos no nos es dada. Lejos de ser independiente al lenguaje, la realidad nace de la comunicación, a través de la producción, comprensión y empleo de formas simbólicas como pueda ser el lenguaje. Sólo así se conforma el «entorno de la existencia humana» (*ambiance of human existence*). Pero lo cierto es que las actividades comunicativas (p.ej.: conversaciones, impartir conocimientos, compartir ideas, etc.) que producen, mantienen, reparan y transforman nuestra realidad cultural compartida son tan corrientes que apenas reparamos en ellas¹⁴²⁷. Según CALVERT, esta realidad pasa a ser soportada y sufrida para las víctimas de los discursos de odio, ya que viene caracterizada por el trato desigual y la subordinación de minorías étnico-raciales. Los epítetos que afrentan o infaman a miembros de colectivos vulnerables facilitan y promueven que se conformen relaciones de poder de unos sobre otros. De esta forma, se puede observar un daño acumulativo a largo plazo; es decir, lo que hasta ahora hemos denominado como discurso que es *idóneo para ir gestando las condiciones que, eventualmente, pudieran llegar a violentar (assaultive speech)*. En este entorno, que se vuelve hosco para algunos, se acaba moldeando la consciencia colectiva social, mientras que la identidad que define al grupo afectado acabará por predeterminar y lastrar los cursos vitales de cada uno de sus miembros. La realidad que nace del discurso de odio, en verdad, se irá reafirmando con la interacción comunicativa cotidiana, debido a que esta última ejerce influencia sobre cómo vemos y tratamos a los demás. Incluso, según

¹⁴²⁶ Incluso, CALVERT apunta a que la incitación también tiene cabida en este modelo, si bien el daño que implicará un cambio siempre será físico o conductual, nunca emocional. Es decir, se trata de prevenir represalias físicas. Con todo, este ejemplo lo trae a colación el autor tomando en consideración la doctrina de las *fighting words* instaurada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), donde la mera exposición de expresiones beligerantes se da por hecho que automáticamente tienden a incitar una perturbación inmediata de la paz. En detalle, véase CALVERT, “Hate speech”, pp. 10-11 y 14-15. Sobre el caso apuntado, nos remitimos aquí a lo desarrollado en el apartado «1.4.1. Tendencias político-criminales. Especial atención al modelo agravatorio de pena en el sistema de justicia estadounidense y los medios de control constitucional a su alcance» del Bloque I.

¹⁴²⁷ Es, como recogía algún que otro autor, como el pez que no es consciente del agua que le rodea (entorno) y que permite que siga con vida (existencia). CAREY, *Communication as culture*, p. 19.

sugerían algunos estudios de mediados de los ochenta, los comentarios racistas difamatorios pueden dar pie a comportamientos prejuiciosos de quienes han estado expuestos a ellos¹⁴²⁸.

Con todo, CALVERT no escatima en razones para concluir que resulta problemático implementar la legislación contra discursos odiosos asumiendo la óptica de la comunicación como «ritual». Y es que nos moveríamos por un terreno ciertamente inestable si asumiéramos la labor de determinar el valor que merecen cada una de las distintas contribuciones que van gestando el entorno hostil –y potencialmente explosivo– para ciertos colectivos. Además, este autor se pregunta por qué debería recaer todo el peso de la ley en una expresión concreta –y no en otra– si en realidad lo que se castigaría sería la expresión contextualizada con el resto de expresiones que se realizan día sí y día también a ese mismo sujeto o a cualquier otro que comparta ciertos rasgos identitarios. Este estándar para determinar la responsabilidad penal resulta altamente inestable y resbaladizo, lo que en nada ayuda a la seguridad jurídica¹⁴²⁹. No obstante, CALVERT también se refiere a la importancia de que jueces y tribunales tengan una visión más amplia de los daños asociados al discurso de odio, como la que propone este modelo, de tal forma que el entendimiento del fenómeno no se reduzca a meros cambios emocionales, actitudinales o conductuales en el receptor del mensaje¹⁴³⁰. Este modelo constituye, por ello, un punto de partida ineludible para que legisladores y aplicadores de la ley alcancen a comprender cómo actúa el factor comunicativo que sostiene todo el engranaje del discurso de odio. En otras palabras, para conocer la naturaleza y alcance reales del fenómeno que se regula o juzga.

¹⁴²⁸ En detalle, véase CALVERT, “Hate speech”, pp. 6-7, 9 y 11-13. Otros estudios de esa época, centrados en la relación entre la comunicación difamatoria y el daño a la reputación de terceros (*third-person effect*), sugerían que el efecto de tales comunicaciones era percibido más intensamente en relación a otros que en uno mismo. También se hipotetizó acerca de que las personas dejaban que sus acciones se guiaran conforme a la lógica anterior, es decir, según la percepción que tenían de que los demás siempre quedaban más afectados por las comunicaciones que ellos. Además, un estudio pudo comprobar que, si se les pedía que solicitaran una indemnización por daños y perjuicios, la decisión de los sujetos de hacer no se basaba tanto en las consecuencias o efectos estimados que tenía, por ejemplo, la lectura de un artículo de prensa, sino más bien la motivación detrás del periódico en cuestión para publicar dicho artículo. Para una breve explicación y puesta en valor de estos estudios, véase COHEN/GLEASON, *Social research*, pp. 96-98.

¹⁴²⁹ En detalle, véase CALVERT, “Hate speech”, pp. 15-17.

¹⁴³⁰ CALVERT, “Hate speech”, pp. 15 y 17.

3.1.4. La eficacia del discurso de odio a través de las nuevas tecnologías: «lo que se dice» (acción online propia) y «lo que se hace» (consecuencia offline ajena)

Se podría convenir, sin miedo a equivocarnos, en que la mayoría de delitos de actos de odio no surgen de la nada. Existen innumerables condicionantes (p.ej.: socio-culturales, económicos, políticos, etc.) que precipitan o que van preparando un terreno fértil para que tales manifestaciones germinen y puedan concretarse de un momento a otro. El discurso de odio, en sus diferentes formas y manifestaciones, constituye uno de los condicionantes más notables por su propensión a azuzar a las masas y a desencadenar actos basados en prejuicios entre la población¹⁴³¹. La Relatora Especial de las NN.UU. sobre cuestiones de las minorías condensa y expresa bien esta misma idea: “*Aunque no todos los mensajes de odio dan lugar, en la práctica, a delitos motivados por prejuicios, esos delitos rara vez se producen sin una estigmatización y deshumanización previas [discurso de odio como «assaultive speech»] de los grupos afectados y una incitación al odio [discurso de odio como «incitación»] de sesgo religioso y racial*”¹⁴³².

El peligro del uso de Internet no sólo radica en el empoderamiento de grupos extremistas o de individuos aislados que se conectan entre sí y van creando/reforzando lazos de unión basados en intereses comunes (comunidades de usuarios). Junto con lo anterior, las víctimas se vuelven más vulnerables. Siendo así, cuando el delito se manifieste fuera del espacio virtual, ese delito sacudirá de forma todavía más desproporcionada a los grupos marginados. En concreto, desde NN.UU. se han facilitado razones que ayudan a comprender mejor esta última idea acerca de la mayor vulnerabilidad de las víctimas de delitos de odio en Internet. En primer lugar, a nadie escapa hoy el hecho de que Internet recopila la información personal de cada uno de nosotros. Esta información, en muchas ocasiones, queda accesible a terceros, por lo que los individuos/grupos extremistas se benefician de este banco de datos a escala planetaria¹⁴³³. En segundo lugar, aunque pueda parecer paradójico visto lo anterior,

¹⁴³¹ A su vez, los factores que potencian la aparición y proliferación de discursos de odio, sea en medios de comunicación sociales tradicionales o en Internet, son también muy variados. Entre otros, la Relatora Especial de las NN.UU. sobre cuestiones de las minorías cita los que siguen: a) Ausencia de legislación u opacidad de la legislación existente sobre la incitación al odio; b) Proyección de una imagen negativa o estereotipada de las minorías y falta de representación de los grupos minoritarios en los medios de comunicación; c) Desigualdades estructurales; d) Evolución y uso muy cuestionables de las facilidades que ofrecen los medios de comunicación online. A mayor abundamiento, véase NACIONES UNIDAS, *Informe (A/HRC/28/64)* (2015), párrs. 51-79.

¹⁴³² NACIONES UNIDAS, *Informe (A/HRC/28/64)* (2015), párr. 26.

¹⁴³³ NACIONES UNIDAS, *Informe (A/HRC/26/49)* (2014), párr. 21.

Internet potencia la «asimetría de información» entre unos y otros (autores y víctimas). Las víctimas de la discriminación, en concreto, “*suelen ir a la zaga en conexión digital y acceso a Internet*”. De ahí que “*el hecho de que sus voces no se oigan en las conversaciones digitales permite que las ideas racistas no sean contestadas*”. Al no poder ser contestadas, ello repercute en que proliferen libremente “*percepciones erróneas*” que, parece lógico pensar, promoverán aún más el uso de expresiones racistas/xenófobas online¹⁴³⁴. Por todo lo expuesto hasta el momento, nada extraña que se tenga al discurso de odio por un precursor o una señal de advertencia muy adelantada (*early-warning indicator*) de potenciales violaciones de derechos humanos a pequeña escala; o, en último extremo, de auténticos desastres humanitarios. Por tanto, la dificultad estriba en determinar, caso por caso, cuándo pasa a ser penalmente relevante un enunciado verbal intolerante¹⁴³⁵.

Si nos remontamos a 2012, ese año BENESCH propone un modelo de variables para medir la escala de peligrosidad de un discurso de odio que, a su entender, pasa a tener la aptitud de funcionar como catalizador de violencia intergrupala. En palabras de la autora, un discurso de incitación diseñado «no sólo para persuadir, sino para inspirar la acción». Pues bien, será cuando converjan todas estas variables que pasamos a detallar, y lo hagan en su máxima expresión, cuando se obtenga la peligrosidad en su grado más pronunciado. Es decir, se obtiene la «peligrosidad ideal». Las variables maximizadas, sin que exista un orden de importancia estándar ni predefinido, son las siguientes: 1.) *Orador*: un orador poderoso con un alto grado de influencia sobre su audiencia; 2.) *Audiencia*: una audiencia cuyas quejas, reclamos y miedos pueden explotarse por el orador; 3.) *Acto discursivo*: un acto discursivo cuya llamada a la violencia es fácilmente reconocible; 4.) *Contexto social e histórico*: un contexto social o histórico propicio para la violencia, por infinidad de razones, lo cual incluye la larga rivalidad intergrupala por ciertos recursos, o la falta de esfuerzos por resolver injusticias o episodios previos de violencia; 5.) *Modo de difusión*: un medio de difusión que es influyente por sí mismo dado que, por ejemplo, es la única o

¹⁴³⁴ Una de las soluciones pasa entonces por «diversificar contenidos» en la red, puesto que sólo así se contribuye a “*reforzar el entendimiento, la tolerancia y el respeto de la diversidad*”. Sea como fuere, lo anterior se antoja inviable si no se aspira primero a lograr un Internet cada vez más “*accesible y asequible para todos*”. NACIONES UNIDAS, *Informe (A/67/326)* (2012), párrs. 50-54 y 59-60.

¹⁴³⁵ FREEMAN recuerda que, a pesar de que tales indicadores de advertencia adelantados parecen demandar una pronta intervención para atajar de raíz un problema incipiente, muchas veces la intervención resultará desproporcionada y contraproducente. El momento de intervenir, según creemos, sigue y seguirá generando controversia, por más que se sea consciente de estar ante el preludio de un problema que antes o después escalará en dimensiones. FREEMAN, *Human rights*, pp. 217-218.

principal fuente de información para la audiencia en cuestión¹⁴³⁶. Este modelo, en evidente sintonía con el *Plan de Rabat* (2012)¹⁴³⁷ que se examinará *infra*, pone en valor la mayor sensibilidad y protagonismo que merece una lectura contextual del discurso peligroso a examen. Con todo, recuerdan STREMLAU/GAGLIARDONE, resulta ilusorio pensar en una aplicabilidad absolutamente sistemática, precisa y fiable de este modelo con vistas a predecir brotes de violencia próximos en el tiempo. A su entender, el más mínimo cambio en alguna variable (p.ej.: cambio en el clima político), por pequeño o volátil que pueda parecernos (p.ej.: grado en que la audiencia presta atención y reacciona a un orador en particular), «altera significativamente» la proclividad del discurso a causar el resultado violento que podía esperarse que sucediese¹⁴³⁸.

En cualquier caso, no son precisamente pocos los ejemplos sobre el papel tan importante que han jugado diferentes medios de comunicación de masas para difundir discursos de odio¹⁴³⁹, sobre todo en el marco de conflictos armados y persecuciones de población civil auspiciadas por el Estado. Dos ejemplos, ampliamente documentados, bastarán a este fin. El primero es el relativo a la gestación del cruento conflicto étnico que desembocaría en el genocidio de Ruanda (1994). En concreto, algún estudio reciente ha centrado sus investigaciones en determinar cuál exactamente fue la incidencia real de la campaña de odio que llevó a cabo la emisora de radio local, esto es, la «*Radio Televisión Libre de las Mil Colinas*», en el intento de exterminio de la población tutsi en Ruanda. El estudio cuantitativo de YANAGIZAWA-DROTT buscaba precisamente eso, concluyendo que la emisora de radio que difundió propaganda anti-tutsi durante el genocidio de Ruanda «aumentó significativamente» la participación en la violencia contra los tutsis¹⁴⁴⁰.

¹⁴³⁶ Todas estas variables tendrán un peso dispar caso por caso, pero deberán ser evaluadas con toda la información que esté al alcance sobre un caso concreto. BENESCH, *Dangerous speech* (2012).

¹⁴³⁷ Nos remitimos aquí al apartado «3.2.1.4. *Plan de Rabat* (2012)» *infra*.

¹⁴³⁸ STREMLAU/GAGLIARDONE, «Socio-legal», p. 390.

¹⁴³⁹ Para una relación de ejemplos: NACIONES UNIDAS, *Informe (A/HRC/28/64)* (2015), párrs. 35-42.

¹⁴⁴⁰ A nivel metodológico, el estudio se basa en un conjunto de datos recabados municipio a municipio por todo el país, que habría posibilitado realizar estimaciones sobre qué proporción de una determinada localidad recibía en condiciones la emisión radiofónica mientras duró el genocidio. A este fin, se tienen en cuenta factores exógenos como el de la topografía del lugar, que impedía en muchos casos recibir la referida emisión radiofónica. Por otro lado, para medir la participación en cualquier tipo de violencia, se emplean datos relativos al número de personas procesadas por delitos violentos cometidos durante el genocidio en cada municipio. En detalle, véase: YANAGIZAWA-DROTT, «Propaganda and conflict: theory» (2012); YANAGIZAWA-DROTT, «Propaganda», pp. 378-394; YANAGIZAWA-DROTT, «Propaganda and conflict: evidence», pp. 1947-1994.

Primero y antes que nada, el autor se plantea cómo los individuos pertenecientes al grupo étnico mayoritario se enfrentaban a la disyuntiva de escoger entre participar o no en la agresión al grupo étnico minoritario una vez hubieran estado expuestos a la señal de la emisora de radio ruandesa¹⁴⁴¹. Esta señal, cuyo mensaje venía auspiciado por el Estado, ejercía un efecto informativo directo (*direct information effect*) sobre la población, lo que en muchos casos desperezaba al individuo y era capaz de estimular su participación activa en el conflicto. Asimismo, la señal también servía a modo de efecto coordinador indirecto (*indirect coordination effect*), puesto que algunos individuos decidían sumarse a la causa cuando otros ya habían sido previamente inducidos (p.ej.: el hijo que, siguiendo el ejemplo de su padre, no duda en «pasar a la acción»). Pues bien, una estimación de los datos contrastados permite al autor sostener que en torno al 10% de la participación total en el genocidio fue causada por la propaganda emitida por la radio. Asimismo, fue sobre un tipo de violencia más organizada y coordinada (p.ej.: milicias, policía o ejército) sobre la que tuvo mayor incidencia la señal de radio, por encima de toda la violencia restante de corte más individual. Además, tanto los efectos indirectos de la radiodifusión como las interacciones sociales —es decir, el «boca a boca»— resultaron ser los agentes transmisores principales de las llamadas a la acción violenta. Precisamente, la mayor parte de los efectos de la difusión radiofónica sobre las diferentes formas de violencia colectiva tuvo que ver con estos efectos indirectos o con las interacciones sociales (y, en concreto, mucho más con estas segundas), y no con el poder persuasivo de los mensajes directamente. Entonces, en buena lógica, la recepción de la señal de radio en una localidad concreta tenía el efecto de aumentar la violencia colectiva organizada en las localidades de alrededor. Finalmente, a modo de conclusión, el autor apunta que la propaganda es

¹⁴⁴¹ Esta emisora fue creada en 1993 por el *Movimiento Nacional Revolucionario para el Desarrollo*, a su vez fundado por Juvénal Habyarimana, quien en 1973 y como integrante del primer gobierno ruandés elegido democráticamente en las urnas dio un golpe de Estado para hacerse con el poder que ostentaba por aquél entonces su primo, Grégoire Kayibanda, también hutu. La emisora estaba financiada por familiares de Habyarimana, pero controlada *de facto* por las facciones más extremistas de su partido. El caso es que la emisora en cuestión consiguió pronto captar la atención de los más jóvenes, poniendo música moderna y popular del vecino Zaire (en la actualidad, la República Democrática del Congo). Sin embargo, al tiempo que las tensiones sociales se agudizaban durante los compases previos al estallido del genocidio, la emisora realizaría toda una demostración de fuerza y capacidad persuasiva en forma de propaganda anti-tutsi. Según diferentes autores, los que participaron en actos violentos llevaban un machete en una mano y una radio en la otra, a través de la cual recibían las órdenes que la otra mano ejecutaba. La radio, aparte de contaminar el ambiente y movilizar a la población hutu, fue una verdadera arma de guerra; o, como también se ha dicho, la auténtica «voz del genocidio». Recogiendo brevemente estas y otras alusiones de diferente autoría, véase PARKER, *Acoustic jurisprudence*, p. 168.

más efectiva cuando la minoría étnica es «relativamente pequeña e indefensa», y cuando la audiencia a la que se dirige la propaganda «carece de educación básica»¹⁴⁴².

En una línea similar a la del genocidio de Ruanda, otro ejemplo mucho más reciente es el del genocidio rohinyá (2017). Este caso pone en el centro del debate –y compromete sobremedida¹⁴⁴³– a las plataformas de comunicación online como principal fuente de abastecimiento de los prejuicios étnicos y religiosos, así como de la posterior escalada de violencia que se produjo en Myanmar. Como es sabido, la feroz campaña de persecución orquestada contra la minoría étnica musulmana rohinyá con la aquiescencia y/o complicidad del gobierno de turno birmano, encabezado por la Nobel de la Paz Aung San Suu Kyi, estuvo sostenida –y, cuando así se requería, avivada– por una ininterrumpida actividad online de consecuencias impredecibles en el plano offline. Más allá de la intención genocida de la persecución y de la crisis humanitaria que ésta provocó, el drama rohinyá pone al descubierto la aptitud y, al menos en unas determinadas condiciones, la proclividad de los nuevos medios comunicativos de nuestra era para revivir los peores fantasmas del siglo pasado. Será de todo esto, dejando de lado otros tipos de análisis, de lo que nos ocupemos a continuación.

En septiembre de 2018, la Misión Internacional de Investigación de las NN.UU. enviada a Myanmar, compuesta por expertos independientes nombrados por el Consejo de Derechos Humanos¹⁴⁴⁴, hace público el informe final con sus principales descubrimientos y recomendaciones¹⁴⁴⁵, que se apoya en otro documento mucho más

¹⁴⁴² En detalle, véase: YANAGIZAWA-DROTT, “Propaganda and conflict: theory” (2012); YANAGIZAWA-DROTT, «Propaganda», pp. 378-394; YANAGIZAWA-DROTT, “Propaganda and conflict: evidence”, pp. 1947-1994.

¹⁴⁴³ Tanto es así que Facebook publicaría un comunicado en noviembre de 2018 admitiendo que la compañía efectivamente había jugado un papel importante al haber sido utilizada para ahondar en la división social y para incitar a la violencia offline. Facebook podía y debía haber hecho más. Este comunicado, a su vez, trae causa de las conclusiones a las que llega un informe que la propia compañía había encargado a otra organización independiente sin ánimo de lucro. Esta otra organización, BSR (*Business for Social Responsibility*), trató de evaluar el impacto sobre los derechos humanos que habrían tenido los servicios ofrecidos por Facebook en Myanmar. Véase: “An independent assessment of the human rights impact of Facebook in Myanmar”, *Facebook*, 5 de noviembre de 2018; BSR, *Human rights* (2018).

¹⁴⁴⁴ Por resolución adoptada el 24 de marzo de 2017, el Consejo de Derechos Humanos decide enviar con carácter «urgente» una misión internacional independiente de investigación a Myanmar. Su cometido queda igualmente claro: “[D]eterminar los hechos y las circunstancias de las presuntas violaciones recientes de los derechos humanos por las fuerzas militares y de seguridad y de los abusos cometidos en Myanmar, especialmente en el estado de Rakáin, que incluyen entre otras cosas detenciones arbitrarias, torturas y tratos inhumanos, violaciones y otras formas de violencia sexual, ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, desapariciones forzadas, desplazamientos forzados y la destrucción ilícita de bienes, con miras a garantizar la plena rendición de cuentas de los responsables y la justicia para las víctimas”. NACIONES UNIDAS, *Resolución (A/HRC/RES/34/22)* (2017), párr. 11.

¹⁴⁴⁵ NACIONES UNIDAS, *Informe (A/HRC/39/64)* (2018).

extenso que detalla minuciosamente el análisis fáctico y jurídico realizado¹⁴⁴⁶. La Misión habla del papel «significativo» que jugaron los medios sociales en general, y del «instrumento útil» que representó *Facebook* en particular para la propagación del odio entre la población¹⁴⁴⁷. En efecto, partiendo de que la respuesta de la compañía se tildó de «lenta e ineficaz»¹⁴⁴⁸, lo cierto es que muchos de los usuarios que promovieron discursos de odio y cuyas cuentas fueron examinadas por la propia Misión superaban los 10.000 seguidores (y algunos, incluso, el millón); además, el nivel de interacción (p.ej.: comentarios o el acto de compartir contenido ajeno) había sido alto, y la frecuencia con que aparecían nuevas publicaciones era a menudo diaria o incluso una cuestión de horas¹⁴⁴⁹. Nada de esto extrañaba, puesto que *Facebook* era claramente la red social dominante en una sociedad birmana que hasta hacía bien poco no disfrutaba de un acceso equitativo y generalizado a la red de tecnología móvil e Internet¹⁴⁵⁰. En parte debido a todo lo anterior¹⁴⁵¹, la Misión reconoció la imposibilidad de rastrear y reflejar la magnitud real de la exposición que tuvo la población al contenido online¹⁴⁵².

Ahora bien, una cosa es que no se sepa el alcance real de un fenómeno y otra muy distinta es negar lo que a todas luces parecía una evidencia. Como ya hemos apuntado antes, la Misión de Investigación no albergaba la más mínima duda de que la prevalencia

¹⁴⁴⁶ NACIONES UNIDAS, *Report (A/HRC/39/CRP.2)* (2018).

¹⁴⁴⁷ A juzgar por cuanto obra en un nuevo informe publicado en torno a un año después, en el cuál la Misión de Investigación que había visto prorrogado su mandato hacía el seguimiento oportuno a la situación en Myanmar, la propagación de los discursos de odio sigue siendo un tema de candente actualidad en ese país. Véase: NACIONES UNIDAS, *Resolución (A/HRC/RES/39/2)* (2018), párr. 30; NACIONES UNIDAS, *Informe (A/HRC/42/50)* (2019), párr. 72.

¹⁴⁴⁸ Según LEE, deberíamos estar hablando de auténtico «colonialismo digital». Las similitudes con las prácticas de la era colonial son más que evidentes a juicio de este autor. En concreto, los discursos de odio anti-rohinyá son promovidos a través de *Facebook*, que es una gran compañía tecnológica de propiedad extranjera, con pocos o ningún empleado local y generando beneficios para accionistas igualmente lejanos que se lucran y desprecupan a partes iguales de las consecuencias que acompañan a las prácticas de su compañía. Además, ahondando en las similitudes con la era colonial, el hecho de sacar a colación la modernización tecnológica o la prosperidad económica para Myanmar son argumentos que, a fin de cuentas, tratan de tapar unas prácticas marcadamente indiferentes en relación a los efectos –social y económicamente– tan nocivos que sufre la población local. LEE, *Myanmar's rohingya genocide*, p. 225.

¹⁴⁴⁹ En detalle, véase: NACIONES UNIDAS, *Informe (A/HRC/39/64)* (2018), párr. 74; NACIONES UNIDAS, *Report (A/HRC/39/CRP.2)* (2018), párrs. 1310-1319.

¹⁴⁵⁰ La falta de familiaridad en el uso de Internet y plataformas digitales jugaron a favor de la popularidad de *Facebook*, ya que mucha gente no alcanzaba a distinguir este servicio de los referidos neologismos y asociaba todo con la compañía estadounidense. Además, el Gobierno solía usar *Facebook* para compartir información con el pueblo, por lo que también gozaba de gran credibilidad. En detalle, véase NACIONES UNIDAS, *Report (A/HRC/39/CRP.2)* (2018), 1342-1346.

¹⁴⁵¹ Otras dificultades estribaban, según la Misión, en la sutileza del lenguaje empleado, o en la imposibilidad de rastrear mensajes enviados a través de medios de comunicación privados como *Viber* o *Messenger*. Cabe destacar que, sin contar siquiera estos medios de comunicación privados, la Misión se topó con más de ciento cincuenta perfiles en abierto en redes sociales, páginas web y grupos online que frecuentemente alimentaban un clima de odio cada vez más generalizado.

¹⁴⁵² NACIONES UNIDAS, *Report (A/HRC/39/CRP.2)* (2018), párr. 1311.

del discurso de odio, offline pero también online, “*contribuyó considerablemente a aumentar la tensión y a crear un clima en el que las personas y los grupos pueden mostrarse más receptivos a la incitación y los llamamientos a la violencia*”¹⁴⁵³. No pudiendo ser todavía más concluyente sobre la existencia de una relación causal entre los discursos de odio online y los actos de odio offline, se ofrece una explicación muy oportuna y sugerente sobre los hallazgos realizados: “*La Misión recibió información que sugería que la vinculación entre los discursos de odio online/offline y los actos de discriminación y violencia en el mundo real va más allá de lo circunstancial. Están surgiendo patrones de sermones y retórica de discursos de odio en lugares específicos que han experimentado posteriormente violencia, y también hay indicios de picos de discursos de odio online en torno a brotes de violencia. Tales patrones e indicios deben ser examinados exhaustivamente*”¹⁴⁵⁴. Este último emplazamiento que hace NN.UU. para que se desarrollen estudios que vayan aclarando la relación causal entre los discursos online y los actos materiales offline¹⁴⁵⁵ se convertiría en un objetivo en sí mismo dentro de la Estrategia y Plan de Acción de las NN.UU. contra el discurso de odio (2019)¹⁴⁵⁶. De cualquier forma, en la medida en que nos distanciamos de contextos de crisis humanitaria, como puedan ser los escenarios pre-bélicos o pre-genocidas, menos certeza se tendrá y más se cuestionará el paso al acto.

Al margen de lo anterior, también existen estudios que sugieren que la comisión de delitos de odio está íntimamente relacionada con eventos trágicos (p.ej.: atentado terrorista) o de fuerte calado socio-político (p.ej.: resultado de elecciones generales o fallo judicial sobre un caso mediático). En concreto, en estos supuestos se viene sosteniendo que los medios de comunicación y la cobertura que hacen de tales eventos juegan un papel no sólo importante, sino determinante, en el cambio actitudinal de la ciudadanía con

¹⁴⁵³ NACIONES UNIDAS, *Report (A/HRC/39/CRP.2)* (2018), párr. 1354.

¹⁴⁵⁴ NACIONES UNIDAS, *Report (A/HRC/39/CRP.2)* (2018), párr. 1326 (traducción propia). Véase también NACIONES UNIDAS, *Informe (A/HRC/39/64)* (2018), párr. 74.

¹⁴⁵⁵ Lo cierto es que, años atrás, desde NN.UU. también se insistía en la falta de información/datos adecuados sobre este vínculo. De hecho, el Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, aludiría a “*la importancia de seguir examinando la correlación existente entre las diversas manifestaciones de racismo en Internet y los delitos motivados por prejuicios realmente cometidos*”. Véase: NACIONES UNIDAS, *Informe provisional (A/67/326)* (2012), párrs. 20 y 62; NACIONES UNIDAS, *Informe (A/HRC/26/49)* (2014), párr. 73.

¹⁴⁵⁶ Según determina el Objetivo núm. 6, “*las entidades de Naciones Unidas deberían mantenerse al día con respecto a la innovación tecnológica y fomentar más investigaciones sobre la relación entre el uso indebido de la Internet y los medios de comunicación social para difundir mensajes de odio y los factores que impulsan a las personas hacia la violencia*”. NACIONES UNIDAS, *La Estrategia* (2019), p. 38.

respecto a ciertas minorías o grupos marginales de la población¹⁴⁵⁷. El estudio de WILLIAMS/BURNAP es, según sus propios autores, el primer análisis de enfoque criminológico sobre la reacción social que tiene lugar online y que sigue a un acontecimiento de relevancia nacional. De entre las conclusiones que pueden extraerse, se destaca que las reacciones de odio online se vinculan a dicho evento desencadenante (*trigger event*) y suponen la creación de un «ágora pública digital» (*digital public agora*). Ahí tiene lugar, precisamente, la «producción, consumo y difusión masiva» de la reacción ciudadana, fundamentalmente durante las primeras horas posteriores al suceso. Ello supone que, como se ha dicho más arriba, las nuevas tecnologías sirvan de sistemas de alerta temprana (*early warning systems*) para posteriores actos de odio¹⁴⁵⁸. Partiendo de que parece asumible vincular la exposición al odio online con los delitos de odio materializados offline en el marco de ciertos eventos desencadenantes graves o importantes en cuanto a su repercusión social, en un estudio posterior lo que se plantean WILLIAMS/BURNAP/JAVED/LIU/OZALP es si esa misma correlación podría llegar a establecerse sin que se den los eventos desencadenantes. La conclusión a la que llegan se resume bien con la siguiente afirmación: «La victimización por odio online es parte de un proceso más amplio de daño que puede comenzar en las redes sociales y luego migrar al mundo físico»¹⁴⁵⁹.

Con todo, el estado de la discusión actual¹⁴⁶⁰ no se resume aludiendo a que existen dudas legítimas o falta de seguridad en la afirmación de que la actividad online desborda los límites topográficos del ciberespacio para migrar y producir efectos en el entorno offline. De hecho, lejos de toda duda, los estudios de MÜLLER/SCHWARZ son, en palabras de SIEGEL¹⁴⁶¹, de los pocos que han examinado tan frontalmente la relación causal entre el odio online y la violencia offline con unos resultados que demuestren de

¹⁴⁵⁷ Entre otros estudios, por su interés, véase HANES/MACHIN, “Hate crime in the wake”, pp. 247-267.

¹⁴⁵⁸ En detalle, véase WILLIAMS/BURNAP, “Cyberhate on social media”, pp. 211-238.

¹⁴⁵⁹ En detalle, véase WILLIAMS/BURNAP/JAVED/LIU/OZALP, “Hate in the machine”, pp. 93-117 (traducción propia). De esta opinión es COHEN-ALMAGOR, quien detalla numerosos ejemplos de casos reales fuera de contextos de tensionamiento o crisis sociales extremas. En concreto, apoyándose en su propia investigación, pero también en otros estudios realizados sobre la visualización de material de odio en la red, este autor no alberga duda alguna de que los «lobos solitarios» también superan la barrera digital para llegar a causar delitos de odio en el mundo convencional. Según este autor, hay base suficiente como para establecer esa relación de causalidad. COHEN-ALMAGOR, “Taking North American”, pp. 45-47.

¹⁴⁶⁰ Para una revisión actualizada de la literatura que ha venido estudiando las consecuencias offline del discurso de odio online, se recomienda acudir a SIEGEL, «Online hate speech», pp. 68-71.

¹⁴⁶¹ SIEGEL, «Online hate speech», pp. 70-71.

forma clara esa posible correspondencia. En uno de esos estudios (2017)¹⁴⁶², revisado por última vez a mediados 2020, se analiza la corriente de opinión contraria a los refugiados instalada en *Facebook* durante la afluencia de alrededor de un millón de refugiados a Alemania entre 2015/16, así como su posible relación con los actos violentos contra dichos refugiados que se fueron extendiendo por todo el país. En concreto, los autores del estudio se centraron en 3.335 de tales incidentes. De hecho, estos autores sostienen que ese estado de opinión que hierve en las redes puede llegar a empujar a algunos individuos a la acción violenta. En concreto, el estudio se centra en la página de *Facebook* de *Alternative für Deutschland* (AfD), un partido político de extrema derecha alemán que reconoce abiertamente su antipatía hacia los refugiados e inmigrantes. Lo que se hizo fue examinar lo que sucedía con cada corte o interrupción, a escala local o nacional, del servicio de *Facebook* (p.ej.: problemas con los servidores) o Internet, ya que estas interrupciones también impedían la exposición de los usuarios al contenido online.

Pues bien, lo que MÜLLER/SCHWARZ observaron fue que los actos violentos se reducían durante esos periodos, sobre todo en las zonas donde más se concentraban los usuarios de la página web del AfD. En cualquier caso, según recuerdan, los medios de comunicación sociales (medios sociales o *social media*) no son la causa de los ataques, sino que sirven de mecanismo que propaga esa disposición del ánimo contraria al refugiado. De hecho, este «poder predictivo» en relación con la comisión de actos violentos resultaba ser específico, pues sólo parecía darse para el caso concreto de la antipatía o sentimiento de rechazo hacia los refugiados. Además, el estudio sugiere que estos medios sociales favorecen la acción violenta colectiva. Otra característica que se destaca es el efecto contagio, dado que los actos violentos de odio son «considerablemente más comunes» cuando localidades cercanas también los experimentan, lo que es todavía más evidente en localidades con un número importante de usuarios de derechas y, por ende, donde el sentir general en las redes sociales es mayoritariamente contrario a la figura del refugiado. Es más, resulta curioso comprobar cómo durante las semanas en las que se produjeron cortes en el servicio de *Facebook* hubo una media de un 11% menos de nuevas publicaciones en general, y un 24% menos de publicaciones sobre refugiados en la página de AfD en particular. Al parecer, estas interrupciones haciendo de *Facebook* un lugar inaccesible redujeron la probabilidad de

¹⁴⁶² MÜLLER/SCHWARZ, “Fanning the flames” (2017). Para un segundo estudio diferente pero que arroja conclusiones, en lo sustancial, muy similares a las que ahora pasamos a desarrollar, nos remitimos a MÜLLER/SCHWARZ, “From hashtag” (2018).

cometerse un delito de odio en un 12%. En definitiva, según deja entrever el estudio en cuestión, «las redes sociales no sólo se han convertido en un terreno fértil para la difusión de ideas de odio, sino que también motivan la acción en la vida real». Es decir, sirven de acicate para que otros actúen.

Siguiendo ahora a ROHLFING, quien compila diferentes estudios realizados, habría también algunas evidencias en dirección opuesta. Es decir, existen teorías que postulan que la interacción de una persona en discursos del odio online no implica necesariamente el traslado *de facto* de uno u otro discurso hostil a ningún plano del mundo offline. La explicación gira en torno al anonimato, una de las prácticas falsarias que algunos usuarios de Internet más han explotado todo este tiempo. En efecto, se sugiere que quienes se perciben a sí mismos como personas no-identificables (anónimas) en ciertos contextos, como bien pudiera ser el ciberespacio, lograrían desprenderse de las cadenas que suponen las normas sociales impuestas que rigen el comportamiento humano en la actualidad. Así, se crea una suerte de escenario anti-normativo percibido como tal por los usuarios de Internet, en el cual hacen suya la ficción de no sentirse responsables de sus propios actos. A pesar de ello, no se concibe el mínimo riesgo de aparición o brote externo a Internet, ya que la identificación personal en el ámbito convencional coarta una posible voluntad derivada en ese sentido. Es por ello, un desinhibismo exclusivamente virtual, y este fenómeno recibe el nombre de o «desindividualización» (*deindividuation*), a consecuencia de la pérdida de la individualidad connatural a uno mismo. Otras teorías, en cambio, no se refieren ya a la pérdida de control individual como consecuencia directa del anonimato online. En concreto, postulan que existiría una adhesión del individuo a una identidad social o grupal que le absorbe en ese momento, como le absorben los principios y reglas por las que los miembros de ese colectivo guían sus conductas¹⁴⁶³.

¹⁴⁶³ Nótese que, lejos de tener un respaldo suficiente, estas teorías también han sido contrariadas por otros estudios que, por ejemplo, apuntan a una falta de evidencia empírica. Para un reflejo general todo tipo de resultados obtenidos por investigaciones emprendidas desde las más variadas ramas de las ciencias sociales (p.ej.: sociología, criminología o psicología), véase ROHLFING, «Hate», pp. 295-297; ROHLFING/SONNENBERG, “Who is really” (2016).

3.2. Estándares Internacionales, Regionales y Europeos de Protección

3.2.1. Organización de las Naciones Unidas

Desde Naciones Unidas, la preocupación por el rol –nada desdeñable¹⁴⁶⁴– que desempeñaba Internet como canal de distribución de contenidos que perpetuaba la discriminación racial y el racismo se dejaba patente ya en diferentes documentos que verían la luz en la segunda mitad de la década de los noventa del siglo pasado¹⁴⁶⁵.

En primer lugar, destacan los informes sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia¹⁴⁶⁶ elaborados por el Prof. Dr. Maurice Glèlè-Ahanhanzo, entonces Relator Especial de NN.UU. sobre el racismo, la xenofobia y la intolerancia (1994-2002). Durante su mandato, estos informes fueron presentados ante la Comisión de Derechos Humanos y/o ante la Asamblea General de las NN.UU., como resultado de la continuidad ininterrumpida de las labores asignadas y comprometidas por parte del Relator. Con todo, la incitación al odio racial «por medio

¹⁴⁶⁴ Según investigadores del Centro *Simon Wisenthal* (Los Angeles, California), si en 1995 existía una única página web que contenía incitaciones al odio racial, en 1997 esa cifra era de 600 y en 2001 de más de 2.500. Y, aun así, eran estimaciones muy por debajo de la realidad. Por escudriñar un poco más esta realidad, situándola además en un año que será clave en las líneas que siguen, hasta agosto de 1996 este mismo Centro había identificado más de 200 páginas web que podían clasificarse en alguna de las categorías siguientes: i) nacionalistas y secesionistas; ii) partidarios de los explosivos, anarquistas y terroristas; iii) neonazis y partidarios de la supremacía de la raza blanca; iv) milicianos; v) negadores del Holocausto; y vi) conspiradores. Todo lo anterior representaba un reto de envergadura para la humanidad y para Estados Unidos en particular, principalmente porque aproximadamente la mitad de su población tenía acceso a la red de redes, consecuentemente era donde más se utilizaba, y también porque era el país donde convivían el mayor número de grupos neonazis y supremacistas blancos del mundo. Véase, de entre las numerosas menciones al respecto dentro y fuera de las Naciones Unidas: NACIONES UNIDAS, *Informe (E/CN.4/1997/68/Add.1)* (1996), párrs. 59 y 61; NACIONES UNIDAS, *Medidas (A/54/347)* (1999), párr. 34; CONSEJO DE EUROPA, *Draft Convention (Doc. 9031)* (2001), párr. 43; CONSEJO DE EUROPA, *Report (Doc. 9263)* (2001), párr. 8; COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Proposal. Explanatory* (2001), p. 5; BALESTRI, *Racism* (2002), p. 4.

¹⁴⁶⁵ No obstante, cabe aludir de forma breve al Primer Encuentro Europeo de Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, celebrado en Estrasburgo (Francia) entre los días 7-9 de noviembre de 1994, organizado en parte por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (en concreto, por la Subcomisión de Derechos Humanos), del que nace un informe que recoge las recomendaciones en que se concretan algunas de las deliberaciones mantenidas. En lo que aquí interesa, los participantes apelaron directamente a las NN.UU. y a los Estados miembro del Consejo de Europa a fin de que “*se estudie el uso de nuevas tecnologías (juegos de video, redes informáticas) en la propagación del odio racial*”, posibilitando con ello que “*se proponga un conjunto de medidas internas e internacionales urgentes para poner fin a tales abusos*”. Para un extracto de la resolución que contiene las recomendaciones del informe que nos ocupa, véase NACIONES UNIDAS, *Informe (E/CN.4/1995/78)* (1995), párr. 119.

¹⁴⁶⁶ Entre otros, hasta finales de 1996, véase la siguiente relación de informes que puedan ser de mayor interés: NACIONES UNIDAS, *Informe (E/CN.4/1994/66)* (1994); NACIONES UNIDAS, *Informe (E/CN.4/1995/78)* (1995); NACIONES UNIDAS, *Informe (E/CN.4/1996/72)* (1996); NACIONES UNIDAS, *Medidas (A/51/301)* (1996).

de las redes electrónicas e informáticas» no recibió un mínimo de atención¹⁴⁶⁷ hasta mediados de 1996¹⁴⁶⁸. Con apoyo en la cobertura mediática internacional que recibía el fenómeno, el Relator observa ya con cierta preocupación “*una tendencia creciente de las organizaciones racistas a recurrir al correo electrónico (e-mail) o a la red de Internet para difundir propaganda racista o xenófoba*”¹⁴⁶⁹. Este nuevo entorno desgobernado planteaba, como cabía esperar, numerosos problemas¹⁴⁷⁰.

Poco después, encontramos sendas resoluciones adoptadas durante sesión plenaria de 12 de diciembre de 1996 por la Asamblea General de NN.UU. Mientras en una de ellas se condena de forma enérgica “*toda forma de incitación a actos de violencia motivados por el odio racial*”, lo cual incluía toda aquella que tuviere lugar en “*medios escritos, audiovisuales o electrónicos*”¹⁴⁷¹, en la otra se hace un llamado a valorar ese papel tan significativo que podría jugar Internet en relación con las disposiciones contenidas en la CERD (1965)¹⁴⁷². Estas disposiciones, en principio, estaban redactadas en términos lo

¹⁴⁶⁷ Las preocupaciones de las que se hacía eco el Relator Especial parecían enfocar otras realidades, o al menos no especificaban mucho más acerca de nuevas formas de comunicación. A modo de ejemplo, véase el siguiente pasaje sobre uno de los balances que se hizo acerca de las manifestaciones en boga de las formas contemporáneas del racismo, discriminación racial, xenofobia e intolerancia: “*La propaganda racista y la incitación al odio étnico y racial continúan difundiendo; el racismo adopta formas cada vez más violentas que se traducen en agresiones físicas, homicidios, atentados contra la propiedad de inmigrantes o pertenecientes a minorías étnicas, raciales o religiosas, profanaciones de cementerios y destrucciones de lugares de culto*”. NACIONES UNIDAS, *Informe (E/CN.4/1996/72)* (1996), párr. 59.

¹⁴⁶⁸ NACIONES UNIDAS, *Medidas (A/51/301)* (1996).

¹⁴⁶⁹ NACIONES UNIDAS, *Medidas (A/51/301)* (1996), párrs. 45-46.

¹⁴⁷⁰ Esta problemática tan variada y singular se irá destacando aquí y allá a lo largo de los epígrafes que siguen, pero siempre atendiendo a criterios de oportunidad y conveniencia. Por de pronto, el informe que nos ocupa se conforma con formular un primer gran interrogante que parecía abrirse paso: “*¿Habría que pensar en medidas de carácter internacional, iniciando desde ahora mismo estudios, investigaciones y coordinaciones?*”. NACIONES UNIDAS, *Medidas (A/51/301)* (1996), párrs. 45-46.

¹⁴⁷¹ NACIONES UNIDAS, *Medidas (A/RES/51/79)* (1997), párr. 8. Con todo, cabe matizar que la Comisión de Derechos Humanos de las NN. UU. ya se había pronunciado con anterioridad en idénticos términos: NACIONES UNIDAS, *Medidas (E/CN.4/RES/1996/21)* (1996), párr. 6.

¹⁴⁷² NACIONES UNIDAS, *Tercer Decenio (A/RES/51/81)* (1997), párr. 10. Esta idea, a su vez, se origina en un Seminario de NN.UU. en Ginebra, celebrado del 9-13 de septiembre de 1996, precisamente para tratar de dar solución a posibles obstáculos que impidieran una aplicación efectiva de la CERD. En el discurso de apertura del Seminario, el Alto Comisionado de las NN.UU. para los Derechos Humanos ya dejaba entrever un problema muy concreto que incumbía a todos sin excepción: “[V]ivimos un fin de época paradójico. En efecto, en un momento en que los medios de comunicación y de información y el progreso tecnológico acercan a los pueblos, si no físicamente, al menos visual y mentalmente, en los cinco continentes se observa un recrudecimiento de la intolerancia, la xenofobia, el racismo y la discriminación racial y los conflictos étnicos”. Poco después, el Alto Comisionado alude a una práctica naciente a la par que preocupante, como era la difusión de mensajes intolerantes por Internet, lo cual daba fe de que se estaba fraguando “*un resurgimiento a escala planetaria de la hidra del racismo*”. Además del desconcierto general acerca de sobre quién debía recaer la responsabilidad de lo distribuido online, el principal problema residía en que en la práctica se daba la espalda a la gran mayoría de legislaciones penales de los diferentes países democráticos, generando una impunidad cuasi absoluta y sin visos de solución aparente. En efecto, bastaba con que en países como Estados Unidos las leyes vigentes fueran más laxas con determinadas formas de expresión para que la información se proyectara por todo el mundo sin que ninguna legislación nacional de terceros países pudiera acudir en auxilio de las víctimas en su territorio. Por todo lo anterior, se

suficientemente neutros como para atender debidamente –y sin forzar la interpretación legal– los nuevos desafíos que venía planteando Internet.

Pues bien, un examen de la CERD (1965)¹⁴⁷³, junto al PIDCP (1966) que le siguió poco después, servirá como suelo común normativo y jurídicamente vinculante de ámbito internacional¹⁴⁷⁴. Examinado lo anterior, estaremos en disposición de continuar con el marco de acción y estrategias políticas que ocuparon a las NN.UU. durante esos primeros años en que por fin se tomaba conciencia del alcance de Internet para la difusión de discursos provocadores. Acto seguido, operando sobre el suelo común instaurado por la CERD (1965) y el PIDCP (1966) pero imprimiendo una mirada desde las posibilidades que ofrece la red de redes, se atenderán los parámetros de revisión sobre la relevancia del discurso incitador propuestos en el *Plan de Rabat* (2012).

3.2.1.1. Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965)

El art. 4.a) de la CERD (1965) mandata a los Estados parte para que declaren como acto punible “*toda difusión de ideas basadas en la superioridad racial*”, “*toda difusión de ideas basadas en el odio racial*”, “*toda incitación a la discriminación racial*”, “*todo acto de violencia contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico*”, “*toda incitación a cometer tales actos [actos de violencia]*” y, finalmente, “*toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación*”. En principio, los términos

plantearon diferentes vías de solución o, al menos, medios para paliar los efectos de la «carta blanca» al racismo (p.ej.: búsqueda de soluciones tecnológicas, mayor participación online de organizaciones antirracistas que promuevan contradiscursos, etc.). A su vez, una de las recomendaciones que tomó fuerza a raíz del Seminario fue la de “*emprender un examen sistemático de los instrumentos internacionales existentes con miras a aplicarlos o adaptarlos a las formas paralelas de comunicación por la red Internet*”. NACIONES UNIDAS, *Informe (E/CN.4/1997/68/Add.1)* (1996), párrs. 5, 8, 58-71 y Anexo II (en concreto, párrs. 8-10 del apartado que contiene las recomendaciones aprobadas por el Seminario).

¹⁴⁷³ Sobre la CERD, nos remitimos a lo contenido con carácter introductorio en el apartado «1.4.2.2. *Ámbito universal*» del *Bloque I*, lo cuál será oportunamente desarrollado en breve.

¹⁴⁷⁴ Si bien en este momento no se abordará con profusión de detalles ni en términos de exclusividad, la obligación estatal de proibir la propaganda racista se halla más o menos implícita también en la DUDDHH (1948). En ella se contiene el rechazo a toda forma de discriminación que infrinja dicho documento, así como frente a “*toda provocación a tal discriminación*” (art. 7). A su vez, la prohibición de no discriminación es, como pudo atisbarse ya en el *Bloque I*, una cláusula común en los más variados tratados internacionales orientados a la acción sectorial (p.ej.: educación, deporte, minorías nacionales, etc.), sea en términos de prohibición general o como garantía para el ejercicio y disfrute de otros derechos enumerados en tales convenciones. En detalle, véase «1.4.2.2. *Ámbito universal*» del *Bloque I*.

vagos¹⁴⁷⁵ en que fue redactado el artículo¹⁴⁷⁶ sugieren que la mera difusión expresiva, es decir, sin que se precise acreditar ningún otro elemento delictivo (p.ej.: intención de autor), es punible si enlaza con alguna de las formas de expresión antes referidas (p.ej.: difusión de ideas¹⁴⁷⁷, o incitación¹⁴⁷⁸ a la discriminación o violencia)¹⁴⁷⁹. Se podría hablar incluso de un estándar de responsabilidad objetiva (*strict liability*) ligado a la actividad del autor, alejado de una concepción culpabilística o de responsabilidad personal por el hecho cometido¹⁴⁸⁰. Pero el Comité de la CERD, recientemente, hace hincapié en que, a

¹⁴⁷⁵ Ahora bien, el Comité de la CERD, basándose en estas conductas del art. 4.a) y también en la terminología que él mismo ha ido desarrollando durante años de funcionamiento, ha elaborado su propia clasificación más detallada. De ahí que el Comité de la CERD recomiende a los Estados parte que castiguen como delito punible, entre otras, las siguientes conductas: a) toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial o étnico, por cualquier medio; b) la incitación al odio, el desprecio o la discriminación contra los miembros de un grupo por motivos de su raza, color, linaje, u origen nacional o étnico; c) las amenazas o la incitación a la violencia contra personas o grupos por idénticos motivos; d) la expresión de insultos, burlas o calumnias a personas o grupos, o la justificación del odio, el desprecio o la discriminación por idénticos motivos, cuando constituyan claramente incitación al odio o a la discriminación; y e) la participación en organizaciones y actividades que promuevan e inciten a la discriminación racial. COMITÉ DE LA CERD, *Recomendación General Núm. 35* (2013), párr. 13.

¹⁴⁷⁶ Además, esos mismos términos de redacción no hacían depender el acto de incitación de las consecuencias, delictivas o no, que pudieran derivar del mismo. Así lo apunta THORNBERRY en su comentario general sobre el análisis previo de los trabajos de negociación, discusiones mantenidas y redacción del texto final del art. 4 de la CERD. Asimismo, el Comité de la CERD ha afirmado que la noción misma de incitación como acto preparatorio punible hace inexigible que se materialicen acciones concretas. Véase: THORNBERRY, *The International Convention*, p. 278; COMITÉ DE LA CERD, *Recomendación General Núm. 35* (2013), párr. 16. Desde un prisma más teórico, sobre la eficacia de la incitación al odio o la violencia, véase el apartado «3.1. Estudio Fenomenológico y de Impacto Social de la Exposición al Odio en Internet» *supra*.

¹⁴⁷⁷ La difusión de ideas, según aclara el Comité de la CERD, se sitúa en un estadio previo (carácter preventivo) y mantiene una función de complemento respecto a la incitación. Aun así, todas las formas de expresión que prevé la CERD, incluida la mera difusión de ideas, deberían ser lo suficientemente graves y poder llegar a probarse más allá de toda duda razonable para que adquieran la condición de delictivas. En cualquier caso, queda claro que “*el artículo 4 [de la CERD] pretendía prevenir más que curar [el racismo y la discriminación racial]*”. Véase: COMITÉ DE LA CERD, *Recomendación General Núm. 35* (2013), párrs. 11-12; NACIONES UNIDAS, *Informe (E/CN.4/1998/77/Add.2)* (1998), párr. 34.

Durante las discusiones previas sobre lo que todavía era un proyecto de Convención a comienzos de 1964, el representante polaco sostuvo que el odio racial (*racial hatred*) podía desarrollarse hasta adoptar la forma final de una incitación a la discriminación racial. En otras palabras: “*Sin ir tan lejos como la incitación propiamente dicha, el hecho de crear una atmósfera de odio racial, refiriéndose por ejemplo a un grupo racial en términos despectivos, era igualmente reprochable. Todo el mundo era conocedor de que en tal clima el resultado sería inevitablemente la discriminación racial*” (traducción propia). NACIONES UNIDAS, *Summary record of the 418th meeting (E/CN.4/Sub.2/SR.418)* (1964), pp. 14-15.

¹⁴⁷⁸ La incitación, que podrá ser explícita o implícita, entiende el Comité de la CERD que viene caracterizada por “*el afán de influir en otras personas, persuadiéndolas o amenazándolas para que adopten determinadas formas de conducta, incluida la comisión de un delito*”. COMITÉ DE LA CERD, *Recomendación General Núm. 35* (2013), párr. 16.

¹⁴⁷⁹ Como es sabido, el Comité de la CERD recibe y examina comunicaciones remitidas por particulares o grupos de personas que, radicando dentro de la jurisdicción de un Estado miembro que hubiera reconocido la competencia del Comité, aleguen ser víctimas de violaciones por parte de ese Estado (art. 14.1 de la CERD). Para un recorrido por los casos más importantes relacionados con posibles violaciones del art. 4 de la CERD, nos remitimos aquí a TIMMERMANN, *Incitement*, pp. 132-141.

¹⁴⁸⁰ El Comité de la CERD habría venido fortaleciendo notablemente esta vía interpretativa. De esta forma, el Comité de la CERD ha tenido ocasión de apuntar que, debido al auge de ideas y comportamientos racistas, el art. 4 de la CERD no debía interpretarse de forma restrictiva. En otra ocasión estimó que referencias como «orden público» (*public peace*) o «elemento de riesgo» (*risk element*) no hacían sino

pesar de que no se exige que se acredite ningún elemento adicional a la mera expresión, los Estados parte deben tener en cuenta la intención del emisor y el riesgo o probabilidad inminente de que el discurso incitador acabe concretándose en conducta/s que el emisor planeara o deseara que pudiese/n llevarse a efecto¹⁴⁸¹.

Por otro lado, ante la falta de un mayor detalle acerca de cuándo las formas expresivas de difusión o incitación tienen visos de ser delictivas, el Comité de la CERD considera que existen ciertos factores contextuales que sin duda ayudan en dicha tarea: i) el contenido (p.ej.: discurso provocativo y directo) y la forma en que se construye y difunde el discurso, observándose también su estilo; ii) el clima económico, social y político, tanto en el momento en que se formula el discurso como en el que se difunde, atendiendo también a la existencia de posibles climas de opinión y discriminación contrarios a determinados colectivos; iii) la posición o condición del emisor del discurso (p.ej.: líder político o comunitario) y el público al que se dirige tal discurso (p.ej.: audiencia en masa del *prime time* televisivo); iv) el alcance del discurso, con especial interés por la audiencia diana y el medio de transmisión empleado, en concreto *“si el discurso se difundió o no en medios de comunicación generales o en Internet y la frecuencia y amplitud de la comunicación, en particular cuando la repetición sugiere la existencia de una estrategia deliberada para suscitar hostilidad hacia grupos étnicos y raciales”*; y v) el objetivo o finalidad del discurso (p.ej.: un discurso que, en realidad y a pesar de los juegos dialécticos, sólo aspira a defender o proteger los derechos de personas o grupos)¹⁴⁸².

Todo lo anterior lleva a LANDA GOROSTIZA a referirse a un «test fuerte de incitación», que es lo que verdaderamente interesa el Comité de la CERD que los Estados asuman. Este umbral reforzado permite cribar las formas de expresión incitadoras que deben prohibirse de aquellas otras que no, y perfila un estándar internacional de los derechos humanos que se asienta sobre tres elementos de restricción claves. El primero es la intencionalidad de la conducta (incitación intencional). El segundo apunta a que la incitación –explícita o implícita– lo sea a la materialización de actos, sean punibles o no;

debilitar el texto de la CERD, quien no ponía mayores trabas para proscribir penalmente las manifestaciones racistas. TIMMERMANN, *Incitement*, pp. 132-133.

¹⁴⁸¹ COMITÉ DE LA CERD, *Recomendación General Núm. 35* (2013), párr. 16. Todo cuanto dispone este párrafo 16 lleva a THORNBERRY a plantear que el Comité de la CERD lo que hace no es sino rechazar por fin la idea de una aproximación a la responsabilidad objetiva del hecho que se arrastraba desde la redacción dada al art. 4.a) de la CERD. Véase: THORNBERRY, *The International Convention*, pp. 291-294; THORNBERRY, «International Convention», pp. 131-132.

¹⁴⁸² COMITÉ DE LA CERD, *Recomendación General Núm. 35* (2013), párr. 15.

en función de la dinámica comisiva empleada (incitación explícita o implícita), se reflejará en la conducta expresiva una inminencia del riesgo más o menos acusada. Precisamente, el tercer y último criterio de filtrado enlaza con la gravedad de la conducta (incitación grave), la cual remite a una valoración de la inminencia del riesgo. Esta valoración se vale de los factores contextuales apuntados por el Comité de la CERD¹⁴⁸³, los cuáles tendremos ocasión de retomar en breve¹⁴⁸⁴.

Finalmente, nótese también que los Estados parte se benefician de una salvaguarda incorporada en el propio art. 4 de la CERD, frecuentemente referida como cláusula de la «debida consideración» (*due regard clause*). Con arreglo a la misma, lo cierto es que los Estados parte tienen el derecho a entender que el art. 4 no impone obligaciones para sí cuando las medidas a adoptar no sean plenamente compatibles con garantías constitucionales propias, como la referida a la libertad de opinión y expresión (véase art. 4 de la CERD en relación con el art. 5.d.viii de la CERD, si bien el art. 4 remite también a la DUDDHH). En cualquier caso, se trata de una cláusula cuya interpretación no está nada clara, habiendo llegado el Comité de la CERD a contradecirse a sí mismo en algún momento¹⁴⁸⁵. Sin que sirva como afirmación categórica, al menos en la *Recomendación General Núm. 35* (2013) del Comité de la CERD se indica que debe procederse a ponderar correctamente obligaciones (del art 4 de la CERD) y libertades (del art. 5 de la CERD y de los principios de la DUDDHH) en los procesos de toma de decisiones¹⁴⁸⁶. Acto seguido, también se refiere a «calibrar» la legitimidad de las restricciones al discurso, teniendo siempre en mente el principio cardinal de la libertad de opinión y expresión¹⁴⁸⁷.

¹⁴⁸³ En detalle, véase LANDA GOROSTIZA, “Delitos de odio”, pp. 9-10.

¹⁴⁸⁴ Nótese que la *Recomendación General Núm. 35* (2013) del Comité de la CERD se inspira y se alinea inequívocamente con lo que poco antes dispuso el *test de Rabat* (2012). Nos remitimos aquí al apartado «3.2.1.4. *Plan de Rabat* (2012)» *infra*.

¹⁴⁸⁵ Reflejo de tales dificultades son las tres corrientes de pensamiento que PARTSCH anota sobre los posibles efectos de la cláusula de la «debida consideración» en las obligaciones de los Estados parte. La primera es la que postula que los Estados no estarían obligados a adoptar medidas que afecten o limiten libertades. La segunda, en cambio, entiende que hay que buscar un equilibrio entre libertades y obligaciones que impone la CERD, tratando de compatibilizar y reconciliar ambos extremos, pero sin llegar a poner en riesgo el derecho a la libertad de expresión. Y la tercer y última sería aquella que entiende que, ante todo, la cláusula no supone un mecanismo del que aprovecharse para sortear obligaciones que derivan de la CERD. De esta forma, las libertades no sólo pueden ser limitadas, sino que podrían llegar a quedar reducidas a su mínima expresión. A mayor abundamiento, véase: PARTSCH, «Racial speech», pp. 23-26; THORNBERRY, *The International Convention*, pp. 287-289.

¹⁴⁸⁶ Según apunta LANDA GOROSTIZA, el estándar implantado por la CERD quedó afectado desde un primer momento por la necesaria ponderación entre obligaciones y libertades, de tal forma que las primeras no «ahogaran» nunca a las segundas. LANDA GOROSTIZA, “Delitos de odio”, p. 7.

¹⁴⁸⁷ COMITÉ DE LA CERD, *Recomendación General Núm. 35* (2013), párr. 19. En esta misma dirección, TIMMERMANN entiende que una ponderación mínima entre obligaciones y libertades debería llevar al Comité de la CERD a evaluar la necesidad y proporcionalidad de la acusación en un determinado caso.

3.2.1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Al margen de la CERD (1965), lo cierto es que el PIDCP (1966) resultó ser un instrumento bastante más delimitador –al menos, desde un principio– de conductas proscritas. La técnica de redacción empleada no debe dar lugar a equívocos cuando el art. 20.2 del PIDCP simplemente 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”*. La clave reside en el término «apología del odio» que, a diferencia de la mera difusión de ideas (u otras modalidades expresivas) referida en el art. 4.a) de la CERD, se ha interpretado siempre de forma consistente en el sentido de exigirse la intención¹⁴⁸⁸ de autor de «sembrar odio». Por tanto, la intención pasa a ser un elemento más que debe ser probado¹⁴⁸⁹. A decir verdad, un primer intento de clarificación de la formulación empleada en el art. 20.2 del PIDCP no llegaría hasta 2012, de la mano del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Es en ese momento cuando se aclara que el elemento central lo constituye el odio¹⁴⁹⁰ como apología, entendiéndose como tal *“el apoyo y la promoción explícitos, intencionales, públicos y activos del odio hacia un grupo”*¹⁴⁹¹. Sólo así, cuando el odio adquiere forma apologética, podrá en su caso conformar una incitación, para lo cual el discurso deberá contener *“declaraciones sobre un grupo*

Sobre este último aspecto, el test de la proporcionalidad, el Comité debería considerar si unas determinadas manifestaciones, por ejemplo, «estereotipan pública y de forma negativa», «describen al colectivo diana como una grave amenaza», o «hacen apología de medios destinados a la eliminación de tal amenaza percibida». TIMMERMANN, *Incitement*, p. 130.

¹⁴⁸⁸ Con todo, en términos generales y salvando este aspecto intencional que debe presidir la conducta, cabe avanzar que el ámbito aplicativo del art. 20.2 del PIDCP no ha ido desarrollándose de forma clara por el Comité de Derechos Humanos. Este órgano, como se sabe, tiene competencia para conocer de comunicaciones de individuos que reivindiquen ser víctimas de derechos reconocidos en el Pacto por parte de un Estado, siempre que se encuentren bajo la jurisdicción de ese Estado y que, además de ser parte del PIDCP, también lo sea del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 1 del Protocolo). En síntesis, sirva aquí con apuntar que se ha venido insistiendo en que el art. 20.2 del PIDCP debe ser interpretado de forma sumamente restrictiva para evitar abusos. De hecho, entre otros esfuerzos para forjar un entendimiento común y restrictivo, merece ser destacado el denominado como *Plan de Rabat* (2012), que ocupará nuestra atención más adelante. Véase: NACIONES UNIDAS, Aplicación (A/HRC/2/6), apdo. 39; GAGLIARDONE/GAL/ALVES/MARTÍNEZ, *Countering* (2015), pp. 20-22. Para un recorrido analítico por los casos más importantes relacionados con el art. 20.2 del PIDCP que han llegado a conocimiento del Comité de Derechos Humanos, véase: NOWAK, *U.N. Covenant*, pp. 476-479; JOSEPH/CASTAN, *The International Covenant*, pp. 629-633; TIMMERMANN, *Incitement*, pp. 118-128; TEMPERMAN, *Religious hatred*, pp. 88-121.

¹⁴⁸⁹ Al referirse únicamente a términos tales como «apología» o «incitación», y no a la «distribución» o «circulación» de material, el art. 20 del PIDCP parece anticipar que la imprudencia o negligencia no bastan.

¹⁴⁹⁰ El odio viene definido como *“un estado de ánimo que se caracteriza por emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión hacia el grupo al que van dirigidas”*. NACIONES UNIDAS, *Informe del Relator Especial (A/67/357)* (2012), párrs. 43-44.

¹⁴⁹¹ NACIONES UNIDAS, *Informe del Relator Especial (A/67/357)* (2012), párrs. 43-44.

*nacional, racial o religioso que constituyen un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia*¹⁴⁹² *contra las personas pertenecientes a dicho grupo*”¹⁴⁹³. En suma, para corroborar que las expresiones apologéticas de odio traen efectivamente consigo una incitación a la discriminación, hostilidad o violencia, existen al menos tres elementos de capital importancia y cuyo examen se antoja inexcusable: i) peligro real e inminente de discriminación, hostilidad o violencia¹⁴⁹⁴; ii) intención de autor de incitar a ciertos resultados prospectivos (discriminación, hostilidad o violencia); y iii) contexto. Sobre este último, en concreto, se indica que cualquier examen deberá tener en consideración diferentes factores: a) existencia tensiones intercomunitarias recurrentes; b) discriminación del grupo en cuestión; c) tono y contenido del discurso; d) persona incitadora; y e) medio empleado para difundir el discurso¹⁴⁹⁵.

Por otro lado, el cumplimiento esta previsión por parte de los Estados miembro parece incontestable desde el momento en que su redacción se articula en términos prohibitivos. Ahora bien, contrasta la claridad con la que se expresaba el art. 4.a) de la CERD, al referirse al deber de declarar ciertas conductas expresivas como acto punible, y la absoluta falta de seguridad sobre si el art. 20.2 del PIDCP¹⁴⁹⁶ demanda tal prohibición penal o no necesariamente¹⁴⁹⁷. Más aún, en caso de que lo haga, si lo hace en términos de

¹⁴⁹² Estos tres términos, como resultados prospectivos, también reciben un significado concreto. Sobre la discriminación, se entiende por tal “*toda distinción, exclusión o restricción por motivos de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, nacionalidad, género, orientación sexual, idioma, religión, opinión política o de otra índole, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, discapacidad, o por cualquier otra condición que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y en cualquier otra esfera de la vida pública*”. En cuanto a la hostilidad, se trataría de “*una manifestación del odio más allá de un mero estado de ánimo*”. Finalmente, por violencia se entiende “*el uso de la fuerza física o del poder contra otra persona, o contra un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones*”. NACIONES UNIDAS, *Informe del Relator Especial (A/67/357)* (2012), párrs. 43-44.

¹⁴⁹³ NACIONES UNIDAS, *Informe del Relator Especial (A/67/357)* (2012), párrs. 43-44.

¹⁴⁹⁴ Es decir, aunque sigue siendo indiferente que el resultado del discurso se llegue a concretar, lo cierto es que tiene que poder identificarse un grado de riesgo elevado de causar un daño.

¹⁴⁹⁵ NACIONES UNIDAS, *Informe del Relator Especial (A/67/357)* (2012), párrs. 45-46.

¹⁴⁹⁶ O, incluso, la *Observación general núm. 11* (1983) del Comité de Derechos Humanos, cuyos términos exactos sobre este particular se reproducen a continuación: “*Para que el artículo 20 llegue a ser plenamente eficaz debería existir una ley en la que se dejase bien sentado que la propaganda y la apología en él descritas son contrarias a la política del Estado y en la que se estableciese una sanción adecuada en caso de incumplimiento*”. NACIONES UNIDAS, *Observación general núm. 11* (1983), párr. 2.

¹⁴⁹⁷ Según NOWAK, quien analiza los antecedentes del proceso de redacción del art. 20 del PIDCP, en los primeros borradores se recogía que la incitación al odio racial debía constituir delito. Con todo, esta previsión se acabaría modificando y la redacción final no contuvo ya tal mandato, por lo que no podía exigirse que los Estados miembro adecuasen necesariamente su legislación penal. Por otro lado, resulta interesante reflejar aquí que el art. 20 del PIDCP y su prohibición de toda apología del odio se concibió como una obligación positiva y especial para garantizar la prohibición de toda discriminación contenida en los arts. 2(1) y 26 del PIDCP (véase el apartado «1.4.2.2. *Ámbito universal*» del *Bloque I*). Se pretendía

exclusividad o admite otras estrategias de acción complementarias como podría ser la imposición de sanciones administrativas¹⁴⁹⁸. En cualquier caso, la prohibición que se impone de forma taxativa está desgajada de cualquier otro derecho que pudiera estar limitando. No sólo eso, sino que tales derechos dentro del articulado del PIDCP –esto es, el derecho a la libertad religiosa o de culto, el derecho a la libertad de expresión, el derecho de reunión o el derecho de asociación– contienen ya limitaciones propias (véanse los arts. 18.3, 19.3, 21 y 22.2 del PIDCP)¹⁴⁹⁹. Por ello, esta singularidad motiva ahora emprender un breve ejercicio de ordenación y búsqueda de sentido sistemático interno en el PIDCP.

combatir en origen, mediante la prevención para que no se gestaran determinados climas de opinión, las causas que más probablemente podían desembocar en actos de discriminación racial, nacional y religiosos. Es decir, en todo momento sobrevolaba la idea evitar la reaparición de campañas de odio racial como de las que se fue testigo con el nacionalsocialismo, cuya capacidad de movilización de masas era de sobra conocida. En otras palabras, como pone de relieve este autor, se trató de evitar la incitación pública al odio racial y a la violencia dentro de un Estado o contra otros Estados o personas. NOWAK, *U.N. Covenant*, pp. 468-471 y 475.

Según indicó el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión en 2012, no existiría una tal obligación de incorporar un tipo penal en la legislación de los Estados para que el Derecho interno quede en sintonía con el art. 20.2 del PIDCP. Ahora bien, tal obligación existe de superarse un test de siete partes que eleva lo manifestado a un caso «grave y extremo» de incitación al odio. Simplificando mucho, se requiere de una valoración de la gravedad del odio, de la intención del autor de incitar a ciertos resultados (discriminación, hostilidad o violencia), del contenido o forma del discurso, del alcance de la expresión, de la posibilidad o probabilidad de que se produzcan daños o perjuicios, de la inminencia de los actos que se propugnan y del contexto. NACIONES UNIDAS, *Informe del Relator Especial (A/67/357)* (2012), párrs. 45, 47 y 79.

¹⁴⁹⁸ Para un análisis completo y detallado acerca de este particular, más allá de que la mayoría de Estados parte hayan efectivamente apostado por dar cabida a una prohibición de corte penal, véase TEMPERMAN, *Religious hatred*, pp. 67-79

¹⁴⁹⁹ El carácter independiente y autónomo del art. 20.2 del PIDCP lleva a TIMMERMANN a afirmar que no se trata de otra limitación al uso más, sino que este artículo tiene una importancia fuera de lo común. La propaganda de odio no es ya una «mera excepción» o «limitación permitida» de la libertad de expresión, sino que directamente queda fuera del alcance permisivo o restrictivo de las formas de expresión. Como se verá con el art. 19.3, el cual se examinará en breve, el art. 20.2 no prevé simples fines o justificaciones para poder limitar el derecho a la libertad de expresión, sino que directamente impone tal salvedad al exigir a los Estados miembro que prohíban la apología del odio. TIMMERMANN, *Incitement*, p. 120.

Hasta tal punto cobra una importancia singular e incomparable el art. 20.2 del PIDCP que el Comité de Derechos Humanos salió al paso para aclarar un poco más la posibilidad o no de suspensión legítima de las obligaciones que acarrea el artículo. Pues bien, el art. 4.1 y 4.2 del PIDCP estipulan que ante “*situaciones excepcionales*” que hagan peligrar “*la vida de la nación*”, los Estados parte pueden llegar a suspender algunas obligaciones que contrajeron en virtud del Pacto, entre las que se halla el derecho a la libertad de expresión del art. 19 y, se entiende, también las justificaciones que en este mismo artículo se contienen sobre una eventual limitación del derecho. Al igual que el art. 19 del PIDCP, el 20 tampoco queda salvado de una posible suspensión en tales escenarios de emergencia pública. Aun así, la *Observación general núm. 29* (2001) especificó que “*la proclamación de un estado de excepción (...) no podrá invocarse en caso alguno como justificación por un Estado Parte para incurrir, en violación del artículo 20, en (...) apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia*”. Según GORDON, esta diferencia de trato puede deberse a que la violación de la prohibición de la apología del odio puede suscitar mayores preocupaciones de política pública para la comunidad mundial que la violación del derecho a la libertad de expresión. Véase: NACIONES UNIDAS, *Observación general núm. 29* (2001), párr. 13; GORDON, *Atrocity*, p. 64.

El derecho de toda persona a la libertad de expresión está consagrado en el art. 19.2 del PIDCP, que protege tanto las diferentes formas de expresión (p.ej.: palabra oral o escrita, lenguaje de signos y expresiones no verbalizadas) como el vehículo empleado para su difusión (p.ej.: libros, periódicos, Internet, etc.)¹⁵⁰⁰. No obstante, en la medida en que este derecho no tiene carácter absoluto, podrán fijarse restricciones por ley (garantía de legalidad) que, en todo caso, sean necesarias¹⁵⁰¹ (garantía de necesidad y proporcionalidad) para conseguir alguno de los fines (garantía de legitimidad) que se reproducen a continuación: a) asegurar el respeto a los derechos¹⁵⁰² o a la reputación de los demás¹⁵⁰³; y b) proteger la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas¹⁵⁰⁴ (art. 19.3 del PIDCP)¹⁵⁰⁵. Por tanto, si el art. 20.2 del PIDCP establecía un estándar «extremadamente alto»¹⁵⁰⁶ y, al aludir a la apología del odio “*nacional, racial o*

¹⁵⁰⁰ Así lo aclara la *Observación general núm. 34* (2011) del Comité de Derechos Humanos, que también dedica todo un apartado para constatar y visibilizar una realidad concreta: “*Los Estados partes deberían tener en cuenta la medida en que la evolución de las tecnologías de la información y la comunicación, como Internet y los sistemas de difusión electrónica de la información en tecnología móvil, han cambiado sustancialmente las prácticas de la comunicación en todo el mundo. Ahora existe una red mundial en la que intercambiar ideas y opiniones, que no se basa necesariamente en la intermediación de los medios de comunicación de masas. Los Estados partes deberían tomar todas las medidas necesarias para fomentar la independencia de esos nuevos medios y asegurar el acceso a los mismos de los particulares*”. NACIONES UNIDAS, *Observación general núm. 34* (2011), párrs. 12 y 15.

¹⁵⁰¹ Lo que supone, según NOWAK, que toda restricción debe ser proporcional en cuanto a la gravedad o la intensidad que supone para el fin pretendido en un caso concreto. A su vez, como excepción a la regla general que es, en casos de duda debe prevalecer una interpretación lo suficientemente restrictiva. NOWAK, *U.N. Covenant*, p. 460.

¹⁵⁰² Aquí «derechos», en concreto, se entiende que “*comprende los derechos humanos reconocidos en el Pacto y, más en general, en la normativa internacional de los derechos humanos*”. NACIONES UNIDAS, *Observación general núm. 34* (2011), párr. 28.

¹⁵⁰³ La referencia a «los demás» conecta con “*otras personas a título individual o como miembros de una comunidad, por ejemplo, a una comunidad definida por su fe religiosa o a un grupo étnico*”. NACIONES UNIDAS, *Observación general núm. 34* (2011), párr. 28.

¹⁵⁰⁴ Aunque no se aclaraba que material o declaraciones concretas sería permisible limitar, el Comité de Derechos Humanos llegó a referirse en algún momento a que seguiría la doctrina del «margen de apreciación» fijada por el TEDH. Por ello, se dejaba suficiente discrecionalidad a las autoridades nacionales para realizar las consideraciones oportunas sobre lo que podía afectar al orden y la moral públicos en cada país. En cambio, cabe precisar que este mismo «margen de apreciación» no opera cuando lo que se examina es el alcance de la libertad de expresión en términos generales. Con todo, sobre el concepto de moral pública, el Comité de Derechos Humanos establece que su restricción no debe en ningún caso basarse en principios que deriven exclusivamente de una única tradición social, filosófica y/o religiosa. La restricción, incluso sin desvirtuar el «margen de apreciación» estatal, deberá enmarcarse “*en el contexto de la universalidad de los derechos humanos y el principio de no discriminación*”. Véase: NACIONES UNIDAS, *Informe (E/CN.4/1998/77/Add.2)* (1998), párr. 65; NACIONES UNIDAS, *Observación general núm. 34* (2011), párrs. 32 y 36. Sobre la doctrina del «margen de apreciación», véase también cuanto se dispuso ya en el epígrafe «*b) Consejo de Europa*», del apartado «*1.4.2.3. Ámbito regional europeo*» del *Bloque I*.

¹⁵⁰⁵ Para un análisis muy detallado de todos y cada uno de los fines que dotan de legitimidad a una restricción, véase: NOWAK, *U.N. Covenant*, pp. 462-467; JOSEPH/CASTAN, *The International Covenant*, pp. 604-626; TAYLOR, *A commentary*, pp. 564-576.

¹⁵⁰⁶ TAYLOR, *A commentary*, p. 581. Recuérdese, como se ha dicho en relación al art. 20.2 del PIDCP, que las diferentes formas expresivas de odio, de forma cumulativa, deben conformar una apología del odio

religioso”, también algo limitado en alcance, a través del art. 19.3 del PIDCP podrían llegar a proibirse otras fórmulas apologéticas o incitadoras que se separen de ese marco tan condicionado previsto por el art. 20.2 del PIDCP¹⁵⁰⁷. Refiriéndose en este caso a las limitaciones que se puedan producir online, el Comité de Derechos Humanos menciona que deben venir referidas a un contenido concreto (*content-specific restriction*) para que sean permisibles. En este sentido, restricciones generales basadas en cómo operan determinados sitios web u otros sistemas de difusión de información en Internet no resultan compatibles con el art. 19.3 del PIDCP¹⁵⁰⁸.

Por lo demás, conviene tener presente que el PIDCP dispone de una cláusula de prohibición de abuso (art. 5.1 del PIDCP), siendo así que el art. 20.2 no podrá ser interpretado de tal forma que se allane el camino para actividades o actos encaminados a destruir derechos y libertades que el propio PIDCP prevea, ni tampoco a limitarlos más allá de lo que estos derechos y libertades ya prevean para sí. Es decir, no se pueden superar las restricciones a la libertad de expresión que ya dispone el art. 19.3 del PIDCP (p.ej.: legalizar la censura previa de contenidos). A este respecto, NOWAK concluye que el art. 20.2 sólo adiciona y pone de manifiesto –respecto al art. 19.3 del PIDCP– fines específicos para la interferencia con el derecho a la libertad de expresión, que son fácilmente subsumibles en el art. 19.3 del PIDCP. Es decir, no suponen una novedad que rebase la auto-contención impuesta por el art. 19.3 para el derecho contenido en el art. 19.2 del PIDCP (derecho a la libertad de expresión). De hecho, prosigue este autor, la realidad es que se precisa una prohibición de toda apología del odio para asegurar el respeto a los derechos de los demás y para la protección del orden público¹⁵⁰⁹. Todo lo anterior entona bien con la *Observación general núm. 34* (2011) del Comité de Derechos Humanos, que determinó que los actos –extremos– que absorbe el art. 20 estarán limitados por el art. 19.3 del PIDCP. Ambos artículos deben ser compatibles entre sí y deben poder complementarse. Las limitaciones a la libertad de expresión del art. 20.2 deberán cumplir primero y antes que nada aquellas otras contenidas en el art. 19.3 PIDCP. En concreto, la *Observación general núm. 34* (2011) se refiere a una conformidad estricta

nacional, racial o religioso, que a su vez debe constituir una incitación a la discriminación, hostilidad o violencia.

¹⁵⁰⁷ Incluso, podría llegar a hablarse de proibir expresiones de odio que no constituyan apología o incitación, como el *assaultive speech*. Sobre este tipo de expresiones que estarían por debajo del umbral que marca el art. 20.2 del PIDCP o el art. 4 de la CERD, nos remitimos al apartado «3.2.1.4. *Plan de Rabat* (2012)» *infra*.

¹⁵⁰⁸ NACIONES UNIDAS, *Observación general núm. 34* (2011), párr. 43.

¹⁵⁰⁹ NOWAK, *U.N. Covenant*, p. 477.

(*strict conformity*) del art. 20 en relación al art. 19. La única diferencia por la cual podría considerarse el art. 20 *lex specialis* respecto al art. 19 es que en el primero se menciona una medida preceptiva –y, no sin cierta cautela como hemos adelantado, también “concreta”– que tiene que adoptar el Estado (esto es, la prohibición por ley)¹⁵¹⁰.

En efecto, la simbiosis entre las restricciones que proponen el art. 19.3 y el art. 20.2 del PIDCP parece ser total. Si bien las garantías o condiciones que recoge el art. 19.3 del PIDCP ya han sido nombradas más arriba, lo cierto es que son comunes para los arts. 19.3 y 20.2 del PIDCP, debiendo satisfacerse de forma simultánea para que los Estados impongan sus respectivas restricciones.

En primer lugar, encontramos la garantía de legalidad. Según esta condición, los Estados no sólo deben haber previsto una u otra restricción siguiendo debidamente los cauces legales establecidos a tal fin, sino que además deben de haberlo hecho con “suficiente precisión” y proporcionando “suficientes orientaciones” como para distinguir las expresiones lícitas de aquellas que no lo son. En buena lógica con lo anterior, las leyes no podrán dejar en manos de los jueces “una discrecionalidad sin trabas” para restringir el derecho a la libertad de expresión. Las normas de carácter consuetudinario, en cualquier caso, no podrán sustituir el requisito de la previsibilidad legal. En segundo lugar, se menciona la garantía de necesidad y proporcionalidad. Aquí se parte de que los Estados deben complementar la necesidad alegada de legislar en ese sentido restrictivo de derechos con el deber de demostrar que existía tal necesidad. Por ello, a los Estados concierne demostrar que con una tal restricción “se impone la menor carga posible al ejercicio del derecho y se protege, o es probable que se proteja, el interés legítimo del Estado en cuestión”. Las restricciones deben ajustarse al propósito protector al que sirven, guardando una debida proporción entre el medio empleado (medida restrictiva) y el fin (interés a tutelar). La proporcionalidad también se extiende a jueces y tribunales, no sólo al legislador. Se adaptará, en su caso, a diferentes formas de expresión y a los medios empleados para favorecer la difusión. Por último, encontramos la garantía de legitimidad, la cual requiere que las restricciones estén orientadas a proteger los intereses previstos en el art. 19.3 del PIDCP (es decir, los derechos o la reputación de los demás, la seguridad nacional o el orden público, o la salud o la moral públicas). En este caso, el Estado es el que tendrá que demostrar que, ante una amenaza concreta e

¹⁵¹⁰ NACIONES UNIDAS, *Observación general núm. 34* (2011), párrs. 50-52.

individualizada, se requiere de una medida restrictiva necesaria y proporcionada como la adoptada. En concreto, deberá establecer “*una conexión directa e inmediata entre la expresión y la amenaza*”¹⁵¹¹.

3.2.1.3. Acción y estrategias políticas de NN.UU.

Una vez examinados los dos grandes instrumentos jurídicos que obligan al reflejo penal nacional de ciertas figuras enmarcadas dentro del discurso de odio punible (p.ej.: la «apología del odio» que constituya incitación según el PIDCP, o «toda incitación a la discriminación racial» de la CERD, entre otras), interesa ahora apuntalar bien su aptitud para absorber conductas manifestadas a través de Internet. Para ello, seguiremos de cerca otros documentos y resoluciones de perfil más bien político pero que darán buena muestra de cómo ha ido evolucionando y cuál ha sido la orientación y voluntad de las NN.UU. en este campo de actuación tan sectorial¹⁵¹².

Retomando en el punto en que quedó el análisis antes de examinar la CERD (1965) y el PIDCP (1966), lo cierto es que del 10-14 de noviembre de 1997 el Alto Comisionado para los Derechos Humanos organiza un segundo seminario en Ginebra a fin de seguir observando el impacto que tienen las obligaciones que derivan de la CERD en cuanto a la propaganda racista que circula por la red. Dado que ese material parecía evidente que estaba prohibido en virtud del art. 4 de la CERD o del art. 20.2 del PIDCP¹⁵¹³, el seminario pronto se habría de reorientar hacia la búsqueda de fórmulas para dar cumplimiento a ese

¹⁵¹¹ Véase: NACIONES UNIDAS, *Observación general núm. 34* (2011), párrs. 21-36; NACIONES UNIDAS, *Informe (A/HRC/38/35)* (2018), párrs. 6-8; NACIONES UNIDAS, *Promoción (A/74/486)* (2019), párrs. 5-7.

¹⁵¹² Para un intento de compilar estos documentos, sin perjuicio de se recojan aspectos que recibirán una mayor o menor atención en este estudio, véase también AKDENIZ, *Racism*, pp. 97-105.

¹⁵¹³ En efecto, se incidía una y otra vez en que la regulación de internet no podía quedar al margen de las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos. Las meras opiniones racistas, una vez transmitidas, pasaban a considerarse actos o conductas equiparables a un acto de discriminación racial contrario a la legislación internacional. Además, no cabía la más mínima duda de que “*el artículo 4 de la Convención [CERD] era tan aplicable a la difusión en Internet de ideas de superioridad racial o de odio racial y otra propaganda racista como a delitos y actos ilegales de ese tipo en la prensa, la radio, la televisión o cualquier otro medio de comunicación*”. Si bien el caso estadounidense otorgando un valor cuasi absoluto a la libertad de expresión era una *rara avis*, no podía afirmarse que el derecho constitucional de los Estados hubiere de prevalecer sobre la normativa internacional. Como mucho, los Estados podían formular sus reservas a determinadas disposiciones de los instrumentos internacionales. Otra cosa será que esas reservas se hagan con la mayor precisión posible y sin menoscabar los objetivos generales del instrumento internacional. Por lo demás, algunos de los expertos que participaron en el Seminario lo tenían claro: “[E]l enemigo era el racismo en Internet, no el propio Internet”. Subrayando la falta de novedad alguna en relación a la aplicabilidad de la normativa internacional antirracista, véase también la siguiente afirmación: “*La red Internet en sí era en gran medida irrelevante en cuanto a las conductas y actividades indeseables, ya que sólo era una infraestructura. Lo preocupante eran las propias actividades*”. NACIONES UNIDAS, *Informe (E/CN.4/1998/77/Add.2)* (1998), párrs. 44-45, 56, 62, 67-68, 72 y 119.

mandato. Es decir, el interés no residía tanto en saber si eran o no aplicables las disposiciones de derecho internacional, que indudablemente lo eran, sino de averiguar cómo salvar los problemas, muchos de ellos técnicos, para implementar correctamente tales disposiciones. Y el problema de la territorialidad en un tipo de delincuencia tan deslocalizada era el que sin duda eclipsaba cualquier otro tema a tratar¹⁵¹⁴. Al mismo tiempo, era deseable y así se dejó constancia de que las limitaciones al lenguaje debían recibir siempre una cobertura desde el plano internacional¹⁵¹⁵, evitando así usos interesados y tentaciones despóticas o represivas por parte de los gobernantes¹⁵¹⁶. Dejando de lado otro tipo de estrategias alternativas de acción (p.ej.: bloqueo e impugnación de contenidos, elaboración de códigos de conducta, etc.) que fueron extensamente tratadas, en lo referente al Derecho penal se concluyó que todas aquellas leyes penales nacionales que luchaban contra el racismo y la discriminación racial debían, en caso de ser necesario, enmendarse para reafirmar que eran –y seguían siendo– perfectamente aplicables a Internet¹⁵¹⁷.

Poco después de concluido el seminario de Ginebra vio la luz un nuevo informe del Relator Especial de NN.UU. sobre el racismo, la xenofobia y la intolerancia. Pues bien, dado que la red de Internet se tenía por un mero «apoyo técnico» para la comisión de los delitos de incitación al odio y discriminación racial, el Relator Especial estima que sería concebible aspirar a que cada país legislara conforme al art. 4 de la CERD. Aunque remota todavía, la posibilidad de acabar con la lacra del racismo y la intolerancia en Internet sólo parecía posible mediante una respuesta concertada y global¹⁵¹⁸. A este fin,

¹⁵¹⁴ El caso es que, como hábilmente señalaba una organización no gubernamental que participaba en los debates, el derecho internacional no parecía establecer ningún tipo de restricción al derecho a recibir información. NACIONES UNIDAS, *Informe (E/CN.4/1998/77/Add.2)* (1998), párrs. 71 y 76.

¹⁵¹⁵ En enero de 1997, un informe del Relator Especial ya apreciaba que la tendencia al alza de proliferación de mensajes racistas en Internet era imparable e irreversible por las legislaciones nacionales, al menos visto el estado de la cuestión de entonces. NACIONES UNIDAS, *Informe (E/CN.4/1997/71)* (1997), párr. 8.

¹⁵¹⁶ Recuérdese, como algunos participantes se encargaron de señalar, que el s. XX se caracterizó por las discriminaciones en masa promovidas por los Estados, por lo que instaurar un mecanismo legal para que los propios Estados impusieran cualquier suerte de censura online evitando así que las personas denunciaran tales prácticas era un riesgo muy alto. De hecho, en el Seminario se llega a plantear la importancia de adoptar o no un protocolo internacional que ayude a determinar si la propaganda de odio online constituía delito o en qué medida debía estar amparada por la libertad de expresión. NACIONES UNIDAS, *Informe (E/CN.4/1998/77/Add.2)* (1998), párrs. 69-70, 78 y 122.

¹⁵¹⁷ NACIONES UNIDAS, *Informe (E/CN.4/1998/77/Add.2)* (1998), párr. 158.

¹⁵¹⁸ Por lo demás, el Relator Especial recomendó prever la posibilidad de adoptar medidas a nivel internacional, para lo cual deberían llevarse a cabo estudios, investigaciones, consultas, programas de educación sobre derechos humanos e intercambio de experiencias sobre la proliferación del odio en Internet. Asimismo, se apeló a la comunidad internacional para que contrarrestara los mensajes racistas y xenófobos online con la difusión de mensajes antirracistas y antixenófobos, o incluso la creación de sitios web para difundir *ex professo* dichos mensajes. Véase: NACIONES UNIDAS, *Informe (E/CN.4/1998/79)* (1998), párrs. 50-51 y 134; NACIONES UNIDAS, *Medidas (A/54/347)* (1999), párr. 20; NACIONES

la Conferencia Mundial contra el Racismo y la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia que tendría lugar en Durban (Sudáfrica) en 2001 se antojaba una ocasión inmejorable para trabajar las nuevas manifestaciones de odio en el ámbito de la delincuencia informática¹⁵¹⁹. De hecho, a esta Conferencia se llegaría con el fenómeno del ciberodio en clara expansión, siendo los esfuerzos nacionales por combatirlo todavía anecdóticos y, ante todo, sin que existiese ningún tipo de reglamentación internacional específica. El Relator Especial, ante este panorama, tenía dos claras prioridades en mente. La primera era alcanzar un acuerdo internacional de carácter gubernamental para reglamentar el uso de Internet. La segunda, en clara sintonía con la primera, armonizar las legislaciones penales para luchar contra el uso ilegal de Internet con fines racistas¹⁵²⁰.

En los preparativos de Conferencia Mundial de Durban, destaca un Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos sobre la explotación de Internet para incitar al odio racial y difundir propaganda racista y xenófoba, y sobre las maneras de promover la cooperación internacional en este ámbito¹⁵²¹. En este informe se realiza un examen exhaustivo de iniciativas y medidas, sean o no de orden jurídico, adoptadas hasta la fecha tanto en el plano nacional como internacional y por los más variados actores involucrados (p.ej.: gobiernos, industria, organizaciones privadas, particulares, etc.). En concreto, respecto a las medidas de carácter jurídico, se concluye que la mayoría de este tipo de iniciativas (p.ej.: promulgación de legislación *ad hoc*, adaptación de la legislación ya existente o judicialización de casos) provienen del ámbito nacional. A su vez, el estado de la cuestión es tan embrionario (p.ej.: pocos casos ante los tribunales o una legislación que, adaptada o no a las singularidades de Internet, se encuentra todavía en una fase inicial de aplicación) que no se presta a mucha más valoración. Eso sí, se augura que aspectos jurisdiccionales, de viabilidad técnica de la reglamentación, o de las diferencias

UNIDAS, *El racismo (E/CN.4/RES/2000/14)* (2000), apdo. 39; NACIONES UNIDAS, *El racismo (E/CN.4/RES/2001/5)* (2001), apdo. 39.

¹⁵¹⁹ Así lo sugirió el Relator Especial, destacando que las reuniones de trabajo de la Conferencia Mundial “deberían brindar una oportunidad de definir las estrategias para combatir el discurso del odio en la Internet y elaborar medidas positivas para la educación en materia de derechos humanos, alentando a la comprensión y la tolerancia”. NACIONES UNIDAS, *Medidas (A/54/347)* (1999), párrs. 46 y 71.

La Comisión de Derechos Humanos insistía en recomendar que se examinara la «ratificación universal» de la CERD en la Conferencia Mundial, encomiando a los Estados parte a que precisaran más y mejor posibles reservas a la misma. Una vez realizado lo anterior, se pedía a los Estados parte que adoptaran inmediatamente medidas positivas para atajar todas las formas de discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia. Véase: NACIONES UNIDAS, *El racismo (E/CN.4/RES/2000/14)* (2000), apdos. 42 y 44-45; NACIONES UNIDAS, *El racismo (E/CN.4/RES/2001/5)*, apdos. 42 y 44-45.

¹⁵²⁰ NACIONES UNIDAS, *Informe (A/55/304)* (2000), párr. 45.

¹⁵²¹ NACIONES UNIDAS, *Informe (A/CONF.189/PC.2/12)* (2001).

normativas entre países seguirá lastrando la eficacia del enfoque normativo global contra el fenómeno racista en Internet¹⁵²².

Tras la Conferencia Mundial de Durban, celebrada entre el 31 de agosto y el 8 de septiembre de 2001, se adopta una Declaración y un Programa de Acción que contenía diferentes recomendaciones. Entre otros aspectos, se pide a los Estados no sólo que adopten las oportunas sanciones contra la incitación al odio racial mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, como Internet, sino que además apliquen “*en la medida de lo posible*” la legislación penal enfocada a tal fin. Junto a lo anterior, se habla simplemente de “*estudiar la posibilidad*” de ofrecer una respuesta internacional pronta y coordinada, potenciando así la cooperación internacional¹⁵²³.

Precisamente, a raíz de que el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobara, el día 7 de noviembre de 2002, el Protocolo adicional al Convenio sobre Cibercriminalidad de Budapest relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos¹⁵²⁴, el Relator Especial¹⁵²⁵ dejó constancia de su anhelo por que se creara un texto análogo a nivel internacional y como protocolo adicional a la CERD¹⁵²⁶. La perspectiva era que un texto de esa índole forzara a más Estados a adoptar medidas específicas para atajar la explotación del racismo y xenofobia en Internet. Una vez más, la idea que subyace es que interesaba alcanzar cuanto antes una respuesta universal y coordinada para luchar contra un fenómeno que no entendía de fronteras. Sin embargo, este anhelo del Relator Especial se vio truncado definitivamente por un desencuentro insalvable entre Estados Unidos y los países europeos, que mantenían –y mantienen– visiones contrapuestas en torno a cuál era la

¹⁵²² En detalle, sobre las medidas adoptadas por los gobiernos que se analizan en el informe y sobre aquellas otras medidas gubernamentales coordinadas o internacionales, véase NACIONES UNIDAS, *Informe (A/CONF.189/PC.2/12)* (2001), párrs. 20-49 y 95-99.

¹⁵²³ Para estas y otras recomendaciones sobre el ciberodio (p.ej.: alentar a los proveedores de Internet a que establecieran y difundieran códigos de conducta específicos de carácter voluntario y medidas de autorregulación, o denunciar y desalentar activamente la transmisión de mensajes racistas y xenófobos), véase NACIONES UNIDAS, *Informe (A/CONF.189/12)* (2002), pp. 53-55.

¹⁵²⁴ Este instrumento sentaba bases jurídicas comunes e incluía disposiciones sobre cooperación internacional en el ámbito que aquí nos ocupa. Con todo, para un examen más detallado, nos remitimos aquí al epígrafe «a) *Tratado de Ciberdelincuencia (2001)* y *Protocolo Adicional relativo a la Penalización de Actos de Índole Racista y Xenófoba cometidos por Medio de Sistemas Informáticos (2003)*», del apartado «3.2.2.1. Consejo de Europa» *infra*.

¹⁵²⁵ Nótese que el nuevo Relator Especial de las Naciones Unidas sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia e intolerancia era ya el Dr. Doudou Diène (2002-2008), cogiendo el testigo que dejaba el Prof. Dr. Maurice Glèlè-Ahanhanzo.

¹⁵²⁶ Véase: NACIONES UNIDAS, *La lucha (A/58/313)* (2003), párr. 25; NACIONES UNIDAS, *Lucha (A/59/329)* (2004), párr. 30.

mejor estrategia de acción. En efecto, el primero se oponía a toda suerte de reglamentación, por cuanto contrariaba la primacía de la libertad de expresión, mientras que los segundos verían con buenos ojos explorar vías para profundizar en políticas sancionatorias y de control¹⁵²⁷. En opinión de SIEBER, lo anterior no obsta para lograr cierto éxito en la aspiración de acercar todos los sistemas jurídicos nacionales y lograr, cuando menos, un consenso básico común. Por complicado que parezca, los Estados europeos no deben ceder en su empeño de exportar a los EE.UU. ciertas prohibiciones penales. Incluso si no se consigue lo anterior, o en tanto no se consiga, los Estados europeos estarán haciendo valer en todo momento sus prohibiciones al recordarle a los EE.UU. los efectos que estas prohibiciones provocan en la circulación de cierto tipo de material proveniente de servidores norteamericanos en Europa. Formar una especie de coágulo europeo –y de otros muchos países– a esa libre circulación de material odioso es una forma de presión a los Estados oasis o paraísos informáticos¹⁵²⁸.

En resumen, el derecho internacional público dispone de instrumentos, como la CERD o el PIDCP, cuya proyección alcanza sin dificultades la prohibición del material racista o incitador en la red. Ello se debe a que, a pesar de que estos instrumentos resultan muy anteriores a los medios tecnológicos de comunicación e interacción social más modernos, sus disposiciones quedaron redactadas de tal forma que, hasta hoy, resulta intrascendente –o, al menos, poco controvertido– el medio a través del cual se transmita la información. La plena adecuación a Internet, así como el carácter potencialmente universal de tales instrumentos, llevaron a plantear como plausible una respuesta global y coordinada de los diferentes ordenamientos penales nacionales. Ello además aliviaría los problemas de aplicación de las normas sustantivas adoptadas conforme a tales instrumentos, que era el verdadero obstáculo pendiente.

Si bien una mayoría de Estados habrían de adecuar progresivamente sus legislaciones penales conforme a estos dictados internacionales, otros Estados entendieron que no les era exigible repensar las normas de las que ya disponían. En particular, el derecho a la

¹⁵²⁷ NACIONES UNIDAS, *Lucha* (A/59/329) (2004), párr. 31.

¹⁵²⁸ De cualquier forma, según este mismo autor, los Estados europeos también debieron aprender de los norteamericanos con objeto de que las prohibiciones penales no cieguen otro tipo de alternativas de acción. Es por ello que, junto a la armonización universal de sistemas jurídicos nacionales, otras formas de respuesta (p.ej.: procesos civiles de asociaciones de víctimas en el extranjero, establecimiento de códigos de conducta, habilitación de canales para denunciar contenidos ilegales online, fomento de una discusión abierta, etc.) que involucren cada vez más al usuario –y menos al Estado– deberían siempre complementar la lucha contra el odio en Internet. En detalle, véase SIEBER, “La lucha”, pp. 177-179.

libertad de expresión adquiriría una posición prevalente para este último grupo de Estados, cuya negativa a refinar su legislación interna provocaba en muchos casos, como es lógico pensar, la continuidad de su inoperancia también en el entorno online. Además, los países reacios a cumplir con mayor rigor y firmeza sus compromisos internacionales (p.ej.: Estados Unidos, Reino Unido, Australia o Japón) resultaron ser los territorios clave para perpetuar la impunidad online¹⁵²⁹. Los autores, en efecto, se valían de la ubicuidad de Internet y de aquellas jurisdicciones más laxas con algunas formas de discursos odiosos. En definitiva, por muchos avances realizados en la cobertura normativa contra la incitación al odio y la distribución de material racista, y por mucho que esta cobertura fuera relativamente fácil de implementar al ciberespacio, las previsiones para «atar en corto» al ciberodio no eran nada buenas. Al tiempo que se resquebrajaba la uniformidad interestatal también se disipaba toda esperanza de controlar penal y eficazmente este fenómeno delictivo.

3.2.1.4. Plan de Rabat (2012)

El *Plan de Rabat* (2012) es el resultado de una serie de reuniones y talleres (*workshops*) de expertos que organizó la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en 2011 en diferentes regiones del mundo¹⁵³⁰. La reunión de recapitulación y cierre que tuvo lugar en Rabat (Marruecos, África), del 4-5 de octubre de 2012, supuso el colofón a la celebración de estos foros regionales y la adopción de un documento que contenía las conclusiones y recomendaciones extraídas de todos ellos. Este documento define, aclara y, en definitiva, guía el abordaje más efectivo para combatir la incitación a la discriminación, hostilidad o violencia, al tiempo que traza los puentes necesarios para hacer compatibles y reconciliar este tipo de limitaciones (arts. 19.3 y 20.2 del PIDCP) con el derecho a la libertad de expresión (art. 19.2 del PIDCP).

El *Plan de Rabat* (2012) formula un conjunto de parámetros que sirven para medir la peligrosidad –es decir, la gravedad– del discurso de odio que, según estándares

¹⁵²⁹ Así lo recoge un informe del año 2000 preparado por el *Instituto Suizo de Derecho Comparado* (Lausana, Suiza) para la ECRI, cuya versión actualizada de 2009 mantiene la redacción originaria a pesar de haber transcurrido casi una década entre uno y otro informe. Este aspecto, aunque nimio, refleja bien el estado de estancamiento y bloqueo duradero en el que se encontraba la materia en el panorama internacional. Véase: SWISS INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW, *Legal instruments* (2000), p. 70; SWISS INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW, *Legal instruments* (2009), pp. 134-135.

¹⁵³⁰ El primero en Viena (Austria, Europa), del 9-10 de febrero de 2011, después en Nairobi (Kenia, África), del 6-7 de abril de 2011, en Bangkok (Tailandia, Asia), del 6-7 de julio de 2011, y en Santiago de Chile (Chile, América), del 12-13 de octubre de 2011.

internacionales, pueda tenerse por suficiente para respaldar su encaje típico como delito de incitación. Se trata de un test de relevancia que filtra y organiza las conductas incitadoras para determinar aquellas más graves y, por ende, merecedoras de reproche penal. El riesgo típicamente relevante pasa a depender, en gran medida, de una lectura contextual de la conducta. Los criterios¹⁵³¹ a examen, sobre cuya base los Estados gozan de cierto margen para cumplir con su deber de configurar un umbral razonable de evaluación¹⁵³², son los siguientes: 1.) *Contexto*: contexto legal, político, social y económico imperante en el momento en que se formula o difunde el discurso¹⁵³³; 2.) *Orador*: posición o estatus social de quien articula el discurso y su autoridad o influencia respecto a la audiencia a la que se dirige¹⁵³⁴; 3.) *Intención*: existencia de elemento intencional, no siendo suficiente la mera imprudencia o negligencia¹⁵³⁵; 4.) *Contenido y forma*: naturaleza y estilo expresivo (p.ej.: grado en que el discurso fue provocativo y directo, su forma y el equilibrio en la argumentación empleada)¹⁵³⁶; 5.) *Extensión o alcance de lo expresado*: alcance del discurso, su naturaleza pública, magnitud y tamaño de la audiencia, medios empleados para la difusión, o frecuencia, cantidad y alcance de las comunicaciones¹⁵³⁷; 6.) *Probabilidad, incluida la inminencia*: grado de riesgo de

¹⁵³¹ NACIONES UNIDAS, *Annual (A/HRC/22/17/Add.4)* (2013), párr. 29.

¹⁵³² NACIONES UNIDAS, *Informe (A/HRC/28/64)* (2015), párrs. 52 y 106.

¹⁵³³ Las preguntas que pueden formularse para evaluar estos indicadores sobre el *contexto* son, entre otras, las siguientes: ¿Hay algún conflicto en curso o incidentes de violencia contra el colectivo diana? ¿Reconoce la ley la identidad del individuo o colectivo diana? ¿Hay alguna legislación anti-discriminatoria y está ajustada a las normas y estándares de derechos humanos internacionales? ¿Cómo, si es que lo hacen, informan los medios de comunicación sobre el colectivo diana? ¿Son independientes los medios de comunicación? ¿Hay elecciones próximamente? ¿Qué papel juegan las políticas identitarias (*identity politics*) en las campañas electorales? ¿Hay quienes desafían al discurso del odio? Si es así, ¿quiénes son? NACIONES UNIDAS, *United Nations* (2020), p. 17.

¹⁵³⁴ Las preguntas que pueden formularse para evaluar estos indicadores sobre el *orador* son, entre otras, las siguientes: ¿Tiene el orador poder o influencia en la sociedad? ¿Es un líder nacional, un político, un funcionario público, un líder religioso, o un *influencer* en redes sociales? ¿Cuál es su reputación y posición en la sociedad? ¿Cuál es su relación con los grupos diana? NACIONES UNIDAS, *United Nations* (2020), p. 18.

¹⁵³⁵ Las preguntas que pueden formularse para evaluar estos indicadores sobre la *intención* son, entre otras, las siguientes: ¿Tenía el orador la intención involucrarse en la apología del odio contra un individuo o grupo sobre la base de una característica protegida? ¿Había una relación triangular, es decir, tenía el orador la intención de incitar a la audiencia contra el grupo diana? ¿Fue el orador simplemente negligente o imprudente en su expresión? ¿Fue de mal gusto o denota carencia de juicio el orador al expresarse como lo hizo? NACIONES UNIDAS, *United Nations* (2020), p. 18.

¹⁵³⁶ Las preguntas que pueden formularse para evaluar estos indicadores sobre el *contenido y forma* son, entre otras, las siguientes: ¿Hasta qué punto el discurso fue provocativo y directo? ¿Cuál fue la forma, el estilo y la naturaleza de los argumentos desplegados en el discurso? ¿Había algún equilibrio entre los argumentos de los que se hace uso? ¿Fue lo expresado en beneficio del interés público? ¿Se trataba de una muestra de expresión artística o académica? NACIONES UNIDAS, *United Nations* (2020), p. 18.

¹⁵³⁷ Las preguntas que pueden formularse para evaluar estos indicadores sobre la *extensión o alcance de lo expresado* son, entre otras, las siguientes: ¿Cómo de pública llegó a ser la expresión cuando se hizo? ¿Cuál fue el alcance difusivo de lo expresado? ¿Cómo de amplia era la audiencia que estuvo expuesta? ¿Se difundió la expresión offline y/u online? NACIONES UNIDAS, *United Nations* (2020), p. 18.

daño, siendo los tribunales quienes tendrán que determinar que existe una probabilidad razonable de que el discurso fuera a lograr incitar a la acción real contra el grupo destinatario¹⁵³⁸.

Además de servir para filtrar las formas más graves y punibles de incitación, estos seis factores ayudan también a hacer más reconocibles aquellas conductas incitadoras menos graves y toda una gradación de expresiones odiosas que, por ser de menor entidad, se sitúan por debajo de ese umbral¹⁵³⁹. En primer lugar, el carácter delictivo sólo será predicable de aquellas conductas incitadoras más graves, es decir, de las que cumplan escrupulosamente con los seis puntos que prevé el *Plan de Rabat* (2012). En otro caso, habría que valorar la imposición de sanciones administrativas o civiles, que incluso siendo de carácter pecuniario no llevarán asociadas el estigma que se presupone a la pena de multa¹⁵⁴⁰. Para otras expresiones odiosas que no constituyan incitación, como el *assaultive speech*, habría de acudirse a las restricciones del art. 19.3 del PIDCP. En este caso, suponiendo que la restricción cumpla las garantías de legalidad, necesidad y proporcionalidad, y legitimidad¹⁵⁴¹, lo que no será fácil dada la vaguedad que suele ser habitual en este tipo de disposiciones y que atenta contra la primera de esas garantías, deberá encuadrarse en alguno de los motivos legítimos del art. 19.3 del PIDCP¹⁵⁴². Normalmente, además, será habitual que la base jurídica para justificar una restricción de este tipo sea la de que con ella se asegure el respeto a los derechos de los demás (art. 19.3.a) del PIDCP), como pueda serlo el derecho a no ser discriminado. En su caso, la protección del orden público (art. 19.3.b) del PIDCP) también podría ser otro motivo legítimo para hacer uso habitual de este tipo de restricciones¹⁵⁴³.

¹⁵³⁸ Las preguntas que pueden formularse para evaluar estos indicadores sobre la *probabilidad (incluida la inminencia)* son, entre otras, las siguientes: ¿Existe una probabilidad razonable de que lo comunicado por el orador logre incitar a la acción real de la audiencia contra el colectivo diana? ¿Había una probabilidad razonable de que lo expresado causara daño? (p.ej.: daño físico y/o psicológico a un individuo o colectivo, o daño a la cohesión social) ¿Habría el daño afectado a determinados individuos del colectivo al que se dirigía (p.ej.: mujeres, niños o jóvenes) más que a otros? ¿Habría tenido el daño un impacto diferente entre hombres y mujeres? NACIONES UNIDAS, *United Nations* (2020), p. 18.

¹⁵³⁹ No sólo eso, sino que el test de Rabat constituye un «marco valioso» para evaluar con mejor criterio las reacciones de las autoridades públicas estatales (p.ej.: declaraciones de condena institucionales, inversión en educación, financiación de proyectos, etc.) que sirvan de contrapunto a ciertos discursos ofensivos o incómodos. NACIONES UNIDAS, *Promoción (A/74/486)* (2019), párr. 24.

¹⁵⁴⁰ Véase: NACIONES UNIDAS, *Annual (A/HRC/22/17/Add.4)* (2013), párr. 34; NACIONES UNIDAS, *Promoción (A/74/486)* (2019), párr. 18; NACIONES UNIDAS, *United Nations* (2020), pp. 16 y 31.

¹⁵⁴¹ Véase el apartado «3.2.1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)» *supra*.

¹⁵⁴² Véase el apartado «3.2.1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)» *supra*.

¹⁵⁴³ NACIONES UNIDAS, *Promoción (A/74/486)* (2019), párrs. 19-20.

Por su importancia para este estudio, y mientras se cumpla todo lo anterior, cabe referirnos brevemente a una modalidad muy concreta de discurso de odio no incitador. Se trata del discurso dirigido contra una víctima individualmente considerada e identificable. En este caso, los Estados suelen –aunque no siempre– alinear y fundir el castigo del discurso de odio con la legislación sobre delitos de odio (delitos de odio *stricto sensu*). Es decir, se prefiere hacer uso de la técnica agravatoria de delitos comunes tales como las amenazas de violencia o las injurias¹⁵⁴⁴. Sobre esta opción aplicada al ordenamiento jurídico español, de la que somos partidarios, ya se tuvo ocasión de desarrollar nuestra opinión en el *Bloque I* del presente estudio¹⁵⁴⁵. Más adelante se tendrá ocasión de seguir avanzando en esa misma dirección¹⁵⁴⁶.

En definitiva, basta aquí con insistir nuevamente en que con el *Plan de Rabat* (2012) no sólo se ordena la constelación de conductas incitadoras dentro del universo de los discursos de odio, sino que se ofrecen claves útiles para calibrar la gravedad que llevan ínsita otras modalidades expresivas¹⁵⁴⁷. En función de la gravedad, a su vez, se demandan diferentes respuestas legales o políticas.

3.2.2. Ámbito regional europeo

El del ámbito regional europeo es un estándar donde se ha alcanzado el mayor grado de especialización, desarrollo e influencia¹⁵⁴⁸ sobre la materia aquí a examen¹⁵⁴⁹. No en

¹⁵⁴⁴ Sobre esta y otras modalidades específicas de discursos de odio no incitadores, véase NACIONES UNIDAS, *Promoción (A/74/486)* (2019), párrs. 19-25.

¹⁵⁴⁵ Nos remitimos aquí al apartado «1.5.3. *Intersección con los delitos de expresión*» del *Bloque I*.

¹⁵⁴⁶ Entre otras referencias puntuales, véase el subepígrafe «b.1) *La injuria/difamación colectiva pública y su cadena de difusión (art. 510.2.a) CP*», del apartado «3.3.2.2. *Conductas típicas y generación de riesgo*» *infra*.

¹⁵⁴⁷ NACIONES UNIDAS, *United Nations* (2020), p. 17.

¹⁵⁴⁸ Un ejemplo, entre muchos otros, servirá para dar fe del prestigio tan reconocible del que goza a todos los niveles. Además de lo brevemente apuntado en el epígrafe «b) *Consejo de Europa*» del apartado «1.4.2.3. *Ámbito regional europeo*» del *Bloque I*, al cual nos remitimos en este momento, volvemos a poner el foco en el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales (1994). En concreto, su Comité Consultivo entiende que la legislación penal debe contener preceptos que castiguen, entre otros, el discurso de odio y la incitación a la violencia y al odio por motivos étnicos. Asimismo, el Comité no duda en hacer suyo y en hacer descansar su entendimiento sobre estas cuestiones precisamente en el *expertise* (p.ej.: definiciones, formas de aproximación e interpretación de conceptos, sistema de monitoreo, etc.) adquirido a lo largo de los años por la ECRU (organismo del Consejo de Europa) y la OSCE/ODIHR (organización regional de seguridad). Aún más, sobre los discursos intolerantes vehiculizados a través de Internet, el Comité ha apremiado en alguna ocasión para que las autoridades nacionales consideren y ratifiquen el Protocolo Adicional relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos (2003) del Convenio sobre Cibercriminalidad de Budapest (2001). Véase: ACFC, *The Framework Convention: a key tool* (2016), párr. 56; ACFC, *Third Opinion* (2010), párrs. 98-99; ANGST, «Commentary of article 6», pp. 159-160.

¹⁵⁴⁹ Al parecer, el concepto mismo de «delito informático» tuvo su entrada en Europa a través de un Congreso académico celebrado en Estrasburgo (Francia), organizado por el Consejo de Europa los días 15-18 de noviembre de 1976. La definición que se empleó entonces fue la siguiente: “[C]ualquier acción

vano, el estándar europeo no sólo cumple con el estándar internacional sobre los discursos de odio sino que rebasa con mucho dicho marco referencial¹⁵⁵⁰.

3.2.2.1. Consejo de Europa

a) *Tratado de Ciberdelincuencia (2001) y Protocolo Adicional relativo a la Penalización de Actos de Índole Racista y Xenófoba cometidos por Medio de Sistemas Informáticos (2003)*

El Convenio sobre Ciberdelincuencia abierto a firma el 23 de noviembre de 2001, en Budapest (en adelante, «Convenio de Budapest»), Hungría, supuso el más reseñable de entre todos los intentos armonizadores conocidos hasta la fecha en el ámbito delictivo que da nombre al tratado. Su desarrollo se fragua bajo los auspicios del Consejo de Europa, pero su aspiración es mucho mayor¹⁵⁵¹, no existiendo hasta la fecha un acuerdo vinculante

illegal en la que un ordenador es una herramienta u objeto del delito, en otras palabras, cualquier delito cuyo medio o propósito sea influir en el funcionamiento de un ordenador”. SCHJOLBERG, *The history*, p. 32.

¹⁵⁵⁰ LANDA GOROSTIZA, por ejemplo, se refiere a una «porosidad» excesiva o «desbordamiento» en el caso europeo respecto al derecho internacional de los derechos humanos. LANDA GOROSTIZA, “Delitos de odio”, pp. 5 y 11-12 (desarrollando esta idea, véase pp. 19-25).

¹⁵⁵¹ El Convenio de Budapest, así como su Protocolo adicional sobre la penalización de actos de índole racista y xenófoba, ha aspirado en todo momento a una aplicabilidad global. Asimismo, incluso para aquellos Estados que no se hayan sumado al mismo, es un espejo muy autorizado en el que fijarse para adoptar o adaptar su legislación nacional. Por ejemplo, en un documento de trabajo que se preparó con vistas a celebrar el 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal en Salvador (Brasil), los días 12-19 de abril de 2010, se apuntaba lo siguiente: “*Los efectos del Convenio sobre la Ciberdelincuencia no pueden medirse únicamente por el número de Estados que lo han firmado o ratificado. La Argentina, Botswana, Egipto, Filipinas, Nigeria y el Pakistán, por ejemplo, han modelado partes de su legislación con arreglo al Convenio, sin adherirse oficialmente a él*”. Más aún, el Convenio de Budapest ha servido como fuente de inspiración y/o estándar de prestigio internacional muy consolidado para otras iniciativas regionales (p.ej.: la Convención sobre ciberseguridad y protección de datos personales adoptada en 2014 en Malabo, Guinea Ecuatorial). En términos generales, se puede decir que representa un marco global de cooperación sobre ciberdelincuencia, así referido en alguna ocasión tanto por la UE como por la propia Naciones Unidas, cuya función va más allá de ser jurídicamente vinculante para uno u otro Estado puntual que se comprometa a acatar sus disposiciones. Véase NACIONES UNIDAS, *Novedades (A/CONF.213/9)*, párr. 33.

Una breve alusión a su vocación de aplicación universal puede encontrarse en un documento que forma parte de uno de los primeros proyectos del Consejo diseñados para guiar a los Estados en su búsqueda por acceder, comprometerse o implementar el Convenio de Budapest. Este y otros proyectos, a su vez, se insertan dentro de una infraestructura administrativa de apoyo dentro del Consejo de Europa (*Cybercrime Programme Office of the Council of Europe*, o simplemente C-PROC), creada para centralizar dichas labores de asistencia a cualquier país y para complementar el trabajo que realiza el Comité del Convenio de Budapest (T-CY). Véase: CONSEJO DE EUROPA, *Project on cybercrime* (2009), p. 5. El repositorio que contiene este y otros muchos proyectos completados, en curso o con previsión de realización futura puede consultarse online (<https://www.coe.int/en/web/cybercrime/cybercrime-office-c-proc->). Dentro de otro de esos proyectos, con motivo de uno de los ejemplos apuntados *supra*, véase un informe que examina el grado de compatibilidad y complementariedad entre el Convenio de Budapest y la Convención de Malabo, que da buena muestra de la relevancia del primero a la hora de evaluar los nuevos proyectos que se diseñen a nivel regional. CONSEJO DE EUROPA, *Comparative analysis* (2016).

multilateral tan ambicioso, influyente y referencial en este campo¹⁵⁵². En cuanto a su estructura, se trata de un instrumento poliédrico, ya que contiene disposiciones relacionadas con el derecho penal sustantivo, el derecho procesal, y la cooperación internacional.

Si en octubre del 2000 el Comité de Ministros del Consejo de Europa solicita a la Asamblea Parlamentaria de ese mismo órgano que emitiera una opinión¹⁵⁵³ sobre el entonces borrador de Convención elaborado por un Comité de Expertos (Comité PC-CY)¹⁵⁵⁴, en noviembre de ese mismo año un grupo de parlamentarios presenta una moción para una recomendación sobre racismo y xenofobia en el ciberespacio (2000)¹⁵⁵⁵. Una

¹⁵⁵² Ahora bien, ello no habrá sido por falta de intentos de configurar una convención internacional sobre el delito cibernético. Por ejemplo, en el año 2000 consta un proyecto de convención internacional cuyo origen está en los debates mantenidos y el seguimiento que se dio a un Congreso Internacional celebrado en la Universidad de Stanford (Estados Unidos) los días 6-7 de diciembre de 1999. Y lo mismo podría decirse del *12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal*, celebrado en Salvador (Brasil), los días 12-19 de abril de 2010. En este último, como decimos, no se alcanzó el acuerdo para que se iniciaran negociaciones sobre un nuevo instrumento internacional. Mientras algunas posturas sostenían que “*las iniciativas existentes tenían un alcance bilateral o regional limitado*”, otros entendían todo lo contrario, es decir, que “*el Convenio del Consejo de Europa sobre el delito cibernético era un marco apropiado, utilizado no solo por los Estados que eran parte en él, como modelo para elaborar leyes que permitían a los Estados realizar investigaciones fructíferas*”. Si bien hubo diferentes razones en uno u otro sentido, la polarización parecía evidente. En detalle, véase: SOFAER/GROVE/WILSON, «Draft International», pp. 249-265; SCHJOLBERG, *The history*, pp. 45-47; NACIONES UNIDAS, *Informe (A/CONF.213/18)*, párrs. 191-208.

¹⁵⁵³ Nótese que la opinión solicitada a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa no es vinculante para el Comité de Ministros del Consejo de Europa, pudiendo este último si así lo considera oportuno no tener en cuenta dicha opinión. Se trata simplemente de plasmar el parecer de la Asamblea en un documento y sobre un texto dado, como sería el caso de un borrador de Convención. La Asamblea mantiene, como puede observarse, una posición subordinada a la del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

¹⁵⁵⁴ En concreto, se trataba del Comité de Expertos sobre la delincuencia en el ciberespacio (*Committee of Experts on Crime in Cyber-Space*), que había empezado a trabajar en la confección del actual Convenio de Budapest en abril de 1997. Se trataba en verdad de un subcomité dentro de la estructura orgánica del Comité Europeo de Asuntos Penales (*European Committee on Crime Problems*), que era a quien realmente el Comité de Ministros encargaba habitualmente la supervisión y coordinación de las tareas propias del Consejo de Europa sobre prevención y castigo de la criminalidad. En detalle, para una visión amplia sobre todo el proceso de gestación histórica del borrador del Convenio, así como de su contenido, nos remitimos a BARON, “A critique”, pp. 263-278.

¹⁵⁵⁵ La moción para una recomendación (*motion for a recommendation*) es un documento oficial de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Sin exceder las 300 palabras, debe venir firmada por veinte representantes parlamentarios (o sustitutos) que pertenezcan al menos a cinco delegaciones nacionales, o en su caso ser aprobada con el quórum necesario de la comisión correspondiente que tenga ese mandato asignado. Será el Presidente de la Asamblea Parlamentaria quien decida si está todo en orden tras examinar o realizar las consultas pertinentes sobre la moción presentada. La Mesa de la Asamblea, que incluye al Presidente, podrá remitir un asunto concreto a una comisión para que presente un informe a la Asamblea. Por lo demás, una recomendación es una propuesta de la Asamblea dirigida al Comité de Ministros, cuya aplicación está fuera de la competencia de la Asamblea, pero dentro de la de los gobiernos. Si bien aludiremos a ellos más adelante, de esta moción se originaría un informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos (*Committee on Legal Affairs and Human Rights*) y, posteriormente, una recomendación de la propia Asamblea Parlamentaria y una contestación del Comité de Ministros. Véase: CONSEJO DE EUROPA, *Motion (Doc. 8886)* (2000); CONSEJO DE EUROPA, *Report (Doc. 9263)* (2001); CONSEJO DE EUROPA, *Recomendación 1543* (2001); CONSEJO DE EUROPA, *Reply (Doc. 9607)* (2002). Para conocer más sobre cómo funciona el procedimiento que lleva desde la moción a la

vez destacan que el borrador no se pronuncia sobre estos temas en particular, sobre los que entienden que existe cierto margen de mejora teniendo en cuenta el marco legal existente, el grupo de parlamentarios recomienda que se contemple como acto delictivo “*la distribución de material racista y xenófobo, el discurso de odio y la discriminación racial en Internet*”. La Asamblea Parlamentaria acabaría plasmando esta idea en su *Opinión 226 (2001)*¹⁵⁵⁶. En este último documento se recomienda definir y tipificar como delito la difusión de propaganda racista (*dissemination of racist propaganda*) y el almacenamiento excesivo e indebido de mensajes de odio (*abusive storage of hateful messages*), si bien ello debe hacerse mediante otro acuerdo multilateral diferenciado de la Convención. En concreto, se habla de que «se elabore inmediatamente un protocolo» abriendo el marco aplicativo de la convención a otras modalidades delictivas, entre las que se encontrarían las anteriores. El Protocolo no altera, sino que amplía el alcance del Convenio; es más, las disposiciones sobre el derecho procesal y la cooperación internacional del Convenio se aplicarían *mutatis mutandi* al derecho sustantivo contemplado en el Protocolo.

El caso es que la Asamblea Parlamentaria ha defendido sistemáticamente dar cabida a estas modalidades de ciberodio en un acuerdo multilateral, si bien las diferencias de opinión tuvieron que ver con dirimir qué forma jurídica debía adoptar ese acuerdo. En efecto, algunos apostaban porque se incluyeran estos delitos en el propio borrador del Convenio de Budapest, como sería el caso de una enmienda¹⁵⁵⁷ al borrador presentada en sesión parlamentaria por la delegación francesa que no prosperó. Como defendía un miembro de la delegación francesa, la no inclusión de esos delitos en el borrador del Convenio en modo alguno retrasaría su adopción. Sea por acción o, más bien en este caso,

Recomendación al Comité de Ministros por parte de la Asamblea Parlamentaria, véase online el Reglamento de la Asamblea, aprobado en noviembre de 1999, con sus posteriores modificaciones. Acceso online: <http://assembly.coe.int/nw/xml/RoP/RoP-XML2HTML-EN.asp?id=toc#Part-1> (en particular, obsérvense las reglas 24-27 del Reglamento).

¹⁵⁵⁶ CONSEJO DE EUROPA, *Opinion 226 (2001)*, párr. 13.

¹⁵⁵⁷ Se proponía crear un nuevo artículo (art. 9 *bis* de la Convención) del siguiente tenor literal: *Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito de conformidad con su legislación interna los siguientes actos cuando se cometan de forma intencional: a) Producir, ofrecer o poner a disposición, distribuir o transmitir, conseguir o proporcionar, a través de un sistema informático, mensajes de cualquier tipo que expresen ideas fundadas en la superioridad o el odio racial, inciten a la discriminación racial, alienten actos racistas o inciten a actos de violencia contra cualquier raza o cualquier grupo de personas de diferente color u origen étnico; b) Producir, ofrecer o poner a disposición, distribuir o transmitir, conseguir o proporcionar, a través de un sistema informático, mensajes de cualquier tipo que nieguen o justifiquen con intención racista o xenófoba los delitos definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945*”. CONSEJO DE EUROPA, *Official report (2001)*, p. 448 (traducción propia).

por omisión, era importante la imagen que se proyectaba al mundo¹⁵⁵⁸. Sin embargo, por otro lado, lo cierto es que en todo momento latía fuerte el temor de que los Estados Unidos –y su estándar reforzado de protección de la libertad de expresión– no llegaran a firmar un acuerdo que recogiese tales extremos¹⁵⁵⁹. En parte por ello, según apuntaron algunas voces, era imposible que el Comité de Expertos llegara a un acuerdo sobre este tipo de delitos sin «torpedear» antes el buen ritmo de trabajo y expectativas puestas en el borrador del Convenio¹⁵⁶⁰.

Como es sabido, las legislaciones de la mayoría de países europeos podían ejercer acciones de bloqueo de páginas web, pero lo que no alcanzaban era a atacar el servidor que habitualmente radicaba en los Estados Unidos. Y en vez de tratar de que Estados

¹⁵⁵⁸ Según replicó Ignasi Guardans Cambó, parlamentario español y contrario a la visión francesa, la realidad era que se tenía que decidir entre lograr un instrumento legal de ámbito universal y, por consiguiente, efectivo, o de otro modo aspirar a un documento interesante y que simplemente proyectase los valores fundacionales del Consejo de Europa, pero a costa de una merma importante en su efectividad. En definitiva, tomándome la licencia de una traducción libre de sus palabras, «lo mejor es enemigo de lo bueno» (traducción del original: “[W]e must not allow the desire for the very best to rob us of the very good”).

Con todo, tiempo después y ya como relator, Guardans Cambó parece matizar esa opinión hasta el punto casi de contradecirse. Según manifestó, si bien en este caso para incluir tales delitos en un Protocolo adicional al Convenio, los Estados Unidos pueden llegar a asumir que el discurso de odio en Internet sea delictivo. Sea como fuere, “*debe enunciarse con toda claridad como lo ha hecho Europa en otros casos de profundo desacuerdo entre nuestras concepciones jurídicas [es decir, las europeas] y las de los Estados Unidos, por ejemplo, en relación con la pena de muerte*”. Ahora bien, Guardans Cambó matiza que “*podría ser apropiado permitir reservas*”, aunque con ciertas exigencias mínimas a las que nos referiremos más adelante sobre el uso de servidores extranjeros para burlar la legislación nacional más severa. En cualquier caso, Guardans Cambó asume el riesgo que no asumía antes, es decir, que algunos Estados decidan no emprender la lucha contra el racismo y la xenofobia en Internet. Véase: CONSEJO DE EUROPA, *Official report* (2001), p. 448; CONSEJO DE EUROPA, *Report (Doc. 9538)* (2002), párrs. 10 y 24.

¹⁵⁵⁹ Finalmente, como es sabido, el Convenio de Budapest sólo se referirá a un subconjunto de actividades ilícitas que pueden verse facilitadas por la tecnología informática. Esta fue (y sigue siendo) una decisión aparentemente arbitraria y muy criticada, dado que en ningún momento se ha dado a conocer por qué unos delitos sí merecían estar en ese catálogo y otros no. Una crítica en este sentido es la de BRENNER, quien reflexiona para encontrar una explicación válida sin encontrar respuestas. Por ejemplo, el criterio de excluir los delitos tradicionales, es decir, aquellos que ya cabía esperar que estuvieran reflejados en las legislaciones penales nacionales, perdía su sentido desde el momento en que el Convenio se apresuraba a incorporar tres de ellos (falsificación, fraude y pornografía infantil). Incluso si nos planteáramos que estos últimos delitos pueden verse exponencialmente alterados con la tecnología informática (p.ej.: la capacidad de producir y difundir pornografía infantil es significativamente mayor), este mismo argumento seguiría siendo válido para otras modalidades delictivas que no se contienen en el texto del Convenio (p.ej.: extorsión). Además, de forma paradójica, el Convenio adopta un «enfoque tradicional» para los delitos informáticos que en él se recogen. En concreto, equipara las nociones de delito informático con la delincuencia tradicional (es decir, no transnacional). La estrategia detrás del texto es la de que los delitos informáticos representan una «amenaza interna» para el Estado, por lo que el sistema de justicia penal debe buscar mejores estrategias para reaccionar interna y autónomamente al daño que se ocasiona al ciudadano afectado. BRENNER, «The Council» pp. 210-211.

¹⁵⁶⁰ Véase, entre otros: CONSEJO DE EUROPA, *Draft Convention (Doc. 9031)* (2001), párr. 41; CONSEJO DE EUROPA, *Explanatory report* (2001), párr. 35; CONSEJO DE EUROPA, *Explanatory report* (2003), párr. 4. Para una perspectiva estadounidense de lo que significó la confección del Convenio de Budapest y el impacto que podría tener en su legislación, entre otros muchos aspectos, nos remitimos aquí a WEBER, “The Council”, pp. 425-446.

Unidos se sumara a un acuerdo general con estas exigencias de actuación penal tan contundentes e inasumibles desde su particular enfoque constitucional¹⁵⁶¹, se planteó una vía de solución atemperada –o, si se quiere, «menos agresiva»– para tratar de evitar la impunidad online generalizada. Esta propuesta nace de los trabajos de investigación promovidos por el *Instituto Suizo de Derecho Comparado*, a cuyo conocimiento llegaría la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a través del informe elaborado por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos¹⁵⁶² con motivo de la moción para una recomendación (2000)¹⁵⁶³ más arriba mencionada. Pues bien, a través de esta propuesta se entenderá mejor por qué se pensaba que el Protocolo iba a ser un acuerdo multilateral estratégicamente «más limpio» para incorporar las disposiciones sobre contenido racista online.

En esencia, manteniéndose el Protocolo como un instrumento jurídicamente vinculante, su estándar de obligatoriedad sería rebajado (*less binding legal standard*) para satisfacer a todas las partes involucradas. Este estándar no obligaría a los Estados (p.ej.: Estados Unidos) a tipificar penalmente una serie de conductas, sino simplemente a hacer todo lo posible por garantizar que no se eludieran normas vinculantes cuando desde otro Estado menos permisivo (p.ej.: España u otro país europeo) se utilizaran los servidores del primer Estado para burlar la legislación del segundo y dirigirse así, en términos de exclusividad, a un público situado en el Estado menos permisivo. La «concesión» legal de no recurrir a la vía penal se vería ampliamente compensada con el desmantelamiento de auténticos refugios legales alrededor del planeta para los delincuentes. Además de satisfactorio para ambas partes, la solución resultaba técnicamente viable. En realidad, había diferentes soluciones que podía llegar a adoptar cualquier Estado así requerido. De entre todas ellas, destaca la orden al operador de acogida (*host operator*) de suprimir los mensajes alojados ilegalmente (*unlawfully hosted messages*)¹⁵⁶⁴. Por alojamiento u hospedaje ilegal podría entenderse “*el alojamiento, con fines de circulación online, de sitios que contengan mensajes de odio en forma de textos, imágenes, sonido u otros medios, a fin de sacar provecho de regulaciones más indulgentes*” (traducción

¹⁵⁶¹ A mayor abundamiento, nos remitimos aquí a lo examinado en el apartado «1.4.1. Tendencias político-criminales. Especial atención al modelo agravatorio de pena en el sistema de justicia estadounidense y los medios de control constitucional a su alcance» del Bloque I.

¹⁵⁶² CONSEJO DE EUROPA, *Report (Doc. 9263)* (2001).

¹⁵⁶³ CONSEJO DE EUROPA, *Motion (Doc. 8886)* (2000).

¹⁵⁶⁴ En vez de la eliminación del contenido, la orden al operador de acogida también puede venir referida a impedir su difusión, quedando el operador sujeto a sanciones administrativas de no hacerlo.

propia)¹⁵⁶⁵. En la *Recomendación 1543* (2001) la Asamblea Parlamentaria acabaría solicitando al Comité de Ministros la mención expresa a los «mensajes alojados ilegalmente» en el Protocolo, pidiendo además que se especificaran los medios para su eliminación. La confección del proyecto de Protocolo adicional sería encargada a otro Comité de Expertos (Comité PC-RX)¹⁵⁶⁶, para que entrara en vigor «lo antes posible» tras la entrada en vigor del Convenio de Budapest¹⁵⁶⁷.

Finalmente, lo cierto es que el proyecto de Protocolo no abordaría directamente la cuestión del alojamiento ilícito, y ello porque, al menos oficialmente, el mandato específico asignado al Comité PC-RX por el Comité de Ministros habría sido adoptado con anterioridad a la *Recomendación 1543* (2001) remitida por la Asamblea Parlamentaria al propio Comité de Ministros¹⁵⁶⁸. Extraoficialmente, un Estado no miembro del Consejo de Europa (se entiende, entre líneas, que se trata de los Estados Unidos) habría amenazado con no adherirse al instrumento en cuestión. Su influencia era tal que habría retirado ese punto del orden del día de los debates preparatorios del Comité PC-RX¹⁵⁶⁹. Y lo cierto es que, según se desprende del contenido de una carta remitida por el Departamento de Justicia estadounidense al Presidente del Comité PC-RX a finales de 2001, la posición de Estados Unidos quedaba clara y razonada. A continuación, se reproduce un extracto de esa misiva:

“Las restricciones de la Primera Enmienda tampoco se limitan necesariamente a los materiales con origen en los Estados Unidos o a las publicaciones con una audiencia exclusivamente estadounidense. En virtud de la legislación de los Estados Unidos, la Primera Enmienda otorga protección (en mayor o menor grado) a los intereses tanto de los "oradores" como de los "oyentes", y esas protecciones pueden ser aplicables, en determinadas circunstancias, a los discursos que se originen fuera de los Estados Unidos y a aquellos que se originen en los Estados Unidos pero que tengan una audiencia

¹⁵⁶⁵ En detalle, véase CONSEJO DE EUROPA, *Report (Doc. 9263)* (2001), párrs. 15-20.

¹⁵⁶⁶ En concreto, se trataba del Comité de Expertos sobre la penalización de actos racistas o xenófobos cometidos por medio de redes informáticas (*Committee of Experts on the criminalisation of racist or xenophobic acts using computer networks*).

¹⁵⁶⁷ Y, en todo caso, antes de que expirase el mandato del Comité PC-RX el 30 de abril de 2002. CONSEJO DE EUROPA, *Recomendación 1543* (2001), párr. 8.

¹⁵⁶⁸ CONSEJO DE EUROPA, *Reply (Doc. 9607)* (2002), párr. 3.

¹⁵⁶⁹ Tal y como reflejaba en nuevo informe elaborado por la *Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos*, era importante que la Asamblea Parlamentaria insistiera al Comité de Ministros de la necesidad de que no se ignorara este extremo en el proyecto de Protocolo adicional al Convenio. De no atenderse esta exigencia, se corría el riesgo de aprobar un Protocolo que *“aunque fuera ratificado por los Estados Unidos tendría una eficacia limitada”*. CONSEJO DE EUROPA, *Report (Doc. 9538)* (2002), párrs. 5 y 12-13.

destinataria principalmente extranjera. (...) En cualquier caso, sería difícil, en un país tan diverso como los Estados Unidos, identificar los sitios web con sede en los Estados Unidos que están "dirigidos exclusivamente a un público" en el extranjero"¹⁵⁷⁰.

Con esto en mente, se entenderá mejor la forma final que adoptaría el Protocolo¹⁵⁷¹. Este Protocolo adicional al Convenio de Budapest se abre a firma el 28 de enero de 2003, con entrada en vigor el 1 de marzo de 2006. Actualmente hasta treinta y dos Estados han ratificado el Protocolo, mientras que otros trece lo han firmado pero aún no lo han ratificado. Estados Unidos, como cabía esperar, no ha llegado tan siquiera a firmar el Protocolo, alegando su falta de compatibilidad con las garantías que otorga su marco constitucional¹⁵⁷². En el caso español, el Protocolo adicional se firma el 27 de noviembre de 2011, si bien su ratificación no llegaría hasta el 18 de diciembre de 2014, con entrada en vigor el 1 de abril de 2015. En este punto, dejando de lado otros aspectos que sin duda merecerían nuestra atención dentro de un Protocolo tan multifocal, centraremos el interés en las disposiciones relativas al derecho sustantivo, tal y como quedaron finalmente configuradas.

El catálogo de conductas racistas y xenófobas (arts. 3-7 del Protocolo) no es, ni mucho menos, inabarcable. Al margen de que nos centremos en unas –y no en otras– no quita para observar que todas sin excepción mantienen un importante elemento subjetivo común que activa la responsabilidad penal. Se trata del carácter intencionado o deliberado de la conducta, que tendrá la categoría de imperativo legal¹⁵⁷³. El legislador debe atender

¹⁵⁷⁰ MURPHY, "Hate-speech Protocol", p. 974 (traducción propia). De forma ampliada, para observar las implicaciones legales que tendría el hecho de que Estados Unidos asumiera el Protocolo, nos remitimos aquí al análisis de VAN BLARCUM, "Internet hate speech", pp. 807-829.

¹⁵⁷¹ Una vez el Comité PC-RX hubo terminado en el tiempo establecido el borrador del Protocolo adicional, tanto este último como su informe explicativo serían aprobados por el Comité Europeo de Asuntos Penales, como órgano que ejercía las labores de dirección del Comité PC-RX al estilo de lo que ya hiciera anteriormente con el Comité PC-CY encargado de elaborar el borrador del Convenio de Budapest. Cuando por fin ambos documentos llegaron a las manos del Comité de Ministros, se decide remitirlos a la Asamblea Parlamentaria para que emitiera su opinión. En septiembre de 2002 la Asamblea emite su *Opinión núm. 204* (2002), donde entre otras cuestiones vuelve a insistir en incorporar al texto final del Protocolo la noción de «mensajes alojados ilegalmente», si bien el Comité PC-RX ya había desechado esta idea. El Comité de Ministros adopta el Protocolo en enero de 2003. Véase CONSEJO DE EUROPA, *Opinion 240* (2002).

¹⁵⁷² Como ya se adelantó en su momento, Reino Unido tampoco ha llegado a firmar este Protocolo adicional. Las razones que lo llevaron a esta decisión quedaron brevemente apuntadas en el apartado «2.1.3. *Freedom of expression amidst so many criminal restrictions*» del *Bloque II*.

¹⁵⁷³ Aunque el Comité PC-RX no abordara frontalmente la noción de «mensajes alojados ilegalmente» en el Protocolo, lo cierto es que el informe explicativo que acompañaba al Protocolo aclaraba algunas cuestiones, según manifestó el Comité de Ministros. Precisamente, esta aclaración tenía que ver con el elemento intencional de las conductas previstas. El informe aludía a que no era suficiente, para que un proveedor de servicios fuera considerado penalmente responsable, con que dicho proveedor de servicios hubiera servido de cauce o hubiera alojado un sitio web con material racista y xenófobo pero sin la intención

y plasmar este extremo a la hora de confeccionar el tipo penal correspondiente a cualesquiera conductas que se mencionarán en breve. Por lo demás, la armonización de disposiciones penales domésticas que persigue el Protocolo se traduce en su texto en la exigencia de «adoptar las medidas legislativas necesarias» para tipificar la conducta en cuestión que se lleve a cabo por medio de un sistema informático¹⁵⁷⁴.

Pues bien, la primera de esas conductas es la de la «difusión de material racista y xenófobo¹⁵⁷⁵ mediante sistemas informáticos» (art. 3 del Protocolo); en concreto, “*difundir o poner a disposición del público de otro modo material racista y xenófobo por medio de un sistema informático*” (art. 3.1 del Protocolo). En este caso, «difundir» equivale a una difusión activa del material, mientras que la «puesta a disposición» de terceros equivale a la publicación online para un uso ajeno¹⁵⁷⁶. En cualquier caso, la conducta no podrá llevarse a cabo a través de canales de comunicación privados que estén habilitados por sistemas informáticos (p.ej.: una comunicación que incluya material racista y xenófobo pero realizada vía mensajería privada, como *WhatsApp* o *Instagram Direct*, entre dos personas)¹⁵⁷⁷. Estos casos estarían ya cubiertos por el art. 8 del CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar)¹⁵⁷⁸. La consideración de comunicación

requerida por el derecho interno en el caso concreto. Ese elemento intencional, eso sí, quedaba sujeto al criterio interpretativo que cada Estado quisiera darle. Además de lo anterior, un proveedor de servicios no estaba obligado a supervisar este tipo de conductas para eludir la responsabilidad penal. Véase: CONSEJO DE EUROPA, *Reply (Doc. 9607)* (2002), párr. 3; CONSEJO DE EUROPA, *Explanatory report* (2003), párr. 25.

¹⁵⁷⁴ Por «sistema informático» se entiende “*todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, siempre que uno o varios de ellos permitan el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa*” (art. 2.2 del Protocolo y art. 1.a) del Convenio). Véase también: CONSEJO DE EUROPA, *Explanatory report* (2003), párr. 22; CONSEJO DE EUROPA, *Explanatory report* (2001), párrs. 23-24.

¹⁵⁷⁵ Por «material racista y xenófobo» se entiende “*todo material escrito, toda imagen o cualquier otra representación de ideas o teorías, que propugne, promueva o incite al odio, la discriminación o la violencia, contra cualquier persona o grupo de personas, por razón de la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como de la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores*” (art. 2.1 del Protocolo; resaltado añadido). Según el informe explicativo del Protocolo, «propugnar» (*to advocate*) significa hacer un alegato a favor (*a plea in favour of*) del odio, la discriminación o la violencia. En cambio, «promover» (*to promote*) apunta a estimular (*to encourage*) o potenciar (*to advance*) esas mismas realidades, e «incitar» (*to incite*) se refiere a animar o alentar a otros (*to urging others*) también en esa misma dirección. En detalle, sobre estos y otros términos aquí mencionados, véase CONSEJO DE EUROPA, *Explanatory report* (2003), párrs. 10-21.

¹⁵⁷⁶ Esto último busca también cubrir el uso de hipervínculos para lograr el acceso a tales materiales. CONSEJO DE EUROPA, *Explanatory report* (2003), párr. 28.

¹⁵⁷⁷ Incluso, un canal de comunicación que requiera de una autorización para formar parte de la comunidad de usuarios que interactúa en él también cumplirá el requisito de publicidad si la autorización “*se diera a cualquiera o a cualquier persona que reúna ciertos requisitos*”. CONSEJO DE EUROPA, *Explanatory report* (2003), párrs. 29 y 31. Este sería el caso, por ejemplo, de un servicio que da soporte a aulas virtuales de una titulación de grado en el que el profesor envía materiales racistas y xenófobos a quien se haya matriculado en su asignatura y, por tanto, a todo aquél que forme parte de su alumnado ese año. El requisito, por tanto, sería el de haber realizado la matrícula para esa asignatura en particular.

¹⁵⁷⁸ CONSEJO DE EUROPA, *Explanatory report* (2003), párr. 29.

pública o privada dependerá de las circunstancias del caso (p.ej.: mensajes que se envían a más de un destinatario a la vez, o la relación que une al remitente y al receptor/es). Aun así, la mayoría de las veces, el factor determinante será la intención de autor. Una intención subjetiva de autor podrá quedar acreditada sobre la base de factores objetivos, como puedan ser el «contenido del mensaje», la «tecnología empleada», las «medidas de seguridad empleadas» o el «contexto en que se envía el mensaje»¹⁵⁷⁹. Finalmente, el Protocolo flexibiliza el cumplimiento de esta medida a adoptar en el ámbito nacional al referirse a una serie de circunstancias que puedan darse. En primer lugar, un Estado tendrá la posibilidad de descartar la responsabilidad penal asociada a la conducta prevista si el material racista o xenófobo propugna, promueve o incita a la discriminación, siempre y cuando esta última no esté asociada al odio o violencia y el Estado tenga a su disposición otro tipo de recursos eficaces (p.ej.: otros remedios legales, sean civiles o administrativos). Pero, incluso en los casos en que la conducta sea la de propugnar, promover o incitar a la discriminación, se prevé que el Estado que no esté en disposición de prever tales recursos eficaces debido a los principios rectores de su ordenamiento interno relacionados con la libertad de expresión, no cumpla con la obligación general de imponer alguna medida, sea penal o extrapenal (arts. 3.2 y 3.3 del Protocolo)¹⁵⁸⁰.

La segunda de las conductas es la de las «amenazas con motivación racista y xenófoba» (art. 4 del Protocolo); en concreto, *“amenazar, por medio de un sistema informático, con la comisión de un delito grave, tal como se define en su derecho interno, 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”* (art. 4 del Protocolo). Lo primero que destaca, por ser una de las diferencias más notables respecto a la conducta de la difusión de material racista y xenófobo, es que las amenazas no tienen por qué ser públicas. Por tanto, no cabe ya hacer distinciones en este sentido. Por lo demás, la amenaza puede referirse a un temor provocado en las personas a las que se dirige, debiendo estar ese sentimiento de inquietud o angustia vinculado a la eventual comisión

¹⁵⁷⁹ CONSEJO DE EUROPA, *Explanatory report* (2003), párr. 30.

¹⁵⁸⁰ Alternativamente, el Estado también podría optar por requerir que la conducta que propugne, promueva o incite a la discriminación *“ofenda, degrade o amenace a un grupo de personas”* para poder imponer algún recurso efectivo a su disposición. CONSEJO DE EUROPA, *Explanatory report* (2003), párr. 32.

de un delito que se tenga en el derecho interno por grave¹⁵⁸¹. Por lo demás, en esta conducta no se prevén reservas específicas de ningún tipo para los Estados.

La tercera de las conductas es la de los «insultos con motivación racista y xenófoba» (art. 5 del Protocolo); en concreto, “*insultar en público, por medio de un sistema informático, i) a personas por razón de su pertenencia a un grupo que se caracterice 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*” (art. 5.1 del Protocolo). En este caso, al contrario que el anterior, la publicidad vuelve a ser un requisito ineludible. El insulto se referirá aquí a toda expresión ofensiva, despectiva o insultante que perjudique el honor o la dignidad de una persona, debiendo quedar bien establecido el vínculo entre aquello expresado y su relación directa con la pertenencia de esa persona al grupo. Por otro lado, el Protocolo permite a los Estados que así lo estimen conveniente requerir que la conducta descrita cause una exposición de la persona o un grupo de personas al odio, desprecio o ridículo (art. 5.2.a) del Protocolo). En último lugar, como nota distintiva que atañe directamente a esta conducta, lo cierto es que los Estados tendrán el derecho a no aplicar total o parcialmente esta disposición (art. 5.2.b) del Protocolo)¹⁵⁸².

Por último, si bien su análisis excede los objetivos que persigue este estudio, resta referirnos a otros dos bloques de conductas para las que también deberían adoptarse medidas a nivel nacional según el Protocolo. La primera es la «negación, minimización burda, aprobación o justificación del genocidio o de crímenes contra la humanidad» (art. 6 del Protocolo)¹⁵⁸³, y la segunda la «cooperación y complicidad» en la comisión de cualquier delito tipificado de conformidad al Protocolo¹⁵⁸⁴.

¹⁵⁸¹ CONSEJO DE EUROPA, *Explanatory report* (2003), párrs. 33-35.

¹⁵⁸² CONSEJO DE EUROPA, *Explanatory report* (2003), párrs. 36-38.

¹⁵⁸³ Sin entrar en más consideraciones, nótese que cualquier Estado podrá exigir que la negación o la minimización burda “*se cometa con la intención de incitar al odio, la discriminación o la violencia contra cualquier persona o grupo de personas, por razón de la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como de la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores*” (art. 6.2.a) del Protocolo). Véase también CONSEJO DE EUROPA, *Explanatory report* (2003), párrs. 39-43.

¹⁵⁸⁴ Véase también CONSEJO DE EUROPA, *Explanatory report* (2003), párrs. 44-46.

b) Otros documentos de interés: una muestra mínima pero muy representativa

En 1997, justamente cuando en el Comité de expertos encargado de elaborar un borrador de lo que más tarde sería el Convenio de Budapest debatía acerca de incorporar la difusión de propaganda racista a través de sistemas informáticos a su texto, el Comité de Ministros del Consejo de Europa realiza una importante declaración política sobre el discurso de odio. De este modo, el Comité de Ministros no hace sino explotar en paralelo la otra vía que dispone para influir en los Estados y que éstos absorban unos estándares comunes. Aun no siendo un instrumento jurídicamente vinculante, lo cierto es que la Recomendación 97 (20), adoptada el 30 de octubre de 1997, supuso todo un referente temprano de delimitación conceptual. El término «discurso de odio» cubre así *“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, incluida aquella que se manifieste en forma de nacionalismo y etnocentrismo agresivo, y de discriminación y hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante”*¹⁵⁸⁵.

Siendo una definición «en bruto», es decir, poco depurada si la observamos en retrospectiva más de veinte años después, su alcance parece ceñirse a conductas expresivas incitadoras y no, en cambio, a aquellas otras de matriz más injurioso vinculadas a la difusión de estereotipos negativos. Aun así, su formulación resulta al mismo tiempo lo suficientemente imprecisa como para no impedir que los Estados se planteen dilatar su batería penal hacia conductas de matriz injurioso. Por lo demás, puesto que esta *Recomendación Núm. R (97) 20* (1997) nace al tiempo que se dan los primeros pasos en la preparación del borrador del Convenio de Budapest, no es casualidad que se afirmara que las diferentes formas de expresión pueden tener un «impacto mayor» y, en buena medida, también «más perjudicial», cuando se difunden a través de los medios de comunicación¹⁵⁸⁶.

Aproximadamente un año antes, la ECRI¹⁵⁸⁷ ya ponía de relieve que los mensajes de incitación al odio, discriminación o violencia transmitidos vía medios de comunicación

¹⁵⁸⁵ CONSEJO DE EUROPA, *Recommendation No. R (97) 20* (1997), apéndice (párrafo inicial relativo al alcance; traducción propia).

¹⁵⁸⁶ CONSEJO DE EUROPA, *Recommendation No. R (97) 20* (1997), párr. VII.

¹⁵⁸⁷ Recuérdese que este órgano supervisor de los derechos humanos forma parte del Consejo de Europa y está integrado por expertos independientes de cada Estado miembro. A mayor detalle, véase cuanto ya quedara reflejado en el epígrafe «*b) Consejo de Europa*», del apartado «*1.4.2.3. Ámbito regional europeo*» del *Bloque I*.

electrónicos no debían quedar al margen de las infracciones penales nacionales. Además, lo cual merece mención aparte, se recomienda que tal infracción penal integre también la fase más adelantada de producción, distribución y almacenamiento para la difusión del material en cuestión¹⁵⁸⁸. Más tarde, en su *Recomendación de Política General Núm. 6* (2000), la ECRI volvería a insistir en el carácter prioritario que tiene poder asegurar que la normativa nacional aplicable a la difusión de material racista, xenófobo y antisemita no descuide el canal comisivo online¹⁵⁸⁹. En la *Recomendación de Política General Núm. 7* (2002), como ya fuera desarrollado en el *Bloque I*¹⁵⁹⁰, la ECRI enumera una serie de conductas que deben ser objeto de tipificación penal, siempre que se cometan de forma intencional.

Entre ellas, sin que proceda en este momento volver a enumerarlas todas, destacamos las siguientes, siempre y cuando se cometan contra una persona o un conjunto de personas [*grouping of persons*] por motivo de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad, u origen nacional o étnico: a) la incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación [apdo. 18.a)]; b) los insultos [*public insults*] y la difamación, lo que incluye las expresiones calumniosas [*slanders*] e injuriosas [*libels*], realizadas en público¹⁵⁹¹ [apdo. 18.b)]; y c) las amenazas [apdo. 18.c)].

Además de estas tres, es posible referirnos a la expresión en público, con un fin racista, de una ideología que reivindique la superioridad o que desprecie o denigre a un conjunto de personas –y, por tanto, no a una única persona individualmente considerada como era el caso anterior– por motivo de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad, u origen nacional o étnico [apdo. 18.d)]. Finalmente, sea por su vinculación tan potencialmente ligada a las nuevas tecnologías¹⁵⁹² como por venir relacionada con cualesquiera

¹⁵⁸⁸ Debido a que la versión en español refleja este último aspecto de forma confusa, nos remitimos aquí a la versión original en inglés del documento: ECRI, *General Policy Recommendation No. 1* (1996), p. 4.

¹⁵⁸⁹ Esta *Recomendación de Política General Núm. 6* (2000) es la consecuencia lógica de informes previos en que la ECRI alertaba y expresaba su honda preocupación por el auge del odio online en diferentes países, así como por la falta de regulación o la excesiva permisividad hacia el mismo. En detalle, véase: ECRI, *General Policy Recommendation No. 6* (2000); VAN BLARCUM, “Internet hate speech”, pp. 789-792; BAKALIS, *Cyberhate* (2015).

¹⁵⁹⁰ Nos remitimos aquí al epígrafe «b) Consejo de Europa», del apartado «1.4.2.3. Ámbito regional europeo» del *Bloque I*. Para un análisis más extendido de la *Recomendación de Política General Núm. 7* (2002), así como algunas reflexiones sobre su traslación al ordenamiento jurídico español, véase ELÓSEGUI ITXASO, “Las recomendaciones de la ECRI”, pp. 20-55.

¹⁵⁹¹ Precisión realizada en ECRI, *Explanatory memorandum* (2002), párr. 40.

¹⁵⁹² El propio memorándum explicativo de la *Recomendación de Política General Núm. 7* (2002) aclara lo evidente, es decir, que el material que circula por Internet también debe entenderse comprendido dentro de esta nueva modalidad delictiva. ECRI, *Explanatory memorandum* (2002), párr. 42.

materiales referidos en las conductas anteriores, destaca la difusión o distribución públicas, o la producción o el almacenamiento con la intención de difundir o distribuir públicamente, con un propósito racista, material escrito, gráfico o de cualquier otra índole [apdo. 18.f)]. Como se puede observar, todas las conductas referidas guardan en común un componente de publicidad que determina en última instancia su configuración delictiva. A este respecto, como bien aclara la ECRI, los Estados deben velar por que el cumplimiento de este requisito no sea «demasiado difícil» de conseguir, lo que concierne también al ámbito cibernético¹⁵⁹³.

Sin afán de exhaustividad, resta ahora apuntar algún que otro documento que, siendo elaborado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa –como la *Recomendación Núm. R (97) 20* (1997) antes referida– o por otro órgano de esta misma organización, como pueda ser la Asamblea Parlamentaria¹⁵⁹⁴, sea aquí de interés para reforzar una visión general sobre la materia a examen. Tras este breve repaso se tendrá ocasión de detenernos algo más en la importante –e influyente como pocas– *Recomendación de Política General Núm. 15* (2015)¹⁵⁹⁵ de la ECRI.

Pues bien, el Comité de Ministros del Consejo de Europa siempre ha defendido la postura de que cualquier intromisión respecto al contenido público alojado en Internet¹⁵⁹⁶ debe evaluarse a la luz de estándares internacionales de protección de derechos humanos y libertades fundamentales. En concreto, se habla de estándares construidos alrededor de la protección del derecho a la libertad de expresión, lo que incluye el derecho a recibir y difundir información e ideas de todo tipo, pero también alrededor del derecho a la libertad

¹⁵⁹³ En concreto, se indica a modo de ejemplo que el requisito de publicidad en la conducta debería poder cumplirse en el caso de expresiones racistas intercambiadas en un foro de discusión en Internet. ECRI, *Explanatory memorandum* (2002), párr. 38.

¹⁵⁹⁴ Además de las opiniones que la Asamblea formula sobre un texto que le es dado y que ya vimos en el anterior epígrafe, las recomendaciones y resoluciones que elabora también sirven como parámetros de actuación para el Comité de Ministros o para los gobiernos de los Estados a los que decida dirigirse. Mientras las recomendaciones representan sendas propuestas para una ejecución estatal que no deja de ser facultativa, las resoluciones reflejan los puntos de vista de la Asamblea sobre alguna materia que radique dentro de sus competencias. En definitiva, lo que se persigue es inspirar la acción estatal y, en la medida de lo posible, influir en ella.

¹⁵⁹⁵ Véase: ECRI, *Recomendación de Política General Núm. 15* (2015); ECRI, *Memorandum explicativo* (2015). Para una versión igualmente traducida al español pero que será la empleada en citas posteriores, véase ECRI, *Recomendación y memorandum explicativo* (2017).

¹⁵⁹⁶ Una interferencia no sólo en relación a la acción del aparato represivo estatal, sino también respecto a actores tales como las plataformas privadas de Internet. Estas plataformas, si bien pueden ejercer una función útil de ser garantes –o guardianes sociales (*social watchdogs*)– de que se respeten los derechos y libertades de los usuarios, también pueden quedar desacreditadas por completo si actúan bajo influencias o presiones políticas, directas o indirectas, para interceptar según qué contenidos. Véase, a este respecto, CONSEJO DE EUROPA, *Declaration of the Committee of Ministers* (2011).

de reunión y asociación para el caso en que lo que se obstaculice sea la interacción entre usuarios dentro de una comunidad online con intereses específicos. Y, a estos efectos, uno de los mejores medidores de cumplimiento será el implantado por el CEDH¹⁵⁹⁷, principalmente a través de una lectura de casos juzgados y fallados por el TEDH. No en vano, el Comité de Ministros actúa como órgano que supervisa el cumplimiento de los pronunciamientos del TEDH (función de control sobre los Estados miembro) sobre cualquier aspecto relacionado con la protección de los derechos humanos en Europa¹⁵⁹⁸, no siendo la libertad de expresión una excepción; más bien todo lo contrario, ya que es un campo de acción muy expuesto a la inobservancia estatal.

La Asamblea Parlamentaria, por su parte, alude al odio online como un «problema paneuropeo» y no exclusivo de ciertos Estados miembro del Consejo de Europa, por lo que debe abordarse “*sobre la base de experiencias compartidas y buenas prácticas*”¹⁵⁹⁹. Además del sistema europeo de protección de los derechos humanos, el Consejo de Europa –y, por tanto, los órganos que lo componen– también absorbe, como no podía ser de otra forma, las líneas de entendimiento que maneja Naciones Unidas sobre expresiones odiosas¹⁶⁰⁰.

¹⁵⁹⁷ No son pocos los ejemplos en que el Consejo de Europa ha ido perfilando lo que debe o no ser punible buscando apoyo en el CEDH, si bien están muy tematizados y dispersos en diferentes documentos. Por ejemplo, cuando se trata de poner coto a la sátira y al humor, el Comité de Ministros ha establecido que un mayor grado de exageración e incluso de provocación es permisible, siempre y cuando no se confunda –o se lleve a engaño– al público sobre los hechos. Otro ejemplo, esta vez en boca de la Asamblea Parlamentaria, es el de prohibir los actos que perturben intencional y gravemente el orden público y que inciten a la violencia pública mediante referencias a cuestiones religiosas, en la medida en que esto sea necesario en una sociedad democrática. Los anteriores ejemplos, entre otros muchos, son conformes con el art. 10.2 del CEDH en el que se recogen una serie de supuestos en los que la libertad de expresión podrá ser objeto de restricciones. Véase, como muestra: CONSEJO DE EUROPA, *Declaration on freedom* (2004), párr. 5; CONSEJO DE EUROPA, *Recommendation 1805* (2007), párr. 17.2.3; CONSEJO DE EUROPA, *Report (Doc. 13809)* (2015), párrs. 35-36; CONSEJO DE EUROPA, *Reply to Recommendation (Doc. 14431)* (2017), párr. 3. Para una visión ampliada y detallada sobre el *case law* del TEDH en torno al discurso de odio, es referencia habitual WEBER, *Manual* (2009), pp. 19-61. Véase también, más actualizado, el apartado «3.2.2.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos» *infra*.

¹⁵⁹⁸ El Comité de Ministros, en abril de 2016, recomendaría a los Estados miembro que evaluaran periódicamente el grado de respeto y cumplimiento de los derechos humanos y libertades fundamentales en Internet. A su vez, se pide que los Estados valoren la opción de generar informes nacionales al respecto si fuere necesario, se compartan o no éstos con el Consejo de Europa. Véase: CONSEJO DE EUROPA, *Recommendation (CM/Rec(2016)5)* (2016), parr. 7; CONSEJO DE EUROPA, *Steering Committee. Explanatory memorandum (CM(2016)26-addfinal)* (2016), párrs. 5 y 14.

¹⁵⁹⁹ Esta misma idea sería más adelante recogida por el Comité de Ministros, quien junto a las experiencias compartidas y buenas prácticas nombra también los “*estándares comunes*” como mejor fórmula para combatir el ciberodio. Véase: CONSEJO DE EUROPA, *Reply to Recommendation (Doc. 14431)* (2017), párr. 3; CONSEJO DE EUROPA, *Recommendation 2098* (2017), párr. 2.

¹⁶⁰⁰ Para un resumen de máxima actualidad en que se alternan tanto el *case law* del TEDH como los diferentes parámetros de Naciones Unidas sobre los márgenes delictivos del discurso de odio, volcándose además todo ello al plano comisivo online, véase BENEDEK/KETTEMANN, *Freedom of expression* (2020), pp. 98-109. Véase también el apartado «3.2.1. Organización de las Naciones Unidas» *supra*.

Aclarado todo lo anterior, y justo cuando se cumplían veinte años desde que se aprobara la *Recomendación Núm. R (97) 20* (1997), la Asamblea Parlamentaria pide al Comité de Ministros que revise y actualice la definición sobre discurso de odio contenida en la misma¹⁶⁰¹, a fin de consolidar una cobertura plena y efectiva de las diferentes formas en que se proyecta el fenómeno en la actualidad¹⁶⁰². Con todo, dada la ausencia presente –y casi seguro, también futura– de una única definición común sobre lo que deba entenderse por discurso de odio en todos y cada uno de los diferentes ordenamientos jurídicos que componen el Consejo de Europa, las legislaciones nacionales deben prever «medidas efectivas» contra las diferentes formas en que se manifiesta, no ya el discurso de odio¹⁶⁰³ en general, sino el ciberodio¹⁶⁰⁴ en particular.

En concreto, se habla de garantizar que la legislación penal alcance a cubrir –sin mayor artificio interpretativo– las manifestaciones online de la incitación a la violencia contra una persona o un grupo de personas (*incitement to violence against a person or a group of persons*), el abuso e intimidación (*bullying*), el hostigamiento (*harassment*), las amenazas (*threats*) y el acoso (*stalking*)¹⁶⁰⁵. En cualquiera de estos casos, se antoja

¹⁶⁰¹ CONSEJO DE EUROPA, *Recommendation 2098* (2017), párr. 3.1.

¹⁶⁰² Lo cierto es que el Comité de Ministros no recogería el guante lanzado por la Asamblea Parlamentaria. Según contesta el Comité la *Recomendación Núm. R (97) 20* (1997) sigue siendo un instrumento valioso. Entre las razones que sostienen esta afirmación, el Comité destaca que al momento de su redacción la aplicabilidad ya estaba pensada indistintamente para el ámbito online y offline. Además, el listado de categorías protegidas es abierto, por lo que no cierra la puerta a la ampliación de las mismas. CONSEJO DE EUROPA, *Reply to Recommendation (Doc. 14431)* (2017), párr. 4.

¹⁶⁰³ Respecto al discurso de odio, si bien las penas a imponer varían, se ha indicado que la definición del delito es «relativamente uniforme» entre los Estados miembro del Consejo de Europa. En concreto, en la mayoría de los casos este término involucra “*declaraciones públicas que amenazan, exponen al ridículo [hold up to ridicule], menosprecian [deride] o incitan al odio contra un grupo por motivos de "raza", color de la piel, origen étnico o nacional, religión u orientación sexual*”. CONSEJO DE EUROPA, *Report (Doc. 13809)* (2015), párr. 32 (traducción propia).

¹⁶⁰⁴ No obstante, se aclara que el ciberodio (u «odio online», como recoge la Asamblea Parlamentaria) abarca “*un amplio espectro de conductas que no sólo implican formas de expresión que se ajustan claramente a las definiciones nacionales de discurso de odio, sino también el abuso de las vías comunicativas online por parte de algunos individuos o grupos con el fin de discriminar, estigmatizar, intimidar y/o amenazar a otros. Las cuestiones van desde la publicación aislada por individuos de comentarios que degradan o insultan a personas o grupos debido a sus características personales hasta las formas más graves de cyberbullying u hostigamiento online*”. CONSEJO DE EUROPA, *Report (Doc. 14217)* (2016), párr. 7 (traducción propia).

¹⁶⁰⁵ Además de lo anterior, y como ya dijera en 2015, la Asamblea pide que se abra sin miedo el arco de tutela penal para que la persecución del ciberodio no bascule sólo en torno al marcador racial-xenófobo, sino para que opere también respecto a aquellas otras categorías que ya vengán incorporadas a las legislaciones antidiscriminatorias correspondientes (p.ej.: sexo, color, origen étnico, nacionalidad, religión, orientación sexual, identidad de género, opiniones políticas o de otra índole, discapacidad o cualquier otra condición), ganando así los Estados en coherencia interna. En efecto, los estándares internacionales son mayormente aplicables al discurso de odio online racista o xenófobo, pero urge abrir nuevas vías de acción. Véase: CONSEJO DE EUROPA, *Resolution 2069* (2015), párr. 6.2.1; CONSEJO DE EUROPA, *Report (Doc. 14217)* (2016), párr. 53; CONSEJO DE EUROPA, *Resolution 2144* (2017), párrs. 2-3 y 7.2.2-7.2.3.

esencial que las conductas queden definidas de forma tan restrictiva¹⁶⁰⁶ y clara¹⁶⁰⁷ como sea posible, evitando que la libertad de expresión ceda terreno demás. En general, cualquier restricción a este derecho fundamental debe erigirse sobre la base de poder ofrecer una respuesta proporcionada ante una «cuestión apremiante de interés público». Más adelante se desarrollarán estos y otros aspectos, ya que las restricciones a la libertad de expresión online deben ajustarse en todo caso a los requisitos que contempla el art. 10 del CEDH¹⁶⁰⁸.

Una solución muy interesante que se ha propuesto y defendido desde la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa es la de la justicia restaurativa¹⁶⁰⁹, sea de forma alternativa a la sanción penal o supliéndola. En concreto, se señala la mediación como una técnica de resolución de conflictos que podría poner punto y final a una agresión verbal en la red, muchas veces gratuita, que se activó en su momento precisamente de la misma manera que ahora se intentaría dirimir, es decir, con la palabra. Allí donde no ha habido contacto directo entre autor y agraviado es donde cobra más sentido e interés este tipo de encuentros, bajo la batuta de un tercero que medie entre partes. Siempre que fuera posible identificar al autor del comentario en cuestión, se brinda la oportunidad a este último de conocer el alcance e impacto de su acción, haciendo evidente y reconocible el componente humano que hay detrás de cada ordenador o dispositivo móvil en forma de víctima potencial¹⁶¹⁰.

En definitiva, bien sea para lograr que las legislaciones cubran de forma apropiada todas las conductas emparentadas con el ciberodio que debieren ser punibles, o sea porque el reto consista simplemente en reivindicar el papel –omnipresente e indispensable– que juegan los nuevos canales de comunicación de masas en los delitos de expresión, lo cierto

¹⁶⁰⁶ Lo justo y necesario para velar por el interés público, pero no hasta el punto de hacer peligrar la protección que se dispensa a las víctimas. Véase: CONSEJO DE EUROPA, *Report (Doc. 14217)* (2016), párrs. 23 y 78; CONSEJO DE EUROPA, *Recommendation (CM/Rec(2016)5)* (2016), parr. 2.4.3 (Appendix).

¹⁶⁰⁷ Al ser necesario ofrecer definiciones que encapsulen las conductas descritas de forma clara, ello también debe entenderse que implica que tales definiciones permitan hacer frente a los desafíos tecnológicos que vayan apareciendo. Por ejemplo, si se prevé como requisito legal que el discurso ofensivo o unas amenazas deban ser directamente comunicadas a aquél al que van dirigidas, esto impide o dificulta la aplicabilidad del tipo penal al plano online. CONSEJO DE EUROPA, *Report (Doc. 14217)* (2016), párrs. 42, 47 y 78.

¹⁶⁰⁸ Véase: CONSEJO DE EUROPA, *Recommendation (CM/Rec(2016)5)* (2016), parr. 2.4 (Appendix); CONSEJO DE EUROPA, *Steering Committee. Explanatory memorandum (CM(2016)26-addfinal)* (2016), párrs. 75-82.

¹⁶⁰⁹ A mayor abundamiento, nos remitimos aquí a la siguiente obra monográfica de referencia: WALTERS, *Hate crime, passim*.

¹⁶¹⁰ Véase: CONSEJO DE EUROPA, *Report (Doc. 13809)* (2015), párrs. 39-41; CONSEJO DE EUROPA, *Resolution 2069* (2015), párr. 6.6.2.

es que la estrategia de tratar de armonizar definiciones legales entre Estados sigue siendo el paliativo político-criminal más prometedor¹⁶¹¹. Precisamente en esa búsqueda de avenencia, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa pide que los Estados miembro se inspiren y hagan uso de cuanto dispone la *Recomendación de Política General Núm. 15* (2015) que pasamos a examinar en este momento.

c) *Recomendación de Política General Núm. 15* (2015) de la ECRI

La *Recomendación de Política General Núm. 15* (2015)¹⁶¹² de la ECRI (en adelante, RPG Núm. 15) merece un tratamiento aparte. Incluso así, el despliegue que hace de medidas orientadas a cercar, combatir y desactivar la proliferación de discursos de odio nos obligaría a realizar un esfuerzo considerable de contención para no excedernos en la redacción. Por ello, en las líneas que siguen se realizará un examen parcial, que en modo alguno debe empañar un instrumento tan omnicompreensivo en su alcance. Es decir, se interesa que sobresalga el marco de actuación penal dentro de un paquete de medidas ciertamente amplio, lo que debe entenderse como una renuncia a tratar otras estrategias de acción (p.ej.: medidas educativas o sociales, u otros mecanismos extrapenales de control y prevención, en sentido amplio, sean públicos o privados) con menor intensidad de la que merecerían.

En primer lugar, la RPG Núm. 15 se adhiere, absorbe y acerca a la realidad europea un conjunto de parámetros que sirven para medir la peligrosidad o gravedad del discurso de odio, según quedaran fijados en su momento por el *Plan de Rabat* (2012)¹⁶¹³ en el marco de las Naciones Unidas. Esto favorece que tales indicadores logren afincarse antes en el espacio europeo y que, a su vez, penetren más fácilmente en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural. Con todo, la RPG Núm. 15 rompe la baraja en muchos

¹⁶¹¹ Véase: CONSEJO DE EUROPA, *Report (Doc. 14217)* (2016), párrs. 31 y 52; CONSEJO DE EUROPA, *Resolution 2144* (2017), párr. 7.1.2.

¹⁶¹² Véase: ECRI, *Recomendación de Política General Núm. 15* (2015); ECRI, *Memorandum explicativo* (2015). Para una versión igualmente traducida al español pero que será la empleada en citas posteriores, véase ECRI, *Recomendación y memorandum explicativo* (2017).

¹⁶¹³ Estos parámetros (contexto, orador, intención, contenido y forma, extensión o alcance de lo expresado, y probabilidad, incluida la inminencia), recuérdese, permiten baremar y ordenar conductas expresivas, más allá de las que se asienten exclusivamente sobre un elemento tendencial de incitar (sentido objetivo de la conducta) a otros a la comisión de algún delito. En definitiva, se configuran unas claves generales que, caso por caso, serán decisivas a la hora de definir el umbral de lo delictivo. Véase ECRI, *Recomendación y memorandum explicativo* (2017), párr. 59 (memorandum explicativo). En detalle, nos remitimos aquí también al apartado «3.2.1.4. *Plan de Rabat* (2012)» *supra*.

aspectos capitales, por lo que ella misma no tiene reparos en reconocer que supera ese estándar internacional¹⁶¹⁴ con el que está en sintonía o alineada hasta cierto punto.

Antes de entrar en materia, conviene reproducir *ad litteram* la definición sobre discurso de odio que propone la RPG Núm. 15 de la ECRI, o más concretamente su memorándum explicativo: “[E]l uso de una o más formas de expresión específicas -por ejemplo, la defensa, promoción o instigación al 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”¹⁶¹⁵.

La referencia a las diferentes formas de expresión, como no podía ser de otra forma, comprende también aquellos discursos orales y publicaciones para los que se haya usado algún medio electrónico, por ejemplo con vistas a su difusión o almacenamiento¹⁶¹⁶. Se habla de emplear un lenguaje claro y preciso en la tipificación penal para que los avances tecnológicos se integren dentro de su ámbito aplicativo (Recomendación 10.a) y b) de la RPG Núm. 15 de la ECRI)¹⁶¹⁷. Además, en lo atinente a posibles sanciones penales, lo publicado online deberá poder ser accesible al público en general. El elemento de publicidad esta vez no deriva de la definición anterior, pero no por ello deja de ser un «requisito esencial». De la misma forma que el grado de afectación al derecho a la libertad de expresión no se mantiene invariado si lo expresado supera el ámbito relacional privado, es importante que el alcance del reproche penal se acote y ofrezca respuestas al grado de

¹⁶¹⁴ Además de superar dicho estándar, como veremos, también supone un modelo disruptivo o novedoso respecto a la postura que mantenía la ECRI en la *Recomendación de Política General Núm. 7* (2002). Véase ECRI, *Recomendación y memorándum explicativo* (2017), párr. 17 (memorándum explicativo).

¹⁶¹⁵ ECRI, *Recomendación y memorándum explicativo* (2017), párr. 9 (memorándum explicativo). Para un análisis más detallado sobre la definición de discurso de odio contenida en el memorándum explicativo de la RPG Núm. 15 de la ECRI, véase ELÓSEGUI ITXASO, “Las recomendaciones de la ECRI”, pp. 10-20.

¹⁶¹⁶ De hecho, en línea con todo lo expuesto y repetido hasta la saciedad, el memorándum explicativo de la RPG Núm. 15 de la ECRI también incide en la idea de redoblar esfuerzos en la cooperación transfronteriza entre Estados (Recomendación 10.i) de la RPG Núm. 15 de la ECRI). Esta cooperación debe servir, en la práctica, como medida de contención para evitar la rápida difusión de contenidos alojados en servidores de países que estén fuera del Consejo de Europa. ECRI, *Recomendación y memorándum explicativo* (2017), párr. 193 (memorándum explicativo).

¹⁶¹⁷ Según se indica en el memorándum explicativo, el lenguaje empleado “no tiene que limitarse a las formas conocidas de expresión (como los medios impresos y sociales) sino que se tiene que centrar más en la naturaleza esencial de la expresión y ser capaz de incluir otras formas que puedan surgir”. ECRI, *Recomendación y memorándum explicativo* (2017), párrs. 11, 175 y 178 (memorándum explicativo).

afectación más alto posible¹⁶¹⁸. En otras palabras, la publicidad es un requisito tácito pero necesario para que la respuesta penal sea legítima. La falta de este extremo, a lo sumo, derivará lo expresado a la vía civil o administrativa como cauces más apropiados.

De hecho, la RPG Núm. 15 de la ECRI incide en que el recurso a la sanción penal en ningún caso debe ser preferente a otras vías de acción. La imposición de sanciones penales debe reservarse para «circunstancias específicas y limitadas» en las que exista un riesgo potencial de vulnerar la libertad de expresión. E incluso en esos casos, debe optarse por medidas menos restrictivas siempre que sean igual de eficaces. Por tanto, sólo las conductas más graves serán sancionables penalmente¹⁶¹⁹, lo que sucederá cuando se dé un “*uso en público*” del discurso y, además, que éste “*tenga como finalidad* [elemento intencional], *o quepa suponer razonablemente que va a tener dicho efecto* [imprudencia punible], *incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación*” (Recomendación 10 de la RPG Núm. 15 de la ECRI)¹⁶²⁰. Esta incitación, a falta de mayor precisión, parece que comprende tanto la directa como la indirecta. Sobre el injusto subjetivo del hecho, que ya ha quedado apuntado, volveremos en breve.

Una vez la conducta alcance la consideración de ser penalmente sancionable, la pena concreta a imponer no es cosa menor. En general, debe tenerse presente la gravedad de las consecuencias que sobrevienen al acto y la proporcionalidad de la respuesta penal para sancionar ese comportamiento (Recomendación 10.e) de la RPG Núm. 15 de la ECRI). Las consecuencias no se medirán exclusivamente desde la posición de, en su caso, una víctima directa y concreta, sino también desde el plano de la repercusión grupal y social de los actos con esa víctima mediante. Sobre esta lógica deberían recaer penas «efectivas y disuasorias». Por lo demás, se aclara que la imposición de multas cuantiosas o la pena de prisión constituyen a menudo base suficiente como para determinar que ha existido una interferencia indebida con el derecho a la libertad de expresión¹⁶²¹. En estos casos, se

¹⁶¹⁸ ECRI, *Recomendación y memorándum explicativo* (2017), párr. 20 (memorándum explicativo).

¹⁶¹⁹ No obstante, debe tenerse especial cuidado en que no se diriman responsabilidades penales contra meras críticas a las políticas oficiales, la oposición política o a las creencias religiosas (Recomendación 10.c) de la RPG Núm. 15 de la ECRI), entendiéndose «pertinente» incluso disponer de una previsión legal que visibilice este aspecto. Véase ECRI, *Recomendación y memorándum explicativo* (2017), párr. 180 (memorándum explicativo).

¹⁶²⁰ Véase también ECRI, *Recomendación y memorándum explicativo* (2017), párrs. 2, 4, 171, 173 y 176 (memorándum explicativo).

¹⁶²¹ ECRI, *Recomendación y memorándum explicativo* (2017), párrs. 182-184 (memorándum explicativo).

entenderá que existe una desproporción entre la gravedad del discurso y la respuesta estatal aplicada al caso.

Sentado lo anterior, lo que interesa reflejar aquí no es tanto una reflexión sobre las clases de penas más adecuadas sino cómo la RPG Núm. 15 de la ECRI ha estrechado el cerco a la libre expresión de ideas. En palabras de LANDA GOROSTIZA, estaríamos siendo testigos de un «desbordamiento del estándar internacional»¹⁶²² sobre esta materia. Como ya hemos aludido antes, la RPG Núm. 15 de la ECRI dice partir del *Plan de Rabat* (2012) pero no esconde que lo supera ampliamente en algunos aspectos de notable envergadura. En primer lugar, si observamos nuevamente la definición sobre discurso de odio que recoge el memorándum explicativo de la RPG Núm. 15 de la ECRI, es ya evidente la tendencia expansiva de categorías protegidas en el ámbito regional europeo¹⁶²³. Es más, no estamos siquiera ante un listado cerrado de categorías, por lo que se supera lo étnico-racial como referente de acción político-legislativa que sí vendría operando con más fuerza desde instancias internacionales¹⁶²⁴.

En segundo lugar, la intención de incitar del autor¹⁶²⁵ no colma todo el espectro de conductas punibles, lo que supone ya de por sí un punto de inflexión importante respecto al *Plan de Rabat* (2012). En efecto, la ECRI se refiere a una modalidad del discurso de odio, la intencional, como prescindible. Al mismo tiempo, alude a una comisión imprudente cuando, como efecto de un discurso, quepa razonablemente esperar –es decir, exista el riesgo inminente– que se producirán los mismos actos de violencia, intimidación,

¹⁶²² En detalle, véase LANDA GOROSTIZA, “Delitos de odio”, pp. 23-25.

¹⁶²³ Por ejemplo, aunque más tarde se aborde una visión más completa de este organismo, la OSCE entendía por aquél entonces que en la base de toda decisión sobre la expansión de causas protegidas debían ponderarse varios factores. En primer lugar, que la selección de la víctima lo sea por características identitarias inalterables (p.ej.: una discapacidad) o fundamentales (p.ej.: la religión), que conformen a su vez un sentido de pertenencia grupal. En segundo lugar, que se preste atención al contexto social e histórico de un lugar. De este modo, atendiendo a las dinámicas de discriminación opresivas –vigentes y pasadas– se debe colegir la necesidad de reforzar la protección del colectivo en cuestión dentro del marco de una realidad nacional. Finalmente, deben valorarse adecuadamente las implicaciones prácticas que deriven de la incorporación de una u otra categoría para los operadores jurídicos (p.ej.: la dificultad probatoria respecto a una categoría, como pueda ser el género, que no presenta rasgos observables tan evidentes). OSCE/ODIHR, *Hate crime laws* (2009), pp. 38-39.

¹⁶²⁴ ECRI, *Recomendación y memorándum explicativo* (2017), párrs. 6-7 y 9-10 (memorándum explicativo).

¹⁶²⁵ Para valorar que existe este elemento intencional, la ECRI ofrece algunas claves: “[C]uando la persona que utiliza el discurso de odio, de forma inequívoca, hace un llamamiento a los demás para que cometan los actos pertinentes o se puede deducir por la contundencia del lenguaje utilizado y otras circunstancias destacables, como la conducta previa del orador”. ECRI, *Recomendación y memorándum explicativo* (2017), párr. 15 (memorándum explicativo).

hostilidad o discriminación¹⁶²⁶ a los que apunta también la modalidad de incitación intencional. Y al igual que se considera aplicable para esta última, también para los casos de discurso de odio imprudentes debe superarse el umbral de lo que resulta proscrito en términos jurídico-penales. Por ello, y a falta del elemento intencional, lo cual supone una merma importante en cuanto a la gravedad del discurso, nos situamos antes una imprudencia grave. Una imprudencia que, en realidad, podríamos llegar ubicar en algún lugar entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. Es decir, *culpa lata dolo proxima est* (negligencia extrema próxima al dolo) o *culpa lata dolo aequiparatur* (negligencia extrema equiparable al dolo), como principios del derecho romano clásico que reflejaban bien esa asimilación difusa entre conceptos no intercambiables (imprudencia y dolo). Por lo demás, se mantiene intacto cuanto se ha mencionado ya sobre la publicidad de la conducta y los parámetros que ayudan a evaluar la inminencia del riesgo siguiendo de cerca lo estipulado por el *Plan de Rabat* (2012).

Ahora bien, sea cual sea la modalidad discursiva que nos ocupe, no es menos cierto que la ECRI apuesta por no restringir en exceso las posibilidades de sanción penal. Para ello, estima crucial que los tipos penales no incorporen cláusulas que supediten la responsabilidad penal del discurso a otros hechos, como puedan ser la alteración del orden público, o que se tenga en cuenta el tamaño de la audiencia ante la que se dirigía el discurso y el alcance de su difusión. Pero ello no obsta, como cabía esperar de un instrumento que sigue los dictados del *Plan de Rabat* (2012), para que cualquiera de estos aspectos recién apuntados sea relevante a la hora de evaluar la inminencia del riesgo¹⁶²⁷.

3.2.2.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En una Europa que agonizaba tras los excesos de la II Guerra Mundial, la devastadora crisis humana y social daría paso a una recomposición de piezas en un nuevo tablero de juego. En efecto, la gestación del moderno derecho internacional de los derechos humanos –y la marca indeleble del nazismo– trajo consigo, según explica LANDA GOROSTIZA, el diseño de un modelo jurídico de excepción¹⁶²⁸.

¹⁶²⁶ En concreto, y aunque hay más alusiones a lo largo del documento, véase ECRI, *Recomendación y memorándum explicativo* (2017), párr. 17 (memorándum explicativo). Nos remitimos aquí también al análisis que realiza ELÓSEGUI ITXASO, “Las recomendaciones de la ECRI”, pp. 55-59.

¹⁶²⁷ ECRI, *Recomendación y memorándum explicativo* (2017), párr. 177 (memorándum explicativo).

¹⁶²⁸ En detalle, sobre estos modelos que sientan las bases fundacionales de la «arquitectura jurídica de postguerra», véase LANDA GOROSTIZA, “Políticas de víctimas”, pp. 8-12.

Este modelo se articuló en torno al desconcierto de lo acaecido y la desconfianza latente de lo que pudiera volver a suceder. Lo impredecible de este tipo de escaladas de violencia hacia escenarios límite¹⁶²⁹ para la humanidad generaba no poca incertidumbre. En otras palabras, existían dudas acerca de la entereza europea para encarar a tiempo otro tensionamiento social de ese calibre.

En este contexto, como decimos, se opta por diseñar un modelo de excepción que redefiniere los límites de los derechos fundamentales. Por ejemplo, los discursos que atentaran contra valores esenciales de una sociedad (p.ej.: igualdad, no discriminación, tolerancia, democracia, etc.) justificaban entrar a valorar la legitimidad de esa injerencia en el derecho a la libertad de expresión.

No conforme con ello, la amarga experiencia sufrida en el viejo continente parecía demandar un estándar más restrictivo para con aquellos discursos que, aprovechándose de la democracia, apelarán a las emociones de su audiencia y poco a poco la hicieran ceder para terminar por movilizarla. Serán discursos que, por superar los límites externos del derecho a la libertad de expresión, quedan de plano fuera de la órbita de protección del mismo¹⁶³⁰. Toda esta teorización, alimentada antes y después por filósofos

¹⁶²⁹ Según FREEMAN, el carácter persistente y sistemático de las violaciones de derechos humanos a pequeña escala sienta un peligroso precedente para potenciales violaciones de derechos humanos de mayor envergadura. De esta forma, violaciones de derechos humanos «menores» como pueda ser la discriminación en el empleo tuvieron lugar en los años previos al genocidio nazi. En otras palabras, incluso las violaciones de derechos humanos pueden convertirse en auténticas catástrofes de derechos humanos. FREEMAN, *Human rights*, pp. 217-218.

¹⁶³⁰ Teniendo presente el contexto de la II Guerra Mundial y sus devastadoras consecuencias, la idea de una prohibición de abuso de derechos –contenida en el art. 17 del CEDH– no deja de ser un instrumento más al servicio y en defensa de la democracia contra quienes traten de socavar los cimientos sobre los que ésta se asienta. La Comisión Europea de Derechos Humanos, en la decisión sobre *Glimmerveen y Hagenbeek c. Países Bajos* (1979), aclaró este extremo: “El objetivo general del artículo 17 es impedir que grupos de carácter totalitario [totalitarian groups] exploten en su propio interés los principios enunciados por el Convenio”. Esta protección activa del ordenamiento constitucional nos remite, parece evidente, a la concepción democrática que LOEWENSTEIN calificara en el periodo de entreguerras como de «democracia militante» (*wehrhafte o streitbare Demokratie*). Véase: LOEWENSTEIN, “Militant democracy and fundamental rights, I”, pp. 417-432; LOEWENSTEIN, “Militant democracy and fundamental rights, II”, pp. 638-658; COMISIÓN EUROPEA DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Glimmerveen y Hagenbeek c. Países Bajos*, 11 de octubre de 1979, § 11 (traducción propia). En detalle, sobre la génesis y puesta en valor en sus orígenes del art. 17 del CEDH, véase BUYSE, «Contested contours», pp. 186-187.

intelectuales de la talla de POPPER¹⁶³¹ o MARCUSE¹⁶³², quedaría cristalizada en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (1950).

¹⁶³¹ Es muy representativa en este sentido la «paradoja de la tolerancia» que propuso Karl POPPER mientras escribía una de sus obras cumbre durante la II Guerra Mundial: *La sociedad abierta y sus enemigos* (1945). Su influencia es tal que, sirva como mera muestra de ello, esta teorización sería apuntada en el voto discordante del juez Zupančič en el caso *Ždanoka c. Letonia* (2006) ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pues bien, POPPER planteaba que una tolerancia ilimitada conlleva la desaparición misma de la tolerancia. Pero, al contrario de lo que se cree, este autor no apuesta por la supresión de todo discurso intolerante. Este discurso se debe contrarrestar con argumentos racionales siempre que sea posible; allá donde no lo sea, es donde este autor marca el límite y reclama para nuestras sociedades el derecho a prohibir tales discursos. Se trata de discursos que se desentienden y trascienden del plano de los argumentos racionales, por lo que este rechazo impide toda discusión y confrontación racional entre iguales. El recurso a la violencia o la legitimación de la misma es, por ello, una imposición que pervierte el debate racional y que podría justificar el escudo de la intolerancia frente al intolerante. El ejemplo que traslada POPPER es suficientemente claro sobre todo lo anterior: «[B]ien puede suceder que no estén destinadas [las expresiones de concepciones filosóficas intolerantes] a imponérsenos en el plano de los argumentos racionales, sino que, por el contrario comiencen por acusar a todo razonamiento; así, pueden prohibir a sus adeptos, por ejemplo, que presten oídos a los razonamientos racionales, acusándolos de engañosos, y que les enseñen a responder a los argumentos mediante el uso de los puños o las armas. (...) Deberemos exigir que todo movimiento que predique la intolerancia quede al margen de la ley y que se considere criminal cualquier incitación a la intolerancia y a la persecución, de la misma manera que en el caso de la incitación al homicidio, al secuestro o al tráfico de esclavos». De hecho, sobre si existen alternativas viables a la ilegalización y restricción de ciertos discursos dentro de una democracia que se defiende a sí misma, LOEWENSTEIN argumentaba lo siguiente: «La democracia es totalmente incapaz de responder a un ataque emocional con un contraataque emocional. El gobierno constitucional, por su propia naturaleza, sólo puede apelar a la razón; nunca podría movilizar con éxito el emocionalismo; incluso sus ingredientes emocionales son sólo un preludio de la razón». Otra cosa bien distinta, entendemos, sería plantearnos la opción de que el ordenamiento constitucional promoviese el intercambio de información racional –y con menos carga emotiva– dentro de la esfera del discurso público (estrategia de prevención). Véase: POPPER, *La sociedad abierta*, p. 585 (nota núm. 4 al capítulo 7); LOEWENSTEIN, “Militant democracy and fundamental rights, I”, p. 428 (traducción propia); STEDH, *Ždanoka c. Letonia*, 16 de marzo de 2006 (voto discordante del juez Zupančič).

¹⁶³² En su ensayo titulado «La tolerancia represiva» (1965), Herbert MARCUSE plantea la necesidad de parar a tiempo ciertos usos del lenguaje en una sociedad que se reconstruye a sí misma tras el ascenso y la devastación sufrida en carne propia por los regímenes fascistas. Aunque largo, merece la pena reproducir un extracto especialmente interesante y oportuno de cara a nuestro estudio: «Todo el periodo posfascista es un periodo de peligro evidente e inminente. De ahí que una verdadera pacificación exija que la tolerancia sea retirada antes del hecho consumado: en el estadio de la comunicación oral, impresa y óptica. Ahora bien, una tan radical supresión del derecho de libre expresión y libre reunión sólo está justificada cuando la sociedad en conjunto se halla en sumo peligro. Yo afirmo que nuestra sociedad se encuentra en semejante situación de emergencia y que ésta se ha convertido en estado normal. Diversas opiniones y «filosofías» no pueden ya competir pacíficamente para lograr partidarios y convicción por motivos racionales: el «foro» de las ideas queda organizado y limitado por aquellos que disponen de los intereses nacionales e individuales. En esta sociedad, para la cual los ideólogos han proclamado el «fin de la ideología», la falsa conciencia se ha convertido en conciencia general –desde el Gobierno hasta sus últimos objetos–. Es menester ayudar a los reducidos e impotentes grupos que luchan contra la falsa conciencia: su conservación es más importante que el mantenimiento de derechos y libertades de que se abusa y que permiten que surja aquella violencia legal que oprime a tales minorías. Entretanto, debería resultar claro que el ejercicio de los derechos cívicos por los que no los tienen exige como condición previa que se retiren esos mismos derechos a quienes impiden su ejercicio, y que la liberación de los condenados de este mundo exige la opresión no sólo de sus viejos, sino también de sus nuevos amos». MARCUSE, «Repressive tolerance», pp. 109-110. Para la traducción al castellano empleada, véase MARCUSE, «La tolerancia represiva», p. 69.

Pues bien, este apartado prestará una atención muy singular al desembarco de toda esta filosofía en el ámbito de las nuevas tecnologías de la mano del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, garante último de los derechos fundamentales a nivel regional europeo. Asimismo, se tendrá ocasión de observar cómo la doctrina más clásica del Tribunal de Estrasburgo relativa a los límites a la libertad de expresión, en general, empapa y queda ampliamente absorbida por el nuevo campo de actuación comisiva online. Las singularidades de fondo de este entorno, puestas de manifiesto formalmente en diferentes ocasiones, no han logrado que el Tribunal –además de hacerlas notar– se reinvente a sí mismo. Existe una clara línea continuista en su doctrina que, no obstante, obliga a examinar al detalle las características del ciberespacio para entender en qué medida se perfila –siquiera mínimamente– la doctrina tradicional sobre los límites a la libertad de expresión.

Por todo lo anterior, se partirá en lo sucesivo de algunas consideraciones generales en torno al tratamiento y estándares de protección del TEDH para diferentes formas discursivas de odio, para acto seguido descender a un segundo nivel que acaparará todo nuestro interés. En ese segundo nivel, dedicado al tratamiento de las formas discursivas de odio online, la literatura a nuestro alcance no será tan prolija como en el primero, por lo que trataremos de identificar cómo y en qué medida Internet hace –o, en su caso, podría o debería llegar a hacer– que el Tribunal se replantee sus estándares de protección en materia de libertad de expresión y discursos de odio. Por lo demás, resultaría disfuncional para el correcto entendimiento del estudio en su conjunto pretender abarcar todos y cada uno de los aspectos ligados al primer nivel. E, incluso, respecto al segundo nivel deberán quedarse fuera muchos otros aspectos que han concentrado gran parte de la atención del Tribunal durante esta última década. En efecto, como es sabido, la problemática del ciberodio desde un enfoque estrictamente jurídico-penal también es variada. No obstante, en línea con otros estándares tratados (p.ej.: Naciones Unidas¹⁶³³, Consejo de Europa¹⁶³⁴) o que todavía están por tratar (p.ej.: OSCE¹⁶³⁵ y Unión Europea¹⁶³⁶), interesa centrarnos

¹⁶³³ Véase el apartado «3.2.1. Organización de las Naciones Unidas» *supra*.

¹⁶³⁴ Véase el apartado «3.2.2.1. Consejo de Europa» *supra*.

¹⁶³⁵ Véase el apartado «3.2.2.3. OSCE» *infra*.

¹⁶³⁶ Véase el apartado «3.2.3. Unión Europea» *infra*.

exclusivamente en la responsabilidad penal derivada de actos realizados por un usuario de Internet en relación al contenido generado por él mismo (*content producer*)¹⁶³⁷.

a) Tratamiento(s) del discurso de odio dentro (art. 10.2 del CEDH) y fuera (art. 17 del CEDH) del ámbito de aplicación del derecho a la libertad de expresión

A nadie escapa a estas alturas que el derecho a la libertad de expresión es considerado un valor cardinal de todo ordenamiento constitucional, a la vez que un bien público de primera necesidad. Según contempla *Handyside c. Reino Unido* (1976), este derecho constituye “uno de los fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones fundamentales para el progreso y para la realización personal de los individuos”¹⁶³⁸. Precisamente por ello, este derecho también es reconducible a todo medio que sirva a los fines de difundir/recibir todo tipo de ideas e información, como pueda ser Internet. Es aquí, además, donde esta garantía de salud democrática y de desarrollo personal adquiere dimensiones nunca antes vistas. Según se desprendiera del caso *Perrin c. Reino Unido* (2005), no cabe la más mínima duda que el derecho a la libertad de expresión está plenamente operativo en Internet¹⁶³⁹.

No obstante, como también hemos podido observar, este derecho es limitable en la medida en que es deudor de un contexto europeo fuertemente marcado por los horrores del nazismo. Es decir, su resiliencia responde a un modelo de excepción implantado a mediados del siglo pasado. Un modelo que, entre otros textos internacionales o regionales, consigue anclarse en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (1950). Aunque muy condicionadas, este Convenio prevé limitaciones al derecho a la libertad de

¹⁶³⁷ Por tanto, no desconociendo la dimensión y complejidad del problema, quedará fuera de nuestro análisis la responsabilidad penal por contenido ajeno o de terceros; es decir, la responsabilidad de los intermediarios en Internet, tales como las plataformas de redes sociales, los motores de búsqueda, los proveedores de acceso a Internet, o los proveedores de servicio de alojamiento en la web. Para una breve toma de contacto con los pronunciamientos más destacados del Tribunal de Estrasburgo en este ámbito, véase BENEDEK/KETTEMANN, *Freedom of expression* (2020), pp. 114-116.

¹⁶³⁸ STEDH, *Handyside c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, § 49 (traducción propia).

¹⁶³⁹ TEDH, *Perrin c. Reino Unido* (solicitud núm. 5446/03; decisión de inadmisibilidad), 18 de octubre de 2005. Más adelante, en el epígrafe «c) La relevancia del medio (*forum of the expression*)» *infra*, retomaremos y desarrollaremos este extremo. No obstante, como recoge VAN RIJN, podemos adelantar ya que este canal tendrá una «significancia independiente» para la expresión de ideas y opiniones. VAN RIJN, «Freedom of expression», p. 775.

expresión (art. 10.2 del CEDH¹⁶⁴⁰) que consagra poco antes (art. 10.1 del CEDH¹⁶⁴¹). De forma paralela, se prevé una cláusula de prohibición del abuso de derecho (art. 17 del CEDH¹⁶⁴²) que, previsiblemente, parece proyectarse sobre cualquier derecho del Convenio, incluido –y muy especialmente– el relativo a la libertad de expresión.

Sea como fuere, no existen ni parámetros normativos ni criterios claros en la *praxis* del Tribunal de Estrasburgo sobre la decisión de derivar los casos a una u otra forma de tratamiento jurídico a su alcance. De hecho, su falta de uniformidad de criterio ha sido muy cuestionada¹⁶⁴³.

Por ejemplo, sin ánimo de entrar a realizar un análisis detallado al respecto, sirva aquí con apuntar las diferentes fórmulas empleadas por el Tribunal para aproximarse a la decisión de (in)aplicar el art. 17 del CEDH al caso concreto según quedaron recogidas por el juez Mark E. VILLIGER¹⁶⁴⁴. La primera de las fórmulas empleadas es la de invocar la aplicación directa del art. 17 del CEDH. En este caso, la revisión analítica del caso acaba tan pronto como se determina aplicable este último artículo; es decir, se inadmite la demanda por incompatibilidad *ratione materiae* con las disposiciones del Convenio (art. 35.3 del CEDH)¹⁶⁴⁵. El derecho invocado no es tal ya que, en verdad, se sitúa más

¹⁶⁴⁰ Art. 10.2 del CEDH: “*El ejercicio de estas libertades, que entrañan 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*”.

¹⁶⁴¹ Art. 10.1 del CEDH: “*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*”.

¹⁶⁴² Art. 17 del CEDH: “*Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo*”.

¹⁶⁴³ El voto discordante que lleva el sello de hasta cuatro jueces en *Perinçek c. Suiza* (2015), ayuda a situar el origen de esta problemática: “*Un aspecto característico de los planteamientos de Estrasburgo sobre el artículo 17 es que el Tribunal ha mantenido sus opciones abiertas. Hay más de una herramienta en la caja [more than one tool in the box], a utilizar en función de las necesidades del caso en concreto*”. STEDH, *Perinçek c. Suiza*, 15 de octubre de 2015 (voto discordante adicional del juez Silvis, al que se suman Casadevall, Berro y Kūris).

¹⁶⁴⁴ Véase: VILLIGER, «Article 17 ECHR», pp. 324-329; STEDH, *Perinçek c. Suiza*, 15 de octubre de 2015 (voto discordante adicional del juez Silvis, al que se suman Casadevall, Berro y Kūris). A mayor abundamiento, véase un pormenorizado estudio en BUYSE, «Contested contours», pp. 191-203. Del mismo autor, véase también BUYSE, «Prohibition», pp. 1089-1094.

¹⁶⁴⁵ Desde esta lógica, se entiende bien la referencia común al «efecto guillotina» del art. 17 del CEDH, ya que este mecanismo posibilita al Tribunal inadmitir la demanda *a limine* y de forma abrupta.

allá de los límites del ámbito de aplicación de las disposiciones del Convenio¹⁶⁴⁶. En cualquier caso, esta aplicación directa del art. 17 del CEDH se reserva para casos extremos, resultando por ello excepcional dentro del *case-law* del Tribunal¹⁶⁴⁷. Según se desprende de *Perinçek c. Suiza* (2015), serán casos en que se emplee el derecho a la libertad de expresión para fines «claramente contrarios» a los valores del Convenio¹⁶⁴⁸.

Mucho más común ha resultado la segunda de las fórmulas empleadas por el Tribunal para aproximarse al art. 17 del CEDH. Aquí se plantea una aplicación combinada entre el art. 10.2 y el art. 17 del CEDH, lo que en realidad vendría a ser una aplicación indirecta –o blanda (*soft approach*)– de este último¹⁶⁴⁹. En este caso, se parte del análisis de las condiciones que prevé el art. 10.2 del CEDH para, en su caso y llegado el momento de valorar si la interferencia con el derecho a la libertad de expresión del demandante era necesaria en una sociedad democrática, invocar la cláusula de abuso de derecho y declarar la inadmisibilidad de la demanda por una carencia manifiesta de fundamento (art. 35.3 del CEDH). Tras un examen preliminar de un discurso que ya ha entrado a formar parte del derecho a la libertad de expresión, no se atisba en apariencia ninguna violación de los derechos que garantiza el Convenio, por lo que no se entra a valorar el fondo del asunto¹⁶⁵⁰.

La tercera de las fórmulas se refiere a casos en que el art. 17 del CEDH podía haber sido aplicado e incomprensiblemente no lo fue, aun habiéndolo sido en situaciones

¹⁶⁴⁶ En sentido figurado, BUYSE explica que los derechos sustantivos del CEDH se encojen o se contraen para excluir las actividades liberticidas; es decir, para dejar al margen aquellos actos destinados a destruir libertades. BUYSE, «Contested contours», p. 204.

¹⁶⁴⁷ En este sentido, véase: STEDH, *Paksas c. Lituania*, 6 de enero de 2011, § 87; STEDH, *Perinçek c. Suiza*, 15 de octubre de 2015, § 114; STEDH, *Jemeljanovs c. Letonia*, 6 de octubre de 2016, § 65.

¹⁶⁴⁸ STEDH, *Perinçek c. Suiza*, 15 de octubre de 2015, § 114.

¹⁶⁴⁹ El art. 17 del CEDH pasa a ser un principio interpretativo que guía la labor evaluadora de la autoridad judicial una vez se ha entrado a considerar las restricciones contempladas dentro del art. 10.2 del CEDH. Así consideró el Tribunal que debía ser, por ejemplo, en *Lehideux e Isorni c. Francia* (1998): “El Tribunal se pronunciará sobre la aplicación del artículo 17 a la luz de todas las circunstancias del caso. Por lo tanto, comenzará por examinar la cuestión del cumplimiento del artículo 10, cuyos requisitos, sin embargo, evaluará a la luz del artículo 17”. Normalmente, se acude al art. 10.2 del CEDH precisamente porque se alberga alguna duda acerca de lo declarado por el demandante; es decir, lo declarado no es tan claro ni evidente como sucedía en la primera fórmula de aproximación al art. 17 del CEDH referida. Según BUYSE, el art. 17 del CEDH actuaría aquí como «un fuerte polo magnético que a menudo atrae la aguja de la brújula judicial hacia la conclusión de que no se ha producido ninguna violación del derecho». Véase: BUYSE, «Contested contours», p. 198 (traducción propia); STEDH, *Lehideux e Isorni c. Francia*, 23 de septiembre de 1998, § 38 (traducción propia).

¹⁶⁵⁰ Cabe notar que, si bien para el demandante no habrá diferencia práctica entre la inadmisión de demanda *ratione materiae* o la inadmisión de demanda por ser ésta manifiestamente infundada, desde un punto de vista jurídico sí tiene su interés. Mientras en la primera el discurso queda totalmente fuera del ámbito del derecho invocado, de la segunda se desprende que la interferencia del discurso con la libertad de expresión no revela a primera vista una vulneración del derecho. DE MORREE, *Rights and wrongs*, p. 86.

equiparables de casos anteriores. Son resoluciones en que el Tribunal, pese a que pudiera parecer consciente de la prohibición de abuso de derecho a su alcance prevista en el art. 17 del CEDH, evita toda referencia a este artículo. De este modo, incluso no rehuendo el hecho de que el discurso en cuestión circula en dirección opuesta a los valores del Convenio¹⁶⁵¹, el Tribunal declara que la interferencia con el derecho a la libertad de expresión (art. 10.2 del CEDH) era necesaria en una sociedad democrática; por consiguiente, se desestima la admisibilidad de la demanda por manifiestamente infundada (art. 35.3 del CEDH). Todo ello, curiosamente, sin valerse o referirse siquiera al art. 17 del CEDH. La cuarta y última categoría, en cambio, apunta a casos igual o más sorprendentes que los anteriores. En este supuesto, ante una petición de las autoridades nacionales de no admitir la demanda conforme a la prohibición prevista en el art. 17 del CEDH, el Tribunal estima que los hechos que rodean el caso no son lo suficientemente graves como para justificar su aplicación. En otros casos, en cambio, será tras entrar a analizar el fondo del asunto conforme al art. 10.2 del CEDH e incluso tras quedar justificado el discurso a la luz del mismo, cuando se traiga a colación el art. 17 del CEDH. La decisión admitiendo que se trata de una expresiones que no justifican la aplicación del art. 17 del CEDH se realiza, sorprendentemente, *ex post* (a modo de reflexión final)¹⁶⁵², manteniendo aparentemente viva la posibilidad de su procedencia.

Llegados a este punto, LANDA GOROSTIZA y BUYSE coinciden al afirmar que lo que se estaría dando en los últimos tiempos es un deslizamiento del Tribunal de Estrasburgo hacia una valoración contextual de los casos que llegan a su conocimiento, dejando atrás una lectura de contenidos dentro de los discursos de odio racista y xenófobo. Esta tendencia, podría añadirse, no sólo opera a la hora de canalizar un caso a través del art. 17 del CEDH o del 10.2 del CEDH, que también, sino igualmente dentro de las diferentes vías de aproximación al art. 17 del CEDH que acabamos de describir. La prohibición de contenidos será más acusada cuanto más crudo, expreso y directo sea el discurso agitador racista y xenófobo. Y especial incidencia tendrá la restricción de contenidos en la jurisprudencia del Tribunal para aquellos discursos que se inscriban

¹⁶⁵¹ Para observar mejor la incongruencia que sigue, sirva aquí con reproducir unas breves pero contundentes palabras del Tribunal en *Seurot c. Francia* (2004): “[N]o cabe duda de que cualquier declaración dirigida contra los valores en los que se basa el Convenio quedaría exenta, en virtud del artículo 17, de la protección del artículo 10”. TEDH, *Seurot c. Francia* (solicitud núm. 57383/00; decisión de inadmisibilidad), 18 de mayo de 2004 (traducción propia).

¹⁶⁵² Ello equivaldría, según apuntan algunos jueces del Tribunal de Estrasburgo, a «empezar la casa por el tejado». STEDH, *Perinçek c. Suiza*, 15 de octubre de 2015 (voto discordante adicional del juez Silvis, al que se suman Casadevall, Berro y Kūris).

dentro del ámbito negacionista o revisionista relativo al holocausto nazi, puesto que éstos representan la verdadera espada de Damocles en la historia reciente europea. En general, no sólo los llamados claros e inconfundibles a la violencia, sino que las formas más duras de sometimiento de ciertos grupos a estereotipos negativos también pueden despacharse por alguna de las vías rápidas empleadas por el Tribunal para aproximarse al art. 17 del CEDH. Incluso así, debe insistirse que el Tribunal incide últimamente con mayor frecuencia y ahínco en la puesta en valor del contexto para los casos que examina¹⁶⁵³.

Esta sensibilidad contextual traslada el debate hacia aquellos supuestos en que el Tribunal, lo primero y antes que nada, se cerciora que el discurso quede encuadrado dentro del ámbito de aplicación del derecho a la libertad de expresión, conforme al art. 10 del CEDH¹⁶⁵⁴. A partir de aquí los esfuerzos irán orientados a esclarecer la existencia de una injerencia o intromisión –sea legítima o ilegítima– con ese derecho (p.ej.: la imposición de una sanción penal por discurso de odio punible); en concreto, el art. 10.2 del CEDH se refiere de forma genérica a la posibilidad de someter ese u otro discurso a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones.

Una vez se corrobore *prima facie* la medida intrusiva en cuestión, el siguiente paso será comprobar que esa injerencia estaba justificada en el marco del art. 10.2 del CEDH. Para ello, se requerirá que la medida supere un examen dividido en tres tiempos (test de legalidad, legitimidad y necesidad)¹⁶⁵⁵. En primer lugar, la intromisión debe estar prevista por una ley previsible, precisa y accesible al público¹⁶⁵⁶. En segundo lugar, debe comprobarse que la injerencia en el derecho a la libertad de expresión se plantea desde la búsqueda activa de alguno de los objetivos legítimos enunciados en el amplio catálogo

¹⁶⁵³ Ampliamente, véase: LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, pp. 27-37; BUYSE, “Dangerous expressions”, *passim*.

¹⁶⁵⁴ En lo sucesivo, se dará una visión mínima de cómo el Tribunal de Estrasburgo va articulando su examen paso a paso en casos directamente relacionados con el art. 10 del CEDH. A mayor abundamiento, nos remitimos a COUNCIL OF EUROPE, *Guide on Article 10* (2020), *passim*.

¹⁶⁵⁵ Para un análisis ampliado de la información mínima que se facilitará a continuación, véase GRABENWARTER, *European Convention*, pp. 262-291.

¹⁶⁵⁶ Sobre la previsibilidad y la precisión, el Tribunal entiende que toda ley debe ajustarse a ciertos criterios de calidad. En concreto, la norma deberá estar formulada “*con la suficiente precisión como para que el ciudadano pueda regular su conducta: debe ser capaz –en su caso, con un asesoramiento adecuado– de prever, hasta un grado razonable según las circunstancias, las consecuencias que puede acarrear una determinada acción*”. Este grado de previsibilidad no es absoluto, debiendo atenderse a aspectos tales como el contenido de lo expresado, su alcance, y el número y condición de los destinatarios. Ahora bien, hay que reducir el riesgo de arbitrariedad de la norma a su mínima expresión. STEDH, *Editorial Board of Pravoye Delo y Shtekel c. Ucrania*, 5 de mayo de 2011, §§ 51-52 (traducción propia).

del art. 10.2 del CEDH¹⁶⁵⁷. En tercer lugar, la consideración de la intromisión como necesaria en una sociedad democrática será el resultado de una valoración exigente. En concreto la medida aplicada debe haber sido interpretada de forma restrictiva a este fin, mientras que su necesidad debe establecerse de forma convincente. La intromisión debe haberse realizado sobre el presupuesto de una necesidad social imperiosa/acuciante (*pressing social need*), lo que sugiere ya un cierto razonamiento persuasivo tras de sí, pero sin llegar a la caracterización de una necesidad entendida como indispensable. Aunque bajo estricta supervisión del Tribunal, el margen de apreciación estatal será clave en este punto para una evaluación en condiciones de la realidad nacional¹⁶⁵⁸. Por otro lado, la intromisión debe ser proporcional al fin legítimo perseguido. De esta forma, se fuerza al Tribunal a examinar el medio escogido, debiendo serlo aquél que suponga la intromisión menos gravosa de entre todas las disponibles para alcanzar el mismo fin. Por último, la intromisión debe venir avalada por razones de pertinencia y suficiencia en relación al caso planteado.

En este punto, bien puede ocurrir que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión interfiera con otros derechos salvaguardados por el Convenio (p.ej.: el derecho a la vida privada del art. 8 del CEDH¹⁶⁵⁹). Por ello, la labor del Tribunal será la de examinar si las autoridades nacionales ponderaron adecuadamente los diferentes intereses en conflicto. Esta valoración sobre la ponderación de los derechos contrapuestos la realiza el Tribunal de Estrasburgo mediante un proceso preliminar de ordenación por categorías expresivas (p.ej.: discurso político o de interés público, discurso artístico, críticas a servidores públicos, discurso comercial, etc.). La asignación del discurso a diferentes categorías de expresión, configuradas por el Tribunal con el paso de los años, ha traído consigo

¹⁶⁵⁷ En concreto, alguno de los siguientes: (i) seguridad nacional; (ii) integridad territorial o seguridad pública; (iii) defensa del orden y prevención del delito; (iv) protección de la salud o de la moral; (v) protección de la reputación o de los derechos ajenos; (vi) impedir de la divulgación de informaciones confidenciales; (vii) garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

¹⁶⁵⁸ Por ejemplo, sobre el margen de apreciación estatal en Internet en general, es interesante rescatar las palabras del juez Pinto de Albuquerque en *Mouvement Raëlien Suisse c. Suiza* (2012): “*Al ser Internet un foro público por excelencia, el Estado tiene un margen de apreciación limitado con respecto a la información difundida a través de este medio*”. Además, según WEBER, la supervisión del Tribunal en caso de declaraciones que constituyan incitación al odio será más pronunciada, mientras que cuanto más nos adentremos en lo meramente ofensivo con respecto a las convicciones morales de cada cual, más sentido tendrá buscar ese apoyo en aquellas autoridades judiciales que están sobre el terreno. Véase: STEDH, *Mouvement Raëlien Suisse c. Suiza*, 13 de julio de 2012 (voto discordante del juez Pinto de Albuquerque; traducción propia); WEBER, *Manual* (2009), pp. 31-32; BENEDEK/KETTEMANN, *Freedom of expression* (2020), pp. 58-60.

¹⁶⁵⁹ Al respecto, véase el análisis de un caso clave para este estudio en el apartado «d) *Caso Beizaras y Levickas c. Lituania* (2020)» *infra*.

diferentes niveles de protección y diferentes métodos de ponderación *ad hoc*. Esto implica que el Tribunal haya desarrollado grupos de reglas (p.ej.: deberes y responsabilidades) que quedan escalonados en función del valor otorgado a la concreta categoría discursiva a la que pueda adscribirse lo expresado (p.ej.: el discurso político o una materia de interés público, cuyo valor –y nivel de protección– es alto). De esta forma, sin olvidar la idiosincrasia del caso en concreto, se determinará el umbral más alto o más bajo a satisfacer para justificar la prevalencia de uno de los derechos ponderables sobre el otro.

El nivel de especialización y complejidad al que ha llegado el Tribunal es considerable¹⁶⁶⁰. Por ello, en el siguiente epígrafe nos conformaremos con trazar las diferentes formas discursivas de odio reconocidas por el Tribunal e ir haciendo acopio de todas estas cuestiones apuntadas más arriba para, en última instancia, construir los estándares de protección al que quedan sometidos los actos expresivos de odio en sus diferentes formas de manifestarse.

b) Estándar(es) de protección del TEDH: las diferentes formas discursivas de odio

Aunque el Tribunal de Estrasburgo ha llegado a referirse expresamente a la definición del concepto de discurso de odio apoyándose en la *Recomendación Núm. R (97) 20* (1997) del Consejo de Europa¹⁶⁶¹, lo cierto es que su filosofía ha sido la de no quedar condicionado por ninguna definición –ni clasificación de expresiones odiosas– en particular¹⁶⁶². Es decir, se busca atender al caso en concreto y a sus circunstancias, sin que una definición previa vincule o ahogue el margen de autonomía que se reserva el Tribunal para atender estas intromisiones ilegítimas en materia de libertad de expresión. El entonces vicepresidente del TEDH, Françoise TULKENS, se refiere en 2012 a una relativa falta de apoyos en textos internacionales para delimitar un concepto, como el del «discurso de odio» (*hate speech*), que siempre ha sido extraño/ajeno (*extraneous concept*)

¹⁶⁶⁰ Para muestra, véase SARDO, “Categories”, pp. 438-444.

¹⁶⁶¹ STEDH, *Gündüz c. Turquía*, 4 de diciembre de 2003, § 22. Véase, sobre esta definición, el epígrafe «b) Otros documentos de interés: una muestra mínima pero muy representativa», del apartado «3.2.2.1. Consejo de Europa» *supra*. De hecho, incluso partiendo de instrumentos internacionales sobre la materia, el Tribunal lo máximo que alcanzaba a decir era que por discurso de odio se entendería “*toda forma de expresión que propague [to spread; propager], incite [to incite; inciter], promueva [to promote; promouvoir] o justifique [to justify; justifier] el odio basado en la intolerancia (incluida la religiosa)*”. Véase (traducción propia): STEDH, *Gündüz c. Turquía*, 4 de diciembre de 2003, § 40; STEDH, *Erbakan c. Turquía*, 6 de julio de 2006, § 56.

¹⁶⁶² El tratamiento del discurso de odio como un concepto «autónomo» en manos del Tribunal, no influenciado por las legislaciones nacionales. WEBER, *Manual* (2009), p. 3.

para el Tribunal de Estrasburgo¹⁶⁶³. El Tribunal, más allá de su reconocimiento y al contrario que sucede con el aparente consenso dentro del Consejo de Europa, siempre ha procurado evitar un posicionamiento claro y general sobre sus elementos definitorios.

Aunque se han dado excepciones a lo anterior, la regla general siempre había sido la de no explicitar que el discurso incitador¹⁶⁶⁴ debía ser capaz de provocar a una violencia física e inmediata. Este extremo acostumbraba a desprenderse implícitamente de los razonamientos del Tribunal. Pero en relación a las excepciones destaca *Erbakan c. Turquía* (2006), puesto que se trata de la primera vez que el Tribunal determina que no quedaba acreditado que “*el discurso en cuestión diera lugar a un "riesgo actual" [risque actuel] y a un peligro "inminente" [danger imminent] para la sociedad*”¹⁶⁶⁵. A pesar de otros pronunciamientos posteriores que no van tan lejos¹⁶⁶⁶, en *Savva Terentyev c. Rusia* (2018) el Tribunal se refiere al potencial del discurso para provocar cualquier tipo de violencia y que suponga, nuevamente, un peligro claro e inminente (*clear and present danger*)¹⁶⁶⁷. Con todo, esto no debe llevar a equívocos. El Tribunal no ha adoptado formalmente ninguna contribución que ya formulara otrora Oliver Wendell Holmes como juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos¹⁶⁶⁸. Según LÓPEZ GUERRA, el enfoque del Tribunal de Estrasburgo es ciertamente más complejo. El Tribunal atiende a una serie de factores que convergen unos con otros, como puedan ser la «intensidad de la incitación a la violencia», la «existencia de una situación de confrontación social» y el «medio mediante el cual la expresión en cuestión se lleva a cabo»¹⁶⁶⁹. En relación a los factores que se tienen en cuenta para definir los contornos que conceptúan el discurso de odio, mención aparte merece *Perinçek c. Suiza* (2015), puesto que reflejó la importancia

¹⁶⁶³ TULKENS, «When to say is to do», pp. 280-282.

¹⁶⁶⁴ Nótese, como se desarrollará más adelante, que el discurso de odio se había venido equiparando con la incitación a la violencia por parte del Tribunal de Estrasburgo. Este lineamiento más tradicional ha sido superado –o, como veremos, desbordado– en *Féret c. Bélgica* (2009) y, sobre todo, en *Vejdeland y otros c. Suecia* (2012). Véase: STEDH, *Féret c. Bélgica*, 12 de julio de 2009; STEDH, *Vejdeland y otros c. Suecia*, 9 de febrero de 2012.

¹⁶⁶⁵ STEDH, *Erbakan c. Turquía*, 6 de julio de 2006, § 68 (traducción propia).

¹⁶⁶⁶ Para un resumen con ejemplos más recientes de sentencias [*Soulas y otros c. Francia* (2008); *Leroy c. Francia* (2008); *Dmitriyevskiy c. Rusia* (2017); y *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* (2018)] donde el Tribunal se refiere de forma clara a la necesidad que el discurso del odio sea capaz de provocar violencia física e inmediata contra un colectivo, véase DIEZ BUESO, “Discurso del odio en las redes sociales”, pp. 53-54. Véase también: STEDH, *Soulas y otros c. Francia*, 10 de julio de 2008; STEDH, *Leroy c. Francia*, 2 de octubre de 2008; STEDH, *Dmitriyevskiy c. Rusia*, 3 de octubre de 2017; STEDH, *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, 13 de marzo de 2018.

¹⁶⁶⁷ STEDH, *Savva Terentyev c. Rusia*, 18 de agosto de 2018, § 84.

¹⁶⁶⁸ Ampliamente, véase el apartado «1.4.1. Tendencias político-criminales. Especial atención al modelo agravatorio de pena en el sistema de justicia estadounidense y los medios de control constitucional a su alcance» del *Bloque I*.

¹⁶⁶⁹ LÓPEZ GUERRA, *El Convenio Europeo*, p. 241.

que el Tribunal otorga al «contexto» de lo expresado para llegar a valorar si lo expresado constituía o no incitación¹⁶⁷⁰. Además del contexto¹⁶⁷¹, WEBER apuntaba ya en su conocido *Manual on hate speech* (2009) a la «intención» u «objetivo perseguido» por el demandante¹⁶⁷² y al «contenido» de lo expresado¹⁶⁷³.

A pesar de todo lo dicho hasta ahora, lo cierto es que no hace falta siquiera un llamado a uno u otro acto violento o delictivo. Los ataques a personas a través de insultos, la ridiculización o la difamación dirigida a grupos específicos de la población también pueden elevar el comentario a la categoría de discurso de odio¹⁶⁷⁴, requiriéndose que se pongan en marcha medidas positivas de acción (p.ej.: investigar los hechos) por parte de

¹⁶⁷⁰ En detalle, sobre una puesta en contexto amplia de los hechos a examen, véase STEDH, *Perinçek c. Suiza*, 15 de octubre de 2015, §§ 242-250. A lo largo de este apartado se irá procurando en diferentes momentos un entendimiento más amplio acerca de esta lectura contextual de los hechos a la luz de diferentes pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo. En general, si antes hemos dicho que el Tribunal venía arrastrando una relativa falta de apoyos en textos internacionales para delimitar el discurso de odio, esto ha dado un vuelco de un tiempo a esta parte. No hay más que observar *Perinçek c. Suiza* (2015), *Stomakhin c. Rusia* (2018) o *Savva Terentyev c. Rusia* (2018), que junto al derecho interno aplicable al caso incorporan bloques detallados sobre instrumentos internacionales o regionales europeos que, mayormente, ponen de relieve directrices que apuntan a valorar correctamente el contexto y las circunstancias atinentes al caso. Véase: STEDH, *Perinçek c. Suiza*, 15 de octubre de 2015, §§ 52-90; STEDH, *Stomakhin c. Rusia*, 9 de mayo de 2018, §§ 70-72; STEDH, *Savva Terentyev c. Rusia*, 18 de agosto de 2018, §§ 34-40.

¹⁶⁷¹ Según WEBER, en lo concerniente al contexto habrán de observarse aspectos como: (i) el rol/estatus del demandante (p.ej.: político, periodista o funcionario público); (ii) el estatus de las personas a las que se dirigen los comentarios (p.ej.: políticos, personas privadas o gobierno, funcionarios públicos, pero teniendo en cuenta también el comportamiento de la parte perjudicada antes de que el demandante expresara ciertas ideas); (iii) la forma de la expresión, el medio de difusión y el impacto potencial de lo declarado (p.ej.: prensa escrita, medios audiovisuales, formas de expresión artísticas como la poesía o la sátira y el lugar de difusión); y (iv) la naturaleza y gravedad de la intromisión (p.ej.: sanción penal impuesta, como la multa o la pena de prisión, que es desproporcionada, la existencia de medios alternativos que causaran una intromisión menor en el derecho a la libertad de expresión, la actuación consistente de los Estados con respecto a un tipo de discurso que previamente han tolerado, etc.), si bien este es un criterio que no ha sido decisivo ni a veces siquiera necesario a ojos del Tribunal. WEBER, *Manual* (2009), pp. 43-46.

¹⁶⁷² En este punto, la cuestión clave que debe atender el Tribunal es si el demandante pretendía difundir ideas y opiniones racistas, valiéndose de la incitación al odio, o si trataba de informar al público sobre un asunto de interés público. En el primero de los supuestos las autoridades nacionales gozarían de un margen de apreciación más amplio para valorar la injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión. En el segundo, en cambio, el Tribunal suele concluir que tal injerencia no era necesaria en una sociedad democrática. Para TULKENS la intención es, al combinarse con el factor contextual, la que imprime la fuerza pragmática al discurso (p.ej.: su capacidad de convencer, de guiar/dirigir al público, de incitar a cometer a ese público un acto, etc.). Véase: WEBER, *Manual* (2009), pp. 33-35; TULKENS, «When to say is to do», pp. 288-289.

¹⁶⁷³ El Tribunal apenas permite que se restrinja la libertad de expresión en el ámbito del discurso político o de los asuntos de interés público general. En cuanto a discursos de carácter religioso, el Tribunal concede un mayor margen de apreciación a los Estados, si bien entiende que éstos estarían legitimados a incorporar una obligación en el sentido de evitar expresiones que sean gratuitamente ofensivas hacia otros. Por último, habría que distinguir las afirmaciones de hecho de los juicios de valor. Estos últimos, aunque no admitan prueba para ser corroborados, deben tener una base fáctica suficiente en que apoyarse. WEBER, *Manual* (2009), pp. 35-37.

¹⁶⁷⁴ Nótese que en *Garaudy c. Francia* (2003), el Tribunal situaría el negacionismo del Holocausto en la órbita de «una de las formas más graves de difamación racial y de incitación al odio contra los judíos». TEDH, *Garaudy c. Francia* (solicitud núm. 64496/17; decisión de inadmisibilidad), 7 de julio de 2003 (traducción propia).

las autoridades nacionales. Esta doctrina fijada inicialmente en *Féret c. Bélgica* (2009) y *Vejdeland y otros c. Suecia* (2012)¹⁶⁷⁵, sería más tarde absorbida por el entorno comisivo online en *Delfi AS c. Estonia* (2015) o –más claramente– en *Beizaras y Levickas c. Lituania* (2020)¹⁶⁷⁶, entre otras resoluciones de interés¹⁶⁷⁷. La mera estigmatización del colectivo, persona interpuesta mediante y a través de diferentes formas del habla ofensivas, caen potencialmente¹⁶⁷⁸ dentro de los mismos parámetros que la incitación a la violencia. Se trata, más allá de que el contenido de lo verbalizado represente la más viva expresión de odio, que la fórmula empleada (p.ej.: insultos o búsqueda de la difamación o del escarnio) sea ofensiva hasta el punto¹⁶⁷⁹ de equipararse con la persuasión

¹⁶⁷⁵ Véase: STEDH, *Féret c. Bélgica*, 12 de julio de 2009, § 73; STEDH, *Vejdeland y otros c. Suecia*, 9 de febrero de 2012, § 55. Véase también STEDH, *E.S. c. Austria*, 15 de octubre de 2018, § 57.

¹⁶⁷⁶ Véase: STEDH, *Delfi AS c. Estonia*, 16 de junio de 2015, §§ 153 y 159; STEDH, *Beizaras y Levickas c. Lituania*, 14 de enero de 2020, § 125. En lo sucesivo, las remisiones constantes que se harán a este caso deben entenderse realizadas a la traducción al castellano facilitada desde el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Gobierno de España. Enlace: https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/normativa/jurisprudencia/STEDH_14012020_CASE_OF_BEIZARAS_AND_LEVICKAS_v_LITHUANIA.pdf (último acceso: 13/02/2021).

¹⁶⁷⁷ Véase también *Smajić c. Bosnia y Herzegovina* (2018), dado que se analizará más adelante y apunta también a esta misma doctrina aplicada al ámbito online. En *Lilliendahl c. Islandia* (2020) es la primera vez que el Tribunal se prodiga un poco más en detalles respondiendo a la pregunta acerca de si unos comentarios en concreto constituirían discurso de odio según el *case-law* desarrollado por el propio Tribunal. En concreto, el Tribunal realiza una taxonomía de los discursos odiosos, refiriéndose primero a las formas «más graves» de discurso de odio y después a las formas «menos graves» de discurso de odio. Sobre las primeras, el Tribunal las sitúa en la órbita del art. 17 del CEDH, por lo que se sustraen del ámbito aplicativo del art. 10 del CEDH. Sobre las segundas, el Tribunal no considera que estén del todo fuera de la protección del art. 10 del CEDH, pero permite a los Estados que restrinjan el derecho a la libertad de expresión. En esta posición se encuentran tanto los discursos que llaman explícitamente a la violencia (u otros actos delictivos) como los ataques personales cometidos al insultar, ridiculizar o difamar a grupos específicos de la población. En este caso que le ocupa, el Tribunal de Estrasburgo se posiciona en línea con el Tribunal Supremo islandés, puesto que los comentarios online que derivan de los hechos examinados fueron “*graves, duramente hirientes y perjudiciales*”. Y así, prosigue, “*el uso de los términos kynvilla (desviación sexual) y kynvillingar (desviados sexuales) para describir a las personas homosexuales, especialmente cuando se unen a la clara expresión de repugnancia, hacen que los comentarios (...) promuevan la intolerancia y la detestación de las personas homosexuales*”. El Tribunal considera que quedaba claro que los comentarios en cuestión, «vistos en su fondo y forma» (*viewed on their face and substance*), se correspondían con una de las formas «menos graves» de discurso de odio. En concreto, con la que se correspondería con ataques personales cometidos al insultar, ridiculizar o difamar a grupos específicos de la población. Véase: TEDH, *Smajić c. Bosnia y Herzegovina* (solicitud núm. 48657/16; decisión de inadmisibilidad), 16 de enero de 2018; TEDH, *Lilliendahl c. Islandia* (solicitud núm. 29297/18; decisión de inadmisibilidad), 12 de mayo de 2020, §§ 33-40 (traducción propia).

¹⁶⁷⁸ Nótese que el insulto, la ridiculización o la difamación en forma de discurso contra determinados colectivos, esto es, el discurso odioso (*hateful speech*), puede –pero no necesariamente tiene que– quedar fuera de la protección que otorga el art. 10.1 del CEDH. Por tanto, no estamos hablando de una exclusión categórica de un tipo de discurso de la protección del Convenio (*exclusionary approach*). Por esta razón, no existe la carga de categorizar este tipo de discurso de antemano para determinar su exclusión, sino que será preciso realizar un análisis más complejo y caso a caso (*justification approach*). En esta línea, véase OSTER, *Media freedom*, p. 233.

¹⁶⁷⁹ Por ejemplo, en *Vejdeland y otros c. Suecia* (2012) se evaluaron acusaciones que fueron consideradas, a juicio del Tribunal, como “*graves y perjudiciales*” para el colectivo homosexual. De hecho, el TEDH ratifica la condena impuesta por el Tribunal Supremo sueco, para el que los acusados habían sido responsables de un delito de agitación contra grupos y colectivos por medio de discursos de amenaza y desprecio por motivo de su orientación sexual. El Tribunal Supremo sueco, en concreto, se refería a ciertas

a la violencia física, inmediata y actual de las masas¹⁶⁸⁰. En este último caso también se predica el componente ofensivo del discurso, si bien la peligrosidad del mismo radica indudablemente en una fase más adelantada del paso al acto. Desde otra perspectiva, el Tribunal parece reconocer como discurso de odio aquel capaz de promover a largo plazo –y de forma imprevisible– una respuesta violenta contra un colectivo. En definitiva, un discurso que, al margen de posibles actos a pequeña escala que puedan derivarse del mismo, no es percibido por el colectivo sobre el que impacta como una amenaza real o que comprometa –más si cabe– su situación de vulnerabilidad. Es una amenaza velada y espaciada en el tiempo, pero cuya incidencia a futuro está por ver ya que no se descarta su carácter destructivo. El Tribunal nos propone así un umbral de sancionador que radicaría incluso por debajo de la incitación indirecta.

En este punto, es harto evidente que existe una tensión irresuelta entre aquellos actos de habla que estigmatizan –mediante el insulto, la ridiculización o la difamación– de forma grave y perjudicial a ciertos colectivos, y que por tanto se homologan a la incitación al odio según el Tribunal de Estrasburgo (*hate speech*), y aquellos otros discursos que incluyan ideas meramente chocantes, inquietantes u ofensivas, amparados como tal por la libertad de expresión (*offensive speech*)¹⁶⁸¹. Al parecer, el Tribunal estaría desbordando su propio molde originario que equiparaba –y hacía indistinguible– la incitación a la violencia con el discurso de odio. ROLLNERT LIERN se refiere a un estándar de discurso de odio que, de abrirse tanto, ha acabado por desvirtuarse. O, como también se refiere este mismo autor, estaríamos asistiendo a la «disolución o deconstrucción del umbral de la incitación»¹⁶⁸².

obligaciones exigibles a la ciudadanía como la de evitar, en la medida de lo posible, realizar declaraciones injustificada o innecesariamente ofensivas y denigrantes para el colectivo homosexual. Véase: STEDH, *Vejdeland y otros c. Suecia*, 9 de febrero de 2012, §§ 15 y 57.

¹⁶⁸⁰ La jueza ucraniana Yudkivska, que emitió un voto particular concurrente al fallo de *Vejdeland y otros c. Suecia* (2012), entendía que existe una «delgada línea» entre el abuso/agresión verbal (*verbal abuse*) y la incitación a la violencia. Una línea que, en su opinión, se entrecruza cuando el abuso/agresión verbal tienen el potencial de ir ganando cierta credibilidad y precipitar agresiones futuras. En estos casos, no basta con la simple ponderación de intereses en juego, sino que directamente no debe considerarse lo expresado como discurso protegido por la libertad de expresión. STEDH, *Vejdeland y otros c. Suecia*, 9 de febrero de 2012, §§ 8-9 (voto concurrente de la jueza Yudkivska, al que se suma el juez Villiger).

¹⁶⁸¹ Ampliamente citada a este respecto podría considerarse la sentencia del caso *Handyside c. Reino Unido* (1976), en la medida que contempla que la libertad de expresión se aplica “no sólo a la información o a las ideas favorablemente recibidas o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a las que ofenden, conmocionan o perturban al Estado o a cualquier sector de la población”. STEDH, *Handyside c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, § 49 (traducción propia).

¹⁶⁸² Un umbral que, insiste este autor, viene marcado por los estándares internacionales sobre la materia (art. 20.2 del PIDCP). El sentido incitador del discurso de odio, como único sentido posible, ayudaría a ganar en seguridad jurídica y a evitar una posible trayectoria errátil de los pronunciamientos del Tribunal

En este sentido, se estarían desbordando los contornos del discurso de odio como incitación, lo que trae consigo una zona gris en la que reina la incertidumbre sobre el carácter ofensivo/infamante de lo expresado o, en cambio, el carácter prejuicioso/discriminatorio¹⁶⁸³ –y, por tanto, odioso (en tanto se equipara a la incitación y constituye discurso de odio)– de lo expresado. Es decir, la predictibilidad se difumina y se abre paso la duda entre lo protegido y lo expuesto a restricciones. Según RAINEY/McCORMICK/OVEY, la «línea divisoria» que traza el Tribunal es tan fina que irremediablemente nos vemos obligados a poner en valor todas las circunstancias atinentes al caso¹⁶⁸⁴. Aquí irrumpe con fuerza el factor contextual¹⁶⁸⁵, lo que fuerza al Tribunal a observar la casuística que se genere dentro de las diferentes parcelas de expresión protegidas (p.ej.: discurso inserto dentro de la crítica política¹⁶⁸⁶, discurso como resultado de la creación artística, etc.); y, de este modo, a tratar de inferir un resultado (p.ej.: violencia, hostilidad o discriminación) a base de extrapolar estándares ceñidos a

sobre la materia. Sólo así se obliga al Tribunal a entrar a razonar debidamente ciertos elementos: (1) intensidad del sentimiento de odio; (2) promoción activa e intencional de una reacción de la audiencia en forma de violencia, discriminación o de odio proyectado en comportamientos (hostilidad); y (3) probabilidad o riesgo de que se produzca ese resultado en un determinado contexto con una cierta intermediación temporal. En detalle, véase, ROLLNERT LIERN, “El discurso del odio”, pp. 103-106.

¹⁶⁸³ Nótese que, recientemente, el Tribunal se ha referido a esta modalidad de discurso de odio (es decir, el discurso referente a ataques a la persona cometidos al insultar, ridiculizar o difamar a grupos específicos de la población) como discurso prejuicioso/discriminatorio (*prejudicial speech*). TEDH, *Lilliendahl c. Islandia* (solicitud núm. 29297/18; decisión de inadmisibilidad), 12 de mayo de 2020, § 36.

¹⁶⁸⁴ RAINEY/McCORMICK/OVEY, *The European Convention*, p. 499.

¹⁶⁸⁵ No obstante, según ha declarado el Tribunal en *Lilliendahl c. Islandia* (2020), los casos que éste ha tratado y que han estado vinculados con ataques a la persona cometidos al insultar, ridiculizar o difamar a grupos específicos de la población y, como tales, llegando a equipararse en gravedad a la incitación y constituir así discurso de odio, se habrían apoyado para llegar a esa conclusión en “una evaluación del contenido de la expresión [content of the expression] y de la forma en que se ha emitido [manner of its delivery]”. TEDH, *Lilliendahl c. Islandia* (solicitud núm. 29297/18; decisión de inadmisibilidad), 12 de mayo de 2020, §§ 36-37 (traducción propia).

En relación al contexto, este factor clave también se pone de manifiesto en diferentes pronunciamientos del Tribunal, como por ejemplo en *Savva Terentyev c. Rusia* (2018): “Sólo mediante un examen cuidadoso del contexto en el que aparecen las palabras ofensivas, insultantes o agresivas se puede establecer una distinción significativa entre el lenguaje chocante y ofensivo que está protegido por el artículo 10 del Convenio y el que pierde su derecho a la tolerancia en una sociedad democrática (...). La cuestión clave (...) es, por tanto, si las declaraciones del demandante, leídas en su conjunto y en su contexto, pueden considerarse como una promoción de la violencia, el odio o la intolerancia”. STEDH, *Savva Terentyev c. Rusia*, 18 de agosto de 2018, § 69 (traducción propia).

¹⁶⁸⁶ La importancia de la expresión política es un estándar de protección cualificado. Como tal, en la medida en que unos hechos se vinculen al discurso político, la situación que se le presenta al Tribunal vendrá condicionada de partida. Existe muy poco margen para restringir la expresión política, exigiéndose razones de peso que así lo justifiquen. Entre otras muchas, sirva de muestra este breve pronunciamiento del Tribunal en *Stomakhin c. Rusia* (2018): “[E]s de vital importancia que las autoridades nacionales adopten un enfoque cauteloso a la hora de determinar el alcance de los delitos de “incitación al odio” y que interpreten estrictamente las disposiciones legales pertinentes con el fin de evitar una injerencia excesiva bajo el pretexto de las acciones emprendidas contra la “incitación al odio”, cuando dichas acusaciones se presentan por una mera crítica al Gobierno, a las instituciones del Estado y a sus políticas y prácticas”. STEDH, *Stomakhin c. Rusia*, 9 de mayo de 2018, § 117 (traducción propia).

las circunstancias del caso dentro de la parcela discursiva en que fueron aplicados. En definitiva, la mirada del Tribunal se subjetiva hasta el punto de, según qué casos, hacer imprevisible la respuesta que dará a unos hechos que se sitúen al límite entre lo meramente ofensivo y lo odioso.

La variable contextual ha sido ampliamente tratada en la doctrina del Tribunal¹⁶⁸⁷, no resultando en modo alguno novedosa. Otra cosa es que se haya revalorizado en los últimos tiempos como ya hemos tenido ocasión de referirnos anteriormente, hasta el punto de fiarlo todo a la casuística concreta. El Tribunal de Estrasburgo, salvo que estuviera ante constelaciones de discursos claramente racistas, xenófobos o negacionistas¹⁶⁸⁸, siempre ha venido ponderando los intereses en juego (*balancing approach*; art. 10 del CEDH) con especial celo a la hora de construir y valorar el contexto en que nacen o se desarrollan unos hechos. Basta con observar la influyente decisión recaída en *Jersild c. Dinamarca* (1994)¹⁶⁸⁹. En concreto, el Tribunal rehúye la idea de una prohibición de contenidos (art. 17 del CEDH) y entra a realizar un análisis circunstanciado conforme al art. 10 del CEDH.

Brevemente, los hechos se pueden resumir de la siguiente manera. Jens Olaf Jersild era un periodista danés que trabajaba para *Danmarks Radio*, una corporación que emitía tanto emisiones radiofónicas como televisivas. Entre estas últimas se encontraba el *Sunday News Magazine*, que abordaba cuestiones sociales y políticas en general, y para el que el Sr. Jersild decide entrevistar a tres miembros de un grupo extremista autodenominado como «Chaquetas/Cazadoras Verdes» (*Grønjakkerne*). Durante la

¹⁶⁸⁷ Por ejemplo, en *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* (2018) el Tribunal deduce de la quema de una foto de los Reyes de España frente al Ayuntamiento de Girona, con motivo de la visita institucional del Rey a esa localidad en 2007, que el acto orquestado llevó aparejado un discurso con tintes simbólicos y estrechamente emparentado a la crítica política. Se trataba de una expresión de rechazo a la monarquía como institución, realizada eso sí a través de referencias personalizadas en la figura del Rey. Este razonamiento lleva al Tribunal a descartar una posible incitación a la violencia o discurso de odio, puesto que este extremo “no se puede inferir de un examen conjunto de los elementos utilizados para la puesta en escena y del contexto en el que el acto se ha producido”. Precisamente, esa puesta en escena que condujo a la quema de la foto del Rey se tilda de «provocadora», entendiéndolo el Tribunal que era un medio –tan válido como cualquier otro– para llamar la atención de los medios de comunicación. En suma, no dejaría de ser “una forma de expresión de una opinión en el marco de un debate sobre una cuestión de interés público, a saber, la institución de la monarquía”. STEDH, *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, 13 de marzo de 2018, §§ 38-41.

¹⁶⁸⁸ En este caso sería un tipo de discurso que el Tribunal directamente sustrae del ámbito aplicativo del art. 10 del CEDH, acudiendo al art. 17 del CEDH. Es un tipo de discurso que no tiene cabida en un debate democrático, por lo que se extirpa de raíz sin mayores consideraciones.

¹⁶⁸⁹ STEDH, *Jersild c. Dinamarca*, 23 de septiembre de 1994.

retransmisión televisiva de la entrevista, estos jóvenes profirieron proclamas racistas contra personas negras e inmigrantes, apostando por una Dinamarca libre de ellos¹⁶⁹⁰.

El TEDH, aunque dividido y asegurando ser plenamente consciente de la importancia que cobraba combatir la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones, implementa un análisis contextual amplio¹⁶⁹¹. Entre otros aspectos, se alude a que la entrevista realizada se enmarcaba dentro de “*un programa de noticias danés serio*”, estando destinado a “*una audiencia bien informada*”. Además se argumenta la ausencia de propósito alguno por parte del periodista de brindar un espacio para propagar visiones e ideas racistas¹⁶⁹². De hecho, el periodista parece distanciarse de los entrevistados al presentarlos como «un grupo de jóvenes extremistas» que apoyaban al *Ku Klux Klan*, al referirse a los antecedentes penales de los mismos, e incluso a refutar ciertas declaraciones racistas vertidas¹⁶⁹³. Partiendo de este caso, pero examinado también otros como *Gündüz c. Turquía* (2003)¹⁶⁹⁴ y *Erbakan c. Turquía* (2006)¹⁶⁹⁵, OETHEIMER destaca el papel crucial del contexto en todos ellos, hasta el punto de que algunas voces discordantes con la decisión adoptada cuestionaban en sus respectivos votos que el

¹⁶⁹⁰ Así, el caso se sustentaba sobre una condena por complicidad de un periodista ejerciendo su función de entrevistador con esos mismos jóvenes a los que entrevistaba. De hecho, a juicio del Tribunal y dada la particular singularidad del caso, una eventual condena por haber servido de plataforma para que terceros se manifiesten y contribuyan a discusiones sobre asuntos de interés público sería desaconsejable. Por ello, entiende, debían existir razones de peso –o especialmente intensas– que hicieran aconsejable una condena como la que efectivamente hubo (multa de 1000 coronas danesas).

¹⁶⁹¹ Según se avanza, el Tribunal tendría en cuenta “(...) *cómo se preparó la presentación de las Chaquetas/Cazadoras Verdes, sus contenidos, el contexto en el que se emitió y el propósito del programa* (...). [U]n factor importante en la evaluación del Tribunal será si el tema en cuestión, considerado en su totalidad, parece desde un punto de vista objetivo haber tenido como propósito la propagación de visiones e ideas racistas”. STEDH, *Jersild c. Dinamarca*, 23 de septiembre de 1994, § 31 (traducción propia).

¹⁶⁹² En concreto, se reproduce a continuación una consideración significativa del Tribunal al respecto: “*Cabe señalar que la introducción del presentador de televisión comenzó con una referencia a un reciente debate público y a comentarios de la prensa sobre el racismo en Dinamarca, invitando así al espectador a ver el programa en ese contexto. Continuó anunciando que el objetivo del programa era abordar aspectos del problema, identificando a ciertos individuos racistas y retratando su mentalidad y antecedentes sociales. No hay razón para dudar de que las entrevistas posteriores cumplieron ese objetivo. Tomado en su conjunto, el programa objetivamente no parece haber tenido como propósito la propagación de opiniones e ideas racistas. Por el contrario, claramente buscó –mediante una entrevista– exponer, analizar y explicar a este particular grupo de jóvenes, limitados y frustrados por su situación social, con antecedentes penales y actitudes violentas, abordando así aspectos específicos de un asunto que ya entonces era de gran preocupación pública*”. STEDH, *Jersild c. Dinamarca*, 23 de septiembre de 1994, § 33 (traducción propia).

¹⁶⁹³ STEDH, *Jersild c. Dinamarca*, 23 de septiembre de 1994, § 34.

¹⁶⁹⁴ STEDH, *Gündüz c. Turquía*, 4 de diciembre de 2003.

¹⁶⁹⁵ STEDH, *Erbakan c. Turquía*, 6 de julio de 2006.

Tribunal hubiera concedido una importancia tan alta al contexto¹⁶⁹⁶ en comparación con la que se otorgaba al contenido del discurso¹⁶⁹⁷.

Lo que parece claro es que, según se indica en *Ashby Donald y otros c. Francia* (2013), el art. 10 del Convenio está «destinado a aplicarse» a la comunicación expresiva online, con independencia del tipo de mensaje que se transmita (p.ej.: mensaje de texto, fotografía, etc.)¹⁶⁹⁸. Esta aplicación del art. 10 del Convenio a las comunicaciones online vendrá también referida a los archivos que se almacenan y perduran en la red¹⁶⁹⁹. Más consolidada si cabe es la aplicación horizontal del art. 10 del Convenio, siendo exigible al Estado un deber positivo de protección que se haga extensible a las relaciones privadas entre particulares¹⁷⁰⁰. Asimismo, debe recordarse que no sólo queda protegido el fondo

¹⁶⁹⁶ A modo de ejemplo, en *Jersild c. Dinamarca* (1994), algunos jueces se refieren –en un voto conjunto– a la imperiosa necesidad de que hubiera existido por parte del presentador una declaración clara de desaprobación. De hecho, aunque la mayoría del Tribunal así lo entendiera vista la entrevista en su contexto, ello no deja de ser una mera interpretación de comentarios crípticos (*interpretation of cryptic remarks*). Una interpretación que, en opinión de firmantes del voto, estaría concediendo un peso menor del deseado a la protección de las minorías. De hecho, nadie puede desmentir que parte del público efectivamente hubiera encontrado un apoyo a sus prejuicios racistas a raíz de la emisión de la entrevista. STEDH, *Jersild c. Dinamarca*, 23 de septiembre de 1994 (voto discordante conjunto de los jueces Ryssdal, Bernhardt, Spielmann y Loizou).

¹⁶⁹⁷ En cualquier caso, según OETHEIMER, la variable contextual puede entenderse desplegada en dos direcciones –o fases consecutivas– importantes a la hora de ponderar intereses. En primer lugar, dado que la doctrina del Tribunal se aplica desde un enfoque casuístico (*case-by-case approach*), se valoran elementos tales como quién es el emisor del discurso, el medio y la forma discursiva empleada, o el impacto del discurso sobre la audiencia. En segundo lugar, el contexto será clave también para valorar la proporcionalidad de la sanción impuesta (*proportionality of sentence*). En detalle, véase OETHEIMER, “Protecting freedom of expression”, pp. 438-443.

¹⁶⁹⁸ STEDH, *Ashby Donald y otros c. Francia*, 10 de enero de 2013, § 34.

¹⁶⁹⁹ Según consta en *Times Newspapers LTD (Nos. 1 y 2) c. Reino Unido* (2009), a través de este tipo de archivos se promueve el acceso a la información general al tiempo que se facilita su diseminación. De hecho, acudiendo ahora a *Ahmet Yildirim c. Turquía* (2012), nada sorprende que el art. 10 del Convenio garantice el derecho a recibir información y no sólo a impartirla. Ello explicaría por qué quedan protegidos los medios de difusión (*means of dissemination*) de la información además del contenido de la misma. Véase: STEDH, *Times Newspapers LTD (Nos. 1 y 2) c. Reino Unido*, 10 de marzo de 2009, § 27; STEDH, *Ahmet Yildirim c. Turquía*, 18 de diciembre de 2012, § 50.

¹⁷⁰⁰ Esto queda patente en algunos pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo a comienzos de siglo [véase *Özgür Gündem c. Turquía* (2000) y *Appleby y otros c. Reino Unido* (2003)]. En concreto, en ellos se detalla lo siguiente: “*El ejercicio real y efectivo de esta libertad [libertad de expresión] no depende únicamente del deber del Estado de no interferir, sino que puede requerir medidas positivas de protección, incluso en el ámbito de las relaciones entre particulares*”. Y en cuanto a la obligación positiva de protección en este ámbito privado, el Tribunal determina lo siguiente: “[D]ebe tenerse en cuenta el justo equilibrio que debe alcanzarse entre el interés general de la comunidad y los intereses del individuo, cuya búsqueda es inherente a todo el Convenio [CEDH]. El alcance de esta obligación variará inevitablemente, habida cuenta de la diversidad de situaciones que se dan en los Estados contratantes, de las dificultades que entraña la vigilancia de las sociedades modernas y de las opciones que deben tomarse en términos de prioridades y recursos. Esta obligación tampoco debe interpretarse de manera que imponga una carga imposible o desproporcionada a las autoridades”. Véase: STEDH, *Özgür Gündem c. Turquía*, 16 de marzo de 2000, § 43 (traducción propia); STEDH, *Appleby y otros c. Reino Unido*, 6 de mayo de 2003, §§ 39-40 (traducción propia).

de las ideas que se expresan, sino también la forma en la que se expresan¹⁷⁰¹. Por mucho que se utilice un «tono polémico e incluso agresivo», esto no limita en modo alguno la protección que dispensa el Convenio en relación a la libertad de expresión. Todo lo contrario, ese tono bronco merece igual amparo que las ideas que transmite el mensaje¹⁷⁰². Además, unos comentarios online escritos en sentido hipotético (*hypothetical form*) también son potencialmente reconducibles, una vez examinados los elementos de contexto disponibles, a la categoría de discurso de odio¹⁷⁰³.

c) La relevancia del medio (forum of the expression)

En la decisión sobre la admisibilidad del caso *Purcell y otros c. Irlanda* (1991), la Comisión Europea de Derechos Humanos, como instancia encargada que era entonces de cribar los casos que lograban ser analizados por la Corte Europea de Derechos Humanos, adelantó lo que era todo un secreto a voces. Los medios de comunicación de masas, fueran

¹⁷⁰¹ Entre otras, véase: STEDH, *Oberschlick c. Austria*, 23 de mayo de 1991, § 57; STEDH, *Jersild c. Dinamarca*, 23 de septiembre de 1994, § 31.

¹⁷⁰² STEDH, *De Haes y Gijssels c. Bélgica*, 24 de febrero de 1997, § 48. La importancia de lo anterior en el mundo online es más que evidente, en la medida en que se tiene un bajo autocontrol o no se reprimen los impulsos emocionales. Se tiende a ser más desinhibido, más extremista/radical y más agresivo en las formas. Véase, sobre las razones que estarían detrás de lo anterior: VALERI, «Crossing the divide», pp. 273-275; en concreto, véase dos estudios clave –entre otros muchos– que cita esta autora (DIENER, “Deindividuation”, *passim*; MILGRAM, “Some conditions”, *passim*). Véase también el apartado «3.1.4. La eficacia del discurso de odio a través de las nuevas tecnologías: «lo que se dice» (acción online propia) y «lo que se hace» (consecuencia offline ajena)» *supra*.

¹⁷⁰³ En la decisión de inadmisibilidad de *Smajić c. Bosnia y Herzegovina* (2018), al Tribunal se le presentan unos hechos en que el demandante Abedin Smajić, abogado de profesión, había sido condenado por el delito de incitar al odio nacional, racial y religioso, a la discordia o a la intolerancia. Todo ello debido a que, entre enero y febrero de 2010, Smajić había publicado varios mensajes en un foro de acceso público en Internet. En esos mensajes hacía declaraciones describiendo las acciones militares que se emprenderían contra los pueblos y barrios serbios de la región del Distrito de Brčko, donde él vivía, en caso de guerra provocada por la secesión de la República Srpska. Esta última es una de las dos entidades políticas sub-estatales, junto con la Federación de Bosnia y Herzegovina, en que está constituida el estado moderno actual de la República de Bosnia y Herzegovina tras el tratado de paz de 1995 (Acuerdos de Dayton) que ponía fin a la guerra de Bosnia (1992-1995). Precisamente, el Distrito de Brčko es el único que se gobierna autónomamente, dado que está enclavado en el único lugar de enlace entre las dos partes que separan a la República Srpska, puesto que entre ellas se expande precisamente el territorio de la Federación de Bosnia y Herzegovina. A la República de Srpska, en concreto, se la denomina territorio serbiobosnio, por la cantidad de personas de etnia serbia que viven en ese territorio dentro de la propia Bosnia. Los comentarios de Smajić planteaban un escenario de guerra hipotética, que incluso en opinión del Tribunal de Apelación del Distrito de Brčko tenía pocos visos de materializarse. No obstante, el contenido de los mensajes online fue considerado por este tribunal interno como “una forma de diálogo muy inapropiada que promovía una estrategia de comportamiento [advocating a strategy of behaviour] hacia uno de los grupos étnicos del Distrito de Brčko”. Yendo más allá, consideró que “el demandante había utilizado expresiones altamente insultantes [highly insulting] para los miembros de un grupo étnico”. El Tribunal de Estrasburgo simplemente observó que los mensajes, incluso si habían sido escritos de forma hipotética por Smajić, “había tocado la tan delicada cuestión de las relaciones étnicas en la sociedad bosnia posterior al conflicto”. El Tribunal, en definitiva, entiende que el margen de apreciación nacional y el proceder de las autoridades bosnias corroboraban la procedencia de la condena conforme a la doctrina del Tribunal en materia de libertad de expresión. TEDH, *Smajić c. Bosnia y Herzegovina* (solicitud núm. 48657/16; decisión de inadmisibilidad), 16 de enero de 2018, §§ 36-39 (traducción propia).

audiovisuales (p.ej.: televisión) o radiofónicos (p.ej.: canales de radio)¹⁷⁰⁴, ostentaban un poder e influencia considerable en comparación con los medios impresos de comunicación (p.ej.: periódico). El mensaje que se difunde a través de los primeros disfruta del beneficio de la inmediatez, por lo que su impacto será mucho mayor que el de los medios impresos¹⁷⁰⁵. Ese impacto potencial –y más poderoso– del medio empleado es un «factor importante», según recoge el TEDH en *Jersild c. Dinamarca* (1994)¹⁷⁰⁶ o más tarde en *Murphy c. Irlanda* (2003)¹⁷⁰⁷, para evaluar la proporcionalidad de una interferencia en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión¹⁷⁰⁸.

Pues bien, por su capacidad de almacenar y transmitir información, el Tribunal se referiría más adelante a Internet como una herramienta aún más diferente –o, en sus palabras, «particularmente distinta»– a los medios impresos. Ello se debe a que cualquier contenido es potencialmente distribuido a cualquier parte del mundo de forma inmediata; y, además, por ser contenidos accesibles de forma casi instantánea, asincrónica y permanente. Al menos las dos últimas notas marcan distancia con respecto a los medios de comunicación de masas más tradicionales. Junto a lo anterior, no es menos cierto que Internet representa un medio único por sus posibilidades de interacción y dinamismo; es decir, los usuarios pueden generar contenido nuevo o simplemente reaccionar al de otros de forma indefinida. En breve, Internet es el foro de participación social más importante jamás desarrollado. Por ello, según se desprende de *Editorial Board of Pravoye Delo y Shtekel c. Ucrania* (2011), el riesgo de daño que el entorno virtual añade al ejercicio de algunos derechos y libertades superará ampliamente al que presentaban los medios

¹⁷⁰⁴ Nótese que, en adelante, en cada alusión a los medios de comunicación de masas audiovisuales (*audiovisual mass media*) deberá entenderse comprendida también la radio. Todo ello, claro está, salvando las distancias entre uno y otro canal que puedan entenderse relevantes a los efectos que aquí nos ocupan. Por ejemplo, parece claro que los medios audiovisuales, en un sentido más restringido y riguroso, “*tienden formas de transmitir a través de las imágenes significados que los medios impresos [y, podría añadirse, la radio] no son capaces de transmitir*” (STEDH, *Jersild c. Dinamarca*, 23 de septiembre de 1994, § 31; traducción propia).

¹⁷⁰⁵ COMISIÓN EUROPEA DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Purcell y otros c. Irlanda*, 16 de abril de 1991. La idea de que los medios audiovisuales «suelen tener» un efecto mucho más inmediato y poderoso que los medios impresos ha sido una idea muy recurrida en la doctrina del Tribunal de Estrasburgo (STEDH, *Jersild c. Dinamarca*, 23 de septiembre de 1994, § 31; STEDH, *Peck c. Reino Unido*, 28 de enero de 2003, § 62; STEDH, *Murphy c. Irlanda*, 10 de julio de 2003, § 69; STEDH, *Pedersen y Baadsgaard c. Dinamarca*, 17 de diciembre de 2004, § 79; STEDH, *Alpha Doryforiki Tileorasi Anonymi Etairia c. Grecia*, 22 de febrero de 2018, § 48; STEDH, *Rodina c. Letonia*, 14 de mayo de 2020, § 109).

¹⁷⁰⁶ STEDH, *Jersild c. Dinamarca*, 23 de septiembre de 1994, § 31.

¹⁷⁰⁷ STEDH, *Murphy c. Irlanda*, 10 de julio de 2003, § 69.

¹⁷⁰⁸ Recuérdese que la proporcionalidad de la medida se mide en función del fin perseguido. La desproporción, en su caso, revelaría que la medida no se considera necesaria en una sociedad democrática, por lo que contravendría el art. 10 del CEDH.

impresos¹⁷⁰⁹. Y, aunque el salto cualitativo sea relativamente menor, Internet también deja obsoletas las posibilidades de acción que ofrecían los medios de comunicación de masas que lo precedieron.

En cualquier caso, sería en *Ahmet Yildirim c. Turquía* (2012) que el Tribunal reconoce de forma nítida que Internet se ha convertido en uno de los «medios principales» al servicio de las personas y a través del cual ejercer los respectivos derechos a la libertad de expresión y de información. En concreto, la red de redes pone al alcance de todos nosotros «herramientas indispensables» a efectos de poder involucrarnos en debates de un interés público muy variado¹⁷¹⁰. Además del plano más comunicativo (p.ej.: servicios de mensajería instantánea), en *Times Newspapers LTD (Nos. 1 y 2) c. Reino Unido* (2009) el Tribunal aludiría años antes a la capacidad de Internet para almacenar grandes cantidades de información, lo que le otorgaba un «importante papel» tanto para mejorar el acceso del público a cualquier información como para facilitar su difusión¹⁷¹¹. El contenido que está y/o fluye en la red sin duda ayudar a conformar una opinión pública más plural y libre.

Tanto la actividad expresiva generada por el propio usuario como el rastro que a veces se almacena y queda accesible online llevan al Tribunal en *Delfi AS c. Estonia* (2015) a referirse a Internet como «plataforma inédita» (*unprecedented platform*) para el ejercicio

¹⁷⁰⁹ STEDH, *Editorial Board of Pravoye Delo y Shtekel c. Ucrania*, 5 de mayo de 2011, § 63. Véase otras referencias en: STEDH, *Węgrzynowski y Smolczewski c. Polonia*, 16 de julio de 2013, § 58; STEDH, *Delfi AS c. Estonia*, 16 de junio de 2015, § 133; STEDH, *Annen c. Alemania*, 26 de noviembre de 2015, § 66; STEDH, *Cicad c. Suiza*, 7 de junio de 2016, § 59; STEDH, *Arnarson c. Islandia*, 13 de junio de 2017, § 37; STEDH, *Egill Einarsson c. Islandia*, 7 de noviembre de 2017, § 46; STEDH, *M.L. y W.W. c. Alemania*, 28 de junio de 2018, § 91; STEDH, *Savva Terentyev c. Rusia*, 28 de agosto de 2018, § 79; STEDH, *Magyar Jeti Zrt c. Hungría*, 4 de diciembre de 2018, § 66; STEDH, *OOO Regnum c. Rusia*, 8 de septiembre de 2020, § 60; STEDH, *L.B. c. Hungría*, 12 de enero de 2021, § 62.

¹⁷¹⁰ STEDH, *Ahmet Yildirim c. Turquía*, 18 de diciembre de 2012, § 54. Véase otras referencias en: STEDH, *Cengiz y otros c. Turquía*, 1 de diciembre de 2015, § 49; STEDH, *Vladimir Kharitonov c. Rusia*, 23 de junio de 2020, § 33; STEDH, *OOO Flavus y otros c. Rusia*, 23 de junio de 2020, § 28; STEDH, *Engels c. Rusia*, 23 de junio de 2020, § 24; STEDH, *Bulgakov c. Rusia*, 23 de junio de 2020, § 28.

¹⁷¹¹ STEDH, *Times Newspapers LTD (Nos. 1 y 2) c. Reino Unido*, 10 de marzo de 2009, § 27. Véase otras referencias en: STEDH, *Ahmet Yildirim c. Turquía*, 18 de diciembre de 2012, § 48; STEDH, *Delfi AS c. Estonia*, 16 de junio de 2015, § 133; STEDH, *Annen c. Alemania*, 26 de noviembre de 2015, § 66; STEDH, *Kalda c. Estonia*, 19 de enero de 2016, § 44; STEDH, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete y Index.hu Zrt c. Hungría*, 2 de febrero de 2016, § 56; STEDH, *Cicad c. Suiza*, 7 de junio de 2016, § 59; STEDH, *Jankovskis c. Lituania*, 17 de enero de 2017, § 54; STEDH, *Arnarson c. Islandia*, 13 de junio de 2017, § 37; STEDH, *Egill Einarsson c. Islandia*, 7 de noviembre de 2017, § 46; STEDH, *Savva Terentyev c. Rusia*, 28 de agosto de 2018, § 79; STEDH, *Magyar Jeti Zrt c. Hungría*, 4 de diciembre de 2018, § 66; STEDH, *Kablis c. Rusia*, 30 de abril de 2019, § 81; STEDH, *Beizaras y Levickas c. Lituania*, 14 de enero de 2020, § 127; STEDH, *OOO Regnum c. Rusia*, 8 de septiembre de 2020, § 60.

de la libertad de expresión¹⁷¹². E inédita no sólo porque redimensiona el intercambio de ideas y refuerza los compromisos democráticos de nuestra era, sino porque posibilita también, como ya se ha comentado, una mayor circulación, alcance, inmediatez o disponibilidad de los discursos odiosos¹⁷¹³. Lógicamente, la capacidad de influencia potencial de un comentario online no siempre será la misma, aunque se cometa en Internet y este medio suponga un riesgo añadido *in abstracto* según nos hemos referido. En concreto, esta capacidad de influencia vendrá determinada por el alcance público que pueda preverse para la publicación a examen dentro del ecosistema de Internet¹⁷¹⁴.

En resumen, existen problemas de nuevo orden que se añaden a los preexistentes en medios tradicionales impresos, audiovisuales o radiofónicos. La revolución tecnológica renueva así las amenazas conocidas para la protección de los derechos fundamentales y, con ello, el Tribunal va dejando entrever que la efectividad de la nueva respuesta pasa por su reinención. En palabras de POLLICINO, parece justificarse que las restricciones a la libertad de expresión deban ser a partir de ahora «más ampliamente aceptadas». En definitiva, el Tribunal de Estrasburgo apuesta por una mayor flexibilidad limitadora de derechos como estrategia más lógica para poner freno a los nuevos retos que plantea Internet. Según entiende este autor, tras un análisis de casos muy variados, pero con el distintivo del entorno digital en común, Internet no sólo no ha reforzado el derecho a la libertad de expresión, sino que «ha creado más oportunidades» para que este derecho entre en conflicto con otros intereses dignos de protección. Además de ser un entorno propicio para observar intereses encontrados, el Tribunal parece optar por estrechar el cerco sobre el derecho a la libertad de expresión al incidir en más ocasiones sobre su naturaleza relativa¹⁷¹⁵. Y es que todo parece indicar que el Tribunal estaría incidiendo

¹⁷¹² STEDH, *Delfi AS c. Estonia*, 16 de junio de 2015, § 110. Escasos meses después, esta misma afirmación volvería a citarse en STEDH, *Cengiz y otros c. Turquía*, 1 de diciembre de 2015, § 52.

¹⁷¹³ STEDH, *Delfi AS c. Estonia*, 16 de junio de 2015, § 110.

¹⁷¹⁴ En *Savva Terentyev c. Rusia* (2018) se aclara que no será lo mismo el comentario publicado en una página web que recibe miles de visitas diarias que otro que, en principio, se asocia con un reducido número de lectores en potencia. Con todo, lo anterior también se presta a matices, como acabaría haciendo el Tribunal en *Beizaras y Levickas c. Lituania* (2020) que analizaremos en breve. Véase: STEDH, *Savva Terentyev c. Rusia*, 28 de agosto de 2018, § 79; STEDH, *Beizaras y Levickas c. Lituania*, 14 de enero de 2020, § 127.

¹⁷¹⁵ Téngase en cuenta que, al menos en este punto, no nos estaríamos refiriendo a una rebaja de los estándares de derechos humanos. Más bien podría hablarse, como se hará en breve, de que el Tribunal de Estrasburgo «hace ajustes» a su propia doctrina. En cualquier caso, lo que parece claro en materia de libertad de expresión es que a menudo estaremos ante un «juego de suma cero» (*zero-sum-game*). Es decir, una mejora o refuerzo en uno de los derechos en conflicto supondrá automáticamente una merma de protección en el otro. Ello, en sí mismo, no significa que se esté dando un retroceso en los estándares de ciertos derechos humanos. NUSSBERGER, *The European Court*, pp. 82-83.

menos en los beneficios de este derecho y mucho más en los riesgos que supone para la protección de otros derechos y libertades la existencia de una libertad de expresión más holgada –es decir, sin tantas constricciones– en Internet. Solo cuando existe un verdadero exceso en la limitación impuesta en comparación con el fin perseguido parece que el Tribunal pone coto al asunto y se vuelve menos permisivo con las restricciones a la libertad de palabra¹⁷¹⁶.

Desde otra lógica, pero dibujando un estado de la cuestión similar (o, al menos, complementario), encontramos a VAJÍC/VOYATZIS. Según estos autores, aunque el Tribunal para el año 2012 ya había examinado diferentes casos sobre libertad de expresión en la red y ponía en valor las características distintivas del canal en cuestión¹⁷¹⁷, lo cierto es que no había una comprensión «holística» sobre todo lo que involucra Internet. Existía, más bien, una visión fragmentada sobre cómo regular la libertad de expresión. En función de la categoría expresiva a la que se adscriba el discurso (p.ej.: discurso comercial, político, periodístico, artístico, etc.), tanto su valor como la respuesta que merece serán diferentes (*categories-based approach*). Se compartimenta todo, igual que sucede offline. El canal online, por más que tenga singularidades de fondo y se pongan de relieve, al final cae dentro de los mismos parámetros tradicionales construidos en torno al art. 10 del CEDH. Otra cosa es que, en su caso, se vayan realizando los «ajustes necesarios» al hilo de un *case-law* generado durante años. En todo caso, el Tribunal se ha mostrado reticente a reinventarse a sí mismo y, por tanto, a alterar su propia doctrina con la irrupción de Internet y las posibilidades que trae consigo este foro¹⁷¹⁸.

A propósito del cauce comisivo online y su naturaleza *sui generis*, el hecho de que el Tribunal de Estrasburgo no se reinvente por completo entra dentro de lo esperable si observamos su propia lógica interna. En concreto, la premisa de la que se parte es clara. El Tribunal no está formalmente obligado a seguir las sentencias previas recaídas en un ámbito concreto. No obstante, en aras de la seguridad jurídica, la previsibilidad, la igualdad ante la ley y, en definitiva, un desarrollo ordenado del *case-law*, el Tribunal entiende que no debe apartarse, sin motivo –convinciente– alguno, de sus propios

¹⁷¹⁶ En detalle, véase: POLLICINO/BASSINI, «Free speech, defamation», pp. 529-533; POLLICINO, *Freedom of expression* (2020), pp. 4-9; POLLICINO/SOLDATOV, «Judicial balancing», pp. 140-142; POLLICINO, *Judicial protection*, pp. 68-87.

¹⁷¹⁷ Nótese que ya se han ido mencionado algunas decisiones clave al respecto, como puedan ser *Times Newspapers LTD (Nos. 1 y 2) c. Reino Unido* (2009), *Editorial Board of Pravoye Delo y Shtekel c. Ucrania* (2011) o *Ahmet Yildirim c. Turquía* (2012).

¹⁷¹⁸ En detalle, véase VAJÍC/VOYATZIS, «The Internet and freedom of expression», pp. 391-407.

precedentes¹⁷¹⁹. Los motivos para apartarse de esa senda que viene dada y que afianza valores como la seguridad jurídica o la previsibilidad, enlazan con otro aspecto que para el Tribunal es también de «vital importancia». En concreto, el Tribunal en todo momento ha apostado por que el CEDH “*se interprete y aplique de manera que sus derechos sean prácticos y efectivos, y no teóricos e ilusorios*”¹⁷²⁰. Esto conecta con la caracterización del Convenio de instrumento vivo¹⁷²¹, habiendo de ser interpretando siempre atendiendo a las realidades y condiciones sociales cambiantes (principio de interpretación evolutiva y dinámica). Hay que responder “*a cualquier consenso emergente [entre los Estados miembro del CEDH] en cuanto a los estándares que deben alcanzarse*”¹⁷²². En definitiva, siempre ha de perseguirse la mayor efectividad posible en el despliegue de los derechos reconocidos por el Convenio. En el caso del despliegue de la libertad de expresión en Internet, el Tribunal parece optar por explorar y recorrer un camino intermedio. No hay una reinención completa ni, quizás, se logre la efectividad deseada o idealizada. Por el momento, parece como si al Tribunal le bastara con no desviarse demasiado del camino recorrido y, a su vez, como si se adaptara al novedoso entorno online a base de remiendos.

Lejos de demandar al Tribunal de Estrasburgo una reinención completa de su doctrina alrededor del art. 10 del CEDH, autores como ROWBOTTOM apuestan por complementar esta visión tradicionalista y continuista implementando una perspectiva digital. Esta perspectiva nos propone mirar más allá de los paradigmas que conocemos, pero sin abandonarlos. Es decir, la aproximación por categorías clásica debe quedar ahora salpicada por un entendimiento más amplio del problema. En concreto, el entendimiento de que las conversaciones más banales, cotidianas e intrascendentes también son merecedoras de protección. Aunque conversaciones de este tipo no contribuyan a un debate sobre una materia de interés público, y por tanto su valor sea escaso (*low value*

¹⁷¹⁹ Entre otras muchas, véase: STEDH, *Cossey c. Reino Unido*, 29 de agosto de 1990, § 35; STEDH, *Chapman c. Reino Unido*, 18 de enero de 2001, § 70; STEDH, *Stafford c. Reino Unido*, 28 de mayo de 2002, § 68; STEDH, *I. c. Reino Unido*, 11 de julio de 2002, § 54; STEDH, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, 11 de julio de 2002, § 74.

¹⁷²⁰ Entre otras muchas, véase (traducción propia): STEDH, *Stafford c. Reino Unido*, 28 de mayo de 2002, § 68; STEDH, *I. c. Reino Unido*, 11 de julio de 2002, § 54; STEDH, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, 11 de julio de 2002, § 74.

¹⁷²¹ Como es sabido, la lectura del CEDH en clave de instrumento vivo (*living instrument*) fue introducida por primera vez en *Tyrer c. Reino Unido* (1978): “[E]l Convenio es un instrumento vivo que debe interpretarse (...) a la vista de las condiciones de vida actuales” (traducción propia). STEDH, *Tyrer c. Reino Unido*, 25 de abril de 1978, § 31.

¹⁷²² Entre otras muchas, véase (traducción propia): STEDH, *Chapman c. Reino Unido*, 18 de enero de 2001, § 70; STEDH, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, 11 de julio de 2002, § 74.

speech)¹⁷²³, lo cierto es que su valor reside más bien en «preservar la libertad para participar en una conversación, incluso cuando se desvía hacia el incivismo [p.ej.: *trolling*, insultos, comentarios prejuiciosos, etc.] ». La clave está en que la protección de esta categoría de discurso sería viable dentro de los mismos parámetros construidos durante años, y ello porque la doctrina europea alrededor del art. 10 del CEDH es tremendamente flexible y descansa siempre sobre aspectos contextuales del caso¹⁷²⁴. Ahora bien, lo difícil será gestionar otros aspectos. Por ejemplo, dentro de esas conversaciones banales existirán muy diferentes actores (p.ej.: particulares, periodistas, políticos, medios de comunicación de masas, etc.) que hacen uso de la misma tecnología pero que no deben estar en una posición equivalente. El empleo de un canal universal como es el tecnológico tiende a desdibujar más que nunca los diferentes sujetos que intervienen en el mismo foro, pero hay que impedir por todos los medios que también se desdibujen los «deberes y responsabilidades» que les corresponden. No se puede implementar un mismo estándar de forma indiferenciada a todos los interlocutores, debe seguirse la fórmula clásica que venía empleando el TEDH en casos relativos a violaciones del art. 10 del CEDH. Es decir, según entendemos, debe seguir poniéndose el peso en «quién dice qué» (sujeto y valor del discurso). Y aunque parezca contradictorio, Internet también reclama que el «toma y daca cotidiano» (*the give and take of daily life*) de ideas fútiles, espontáneas y desinhibidas se proteja en las comunicaciones online. Según ROWBOTTOM, todos los principios construidos alrededor del art. 10 del CEDH deben

¹⁷²³ Es común y conocida la afirmación de que las expresiones ofensivas online directamente no deberían caer dentro de la categoría de discurso protegido. Pero incluso llegando a ponderarse su valor con respecto al de otros derechos protegidos, se suele defender que las expresiones ofensivas online, precisamente por su escaso valor, debieran ceder siempre en favor del resto de intereses.

¹⁷²⁴ La decisión de inadmisibilidad de demanda en *Pihl c. Suecia* (2017) trae causa de un *post* publicado en un blog online y un comentario de un usuario anónimo a ese mismo *post* en septiembre de 2011. En el *post* se acusaba al ciudadano sueco Rolf Anders Daniel Pihl de estar involucrado en un partido nazi. El comentario, en cambio, era del siguiente tenor: “ese tipo Pihl también es un verdadero adicto al hachís según varias personas con las que he hablado”. Más allá de que Tribunal llega a una conclusión obvia, es decir, que del simple contenido de los mensajes online impugnados se desprende fácilmente que, aunque ofensivos, “no constituían un discurso de odio ni una incitación a la violencia”, lo cierto es que el Tribunal pone también en valor diferentes elementos de contexto. En cuanto al *post* se aclara que se acusa incorrectamente al Sr. Pihl de estar involucrado en un partido nazi. Además, el *post* fue eliminado y la pequeña asociación sin ánimo de lucro que gestiona el blog publicaría una nueva entrada reconociendo el error y pidiendo una disculpa, todo ello un día después de haber sido notificada de la corrección en que había incurrido. El comentario también fue eliminado junto con el *post* al que reaccionaba. Sobre el comentario, además, se aclara que ni apuntaba a las opiniones políticas del Sr. Pihl ni tenía relación alguna con el contenido del *post*. La asociación sin ánimo de lucro, además de modesta, era desconocida para el gran público, por lo que “(...) era improbable que atrajera un gran número de comentarios o que el comentario sobre la demandante fuera ampliamente leído”. Todo lo anterior sirve para hacernos una ligera idea de la importancia que otorga el Tribunal al contexto, incluso en supuestos en que es claro y evidente que el contenido de los mensajes en ningún caso podría llegar a concebirse como discurso de odio. TEDH, *Pihl c. Suecia* (solicitud núm. 74742/14; decisión de inadmisibilidad), 7 de febrero de 2017, §§ 30-32 y 37.

desarrollarse para servir de «recordatorio» a las leyes nacionales de que deben tener más cintura a la hora de confrontar y valorar este tipo de conversaciones pueriles¹⁷²⁵.

Lo que parece claro es que la importancia del medio en que vierten unas u otras expresiones tiene que ver con el efecto amplificador del mensaje. El entorno online actúa como agente que es capaz de alterar, en términos de previsibilidad, el impacto que tendrá el mensaje emitido. Esto último ayuda notablemente a desequilibrar la relación de fuerzas entre emisor y receptor, ya que mientras el primero vería reforzada su posición el segundo se volvería –si cabe– más vulnerable. Por ello, aunque no se pueda afirmar en términos absolutos y deba analizarse caso a caso, lo cierto es que «el foro de expresión puede tener claramente un impacto significativo en el poder del orador»¹⁷²⁶. Este extremo no puede ni debe pasar desapercibido, debiendo valorarse dentro del contexto más amplio de la concreta categoría discursiva que ocupe la atención del tribunal en cada momento. Es decir, como bien quedaba apuntado con anterioridad, parece evidente que deben realizarse «ajustes necesarios» a la hora de valorar el ciberodio, incluso si su tratamiento jurídico no consigue –ni, quizás, deba– alterar sustancialmente la doctrina asentada sobre discurso del odio fuera de las fronteras del ciberespacio.

d) Caso *Beizaras y Levickas c. Lituania* (2020)

El asunto *Beizaras y Levickas c. Lituania* (2020)¹⁷²⁷ tiene su origen en la publicación en *Facebook* de dos hombres besándose el 8 de diciembre de 2014. La publicación la realizó, precisamente, uno de los protagonistas de esa muestra de afecto, Pijus Beizaras, quien el 4 de julio de ese mismo año ya había escrito públicamente en *Facebook* que mantenía una relación con Mangirdas Levickas. Ambos, además de pareja, eran miembros de la *Liga Gay Lituana* (en lo sucesivo, LGL). La publicación de la foto en cuestión, al provenir de una cuenta que no restringía los parámetros de privacidad para el acceso de terceras personas, empezó de inmediato a recibir muchas interacciones; entre ellas destacan, según los demandantes, más de ochocientos comentarios que, en su gran mayoría, resultaron ser profundamente homófobos¹⁷²⁸. La pareja recurre entonces a la

¹⁷²⁵ En detalle, véase ROWBOTTOM, «The protection of expression», pp. 192-206.

¹⁷²⁶ KUHN, «Reforming the approach», pp. 139-140 (traducción propia).

¹⁷²⁷ STEDH, *Beizaras y Levickas c. Lituania*, 14 de enero de 2020.

¹⁷²⁸ Sin ánimo de recabar todos y cada uno de los comentarios en cuestión, se recoge a continuación una breve muestra lo suficientemente ilustrativa del tenor –fácilmente apreciable– de los mismos: «*Si nacisteis pervertidos y tenéis este trastorno, id y esconderos en sótanos y haced lo que queráis allí, maricones. Sin embargo, no arruinareis nuestra bonita sociedad, labrada por mi madre y por mi padre, en la que los hombres besan a las mujeres y no se restringen las pollas. Espero de verdad que mientras vayáis andando*

LGL y, el 12 de diciembre de 2014, esta asociación acabaría denunciando un total de 31 comentarios vertidos por 27 personas diferentes. Su objetivo, como también dejó constancia escrita ese mismo día la LGL en *Facebook*, no era «pillarlos a todos», sino concienciar a la sociedad en general de la responsabilidad en la que se incurre con ese tipo de actividad despreocupada online. En lo que aquí interesa, la denuncia interpuesta ante la Fiscalía General lo era con base en el art. 170.2 y 3 del Código penal lituano, relativo a la «*incitación contra cualquier grupo nacional, racional, étnico, religioso u otro grupo de personas*»¹⁷²⁹.

A partir de aquí comenzó un periplo prejudicial que destaca por las continuas trabas y negativas para investigar los hechos e iniciar el procedimiento penal contra los denunciados. Todo ello no estuvo libre de desatinos, algunos incluso muy sonados. Por ejemplo, se llegó al extremo de culpabilizar a las víctimas. En concreto, un tribunal señaló que una persona que divulga una fotografía de esas características en un espacio público, sin mayores restricciones de visualización, debería haber previsto que el “*comportamiento excéntrico*” que en ella se representa “*no contribuía en realidad a la cohesión de aquellas personas dentro de la sociedad con opiniones distintas o a la promoción de la tolerancia*”. Con esa referencia a “*opiniones distintas*” el tribunal se refería a los “*valores familiares tradicionales*” propios de una sociedad como la lituana, consagrados a su vez en la Constitución de ese país¹⁷³⁰. Otro tribunal superior, en la misma línea desestimatoria de su predecesor, concluyó que el hecho de no restringir la visualización de la fotografía a las “*personas afines*” hacía posible entender que la acción de publicarla –y, de alguna manera, publicitarla– constituía “*un intento de irritar o escandalizar deliberadamente a sujetos con diferentes opiniones o de alentar la*

por la calle, a uno de vosotros le reviente la cabeza y le salte el cerebro»; «Estos maricones me han jodido el almuerzo; si me dejaran, les dispararía a cada uno de ellos»; «Eh, maricones, os voy a regalar una luna de miel al crematorio»; «Jodidos maricones, arded en el infierno, basura»; «Por los clavos de Cristo... Jodidos gais, deberíais ser exterminados, a la mierda»; «¡Maricones ¡A la hoguera con esas zorras!».

¹⁷²⁹ Este artículo, en concreto, castiga dos tipos de comportamientos que pueden llevar aparejada pena de prisión de hasta dos o tres años respectivamente. El primero atañe a quien ridiculice, exprese desprecio, instigue al odio o incite a la discriminación contra un grupo de personas o una persona perteneciente al mismo por motivos de sexo, orientación sexual, raza, nacionalidad, lengua, ascendencia, estatus social, religión, convicciones u opiniones. El segundo, a quien incite públicamente a la violencia o al trato físicamente violento de un grupo de personas o una persona perteneciente al mismo por motivos de sexo, orientación sexual, raza, nacionalidad, lengua, ascendencia, estatus social, religión, convicciones u opiniones, o que apoye de otra manera dichas actividades.

¹⁷³⁰ La Constitución de la República de Lituania (1992) se refiere a que la familia es la base de la sociedad y del Estado, para poco después matizar que el matrimonio estará fundado en el libre consentimiento de un hombre y una mujer (art. 38).

publicación de comentarios negativos”¹⁷³¹. Una vez agotada la vía interna, los demandantes acuden al Tribunal de Estrasburgo. En primer lugar, alegan una violación conjunta del derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 del CEDH) y la prohibición de discriminación (art. 14 del CEDH). En segundo término, se alega la vulneración del derecho a un recurso efectivo (art. 13 del CEDH), ya que las autoridades lituanas, ante las insistentes reclamaciones de los demandantes, no habrían proporcionado vías efectivas de recurso precisamente por estar siendo discriminados por su condición de homosexuales.

d.1.) La relevancia del caso y su carácter pionero

Antes incluso de analizar los pronunciamientos más destacados del Tribunal al hilo de este caso sobre discurso de odio online que se le plantea, el asunto *Beizaras y Levickas c. Lituania* (2020) nos hace replantearnos, en general, la mirada que se devuelve por parte de todo el personal cualificado que trabaja para la administración penal de justicia. Un enfoque pro-víctima en modo alguno debiere ser desatendido en la toma de contacto de posibles víctimas de delitos de odio con las instancias de control social formal, como pueda ser la policía. La infradenuncia tan acusada en materia de delitos de odio lastra las expectativas de judicialización de incidentes y pone en cuestión la trazabilidad del sistema, mermando la capacidad de fiscales y jueces para conocer y atender debidamente el caso en concreto. Las renuencias o trabas de autoridades nacionales para investigar hechos coloreados de actitudes marcadamente discriminatorias complicarían en exceso una situación ya de por sí delicada. Es decir, si a la cifra ínfima de denuncias por delitos de odio se añade una consideración intrascendente o pasiva a la investigación de un posible delito motivado por prejuicios de su autor, ello no sólo dificulta la situación de partida, sino que pone en jaque valores compartidos de la sociedad que creemos ser. La sensibilidad en la percepción y la apuesta por una voluntad inequívoca de atender a la víctima y a sus circunstancias de vulnerabilidad, fuere real o percibida, es la palanca de cambio para corregir ciertos estereotipos o actitudes que perduran en las sociedades occidentales contemporáneas. Incluso existiendo estereotipos más o menos generalizados en el tiempo y que disfrutan de un fuerte respaldo social, ello nunca podrá servir como

¹⁷³¹ A mayor abundamiento sobre los intentos frustrados de incoar un procedimiento penal ante los órganos jurisdiccionales nacionales, véase STEDH, *Beizaras y Levickas c. Lituania*, 14 de enero de 2020, §§ 16-23.

base que justifique la discriminación y desidia asistencial a la víctima por elementos identitarios tales como la preferencia afectivo-sexual de la misma.

Se recuerda, como obligación positiva del Estado, que deben darse los pasos necesarios para proteger –muy especialmente– las opiniones de miembros de minorías vulnerables respecto al discurso *mainstream* e intolerante¹⁷³². Las disposiciones penales pertinentes, como pueda ser el delito de discurso de odio punible, no pueden dejar de aplicarse por una discriminación en origen por parte de las autoridades nacionales. Los Estados no pueden desentenderse de su obligación positiva de investigar de forma proactiva unos comentarios online que tienen visos de constituir incitación al odio y violencia contra un grupo de personas que se definen, en este caso, en función de su orientación sexual. Un estado de abulia, por mínimo que sea, ahonda en la herida y confianza de aquellos miembros que son percibidos como vulnerables en nuestra vida en sociedad. El mensaje, como vemos, es contundente: ciertos discursos requieren de una respuesta por parte de las autoridades nacionales que esté a la altura del riesgo que representan.

La obligación positiva del Estado para llevar a cabo una investigación efectiva de los hechos, recuérdese¹⁷³³, conlleva el deber añadido y complementario de dar todos los pasos a su alcance para destapar el papel que pudieran haber jugado los prejuicios en la puesta en marcha de la actividad delictiva¹⁷³⁴. Es una obligación de medios al alcance de las autoridades nacionales, nunca de resultado. En cualquier caso, con anterioridad a *Beizaras y Levickas c. Lituania* (2020) el Tribunal de Estrasburgo nunca había trasladado esta obligación a un caso sobre discurso de odio y, según KUNDRÁK, mucho menos a uno sobre ciberodio. Este autor, que analiza extensamente qué supone *Beizaras y Levickas*

¹⁷³² Según entiende el Tribunal, compartiendo la postura previamente manifestada por una de las partes, “*las actitudes o los estereotipos prevalecientes durante un cierto período de tiempo entre la mayoría de los miembros de la sociedad no pueden servir de motivos justificables para discriminar a personas solo con base en su orientación sexual, o bien para cercenar el derecho a la protección de la vida privada*”. Es decir, no cabe hacer pasar un discurso abiertamente intolerante por el filtro de la normalidad. No hay excusas que sirvan para dar cobijo a tal discurso, por mucho que haya imperado o sea muy popular en una determinada sociedad y en un momento determinado. STEDH, *Beizaras y Levickas c. Lituania*, 14 de enero de 2020, § 125 (véase también §§ 106-108).

¹⁷³³ En detalle, nos remitimos aquí a lo trabajado en el epígrafe «*b) Consejo de Europa*», del apartado «*1.4.2.3. Ámbito regional europeo*» del *Bloque I*.

¹⁷³⁴ No obstante, en opinión de KUNDRÁK, este deber no parece que sea «tan pertinente» en casos de discurso de odio online. Ello se debe a que el móvil prejuicioso es especialmente complicado de llegar a probarse en los casos de delitos de actos de odio o delitos de amenazas offline, por lo que cobra sentido insistir en este deber que circula en paralelo respecto a la obligación positiva del Estado para llevar a cabo una investigación efectiva de los hechos. En cambio, la naturaleza propia de Internet posibilita que los términos concretos que se emplean sirvan de prueba suficiente del móvil. KUNDRÁK, “*Beizaras and Levickas v. Lithuania*”, p. 37.

c. *Lituania* (2020) dentro de la doctrina del TEDH, entiende que la razón que explica lo anterior es simple. El Tribunal siempre ha dirimido los casos relacionados con el discurso de odio –salvando, claro está, las posibles desviaciones al art. 17 del CEDH (prohibición del abuso de derecho)– acudiendo a las reservas al derecho a la libertad de expresión contenidas en el art. 10 del CEDH. Siendo así, la disyuntiva del tribunal se resume en si es posible la sanción de ciertas expresiones y, en su caso, bajo qué circunstancias. En *Beizaras y Levickas c. Lituania* (2020) la premisa o controversia jurídica de la que se parte es bien distinta. Según KUNDRÁK, en este asunto el Tribunal valora que efectivamente exista la obligación positiva de investigar ante una víctima que, habiendo sido atacada verbalmente con comentarios intolerantes, se siente antes que nada incomprendida, ignorada e incluso lastimada por la actitud de las autoridades lituanas. De esta forma, estamos en un escenario previo de búsqueda de amparo a través de la pretensión acceso a la justicia y su puesta en marcha a fin de esclarecer unos hechos.

En buena medida, esta pretensión referida pasa también por lograr un reconocimiento del daño psicológico que deriva de los delitos verbalizados de odio online (*online verbal hate crimes*)¹⁷³⁵. Aunque pionera, lo cierto es que *Beizaras y Levickas c. Lituania* (2020) representa un estadio más avanzado del proceso que busca dicho reconocimiento. Según KUNDRÁK, esta resolución no debe desmerecer otros casos que han ido «preparando el terreno» para reconocer la gravedad del daño psicológico causado por el acto verbalizado de odio. Un acto que, al menos en el caso que nos ocupa, afectó a la esfera personal de un individuo al interferir con su derecho a la integridad mental (*mental integrity*)¹⁷³⁶.

A continuación se facilitan ejemplos clave que dan buena muestra de la evolución del reconocimiento de ese daño en la doctrina de Estrasburgo¹⁷³⁷. Por ejemplo, basta con atender brevemente al caso *Abdu c. Bulgaria* (2012), que además representa un origen remoto del cambio de tendencia. Aquí se flexibiliza ya la posición de un Tribunal que, hasta entonces, ligaba la obligación positiva del Estado a investigar los actos de expresión

¹⁷³⁵ KUNDRÁK, “Beizaras and Levickas v. Lithuania”, p. 27.

¹⁷³⁶ Esa interferencia queda bien determinada por unos comentarios que no requieren mayor esfuerzo para poder vincularlos a la publicación de la foto en cuestión. Son comentarios publicados en respuesta a la misma o a otros comentarios que, en algún momento dentro de esa cadena de interacción, la respondían. Sin embargo, según este autor, casos en que no se mencione y/o etiquete a alguien no serán tan fácilmente canalizables. Y, mucho menos, en casos de incitación al odio, puesto que la audiencia sobre la que previsiblemente impacta suele ser difusa e indeterminada. KUNDRÁK, “Beizaras and Levickas v. Lithuania”, p. 36.

¹⁷³⁷ A mayor abundamiento, sobre estos y otros casos que ayudan a comprender mejor la evolución de la obligación positiva de investigar unos hechos marcados por aquello verbalizado e intolerante, véase KUNDRÁK, “Beizaras and Levickas v. Lithuania”, pp. 24-27 y 32-35.

en tanto éstos pudieran conducir a lesiones graves. A partir de aquí no se precisará necesariamente este umbral tan acusado, sino que simplemente bastará con una posible interferencia sobre la integridad física de otro para que se active la obligación positiva de investigar los hechos por parte del Estado. Basta con reproducir un breve extracto de *Aksu c. Turquía* (2012) para ejemplificar cómo cambia esta perspectiva y, consecuentemente, se obliga al Estado no sólo a abstenerse de realizar injerencias en la vida privada de la persona, sino también a asumir la obligación del respeto a su vida privada –también en las relaciones entre particulares– y a adoptar las medidas tendentes para que así sea (p.ej.: llevar a cabo una investigación para aclarar los hechos). En concreto, el Tribunal reconoce lo siguiente: “[C]ualquier estereotipo negativo de un grupo, cuando alcanza un cierto nivel, es capaz de impactar en el sentido de identidad del grupo y en los sentimientos de autoestima y confianza en sí mismos de los miembros del grupo. En este sentido, puede considerarse que afecta a la vida privada de los miembros del grupo”¹⁷³⁸.

Mayor sensibilidad llegaría en casos como el de *R.B. c. Hungría* (2016), donde se deja atrás cualquier afección en potencia a la integridad física de un individuo y se reconduce la obligación positiva de investigar que recae sobre las autoridades nacionales también a los casos de amenazas directas o comportamientos amenazantes. De hecho, tras citar *Aksu c. Turquía* (2012), el Tribunal entiende que se puede infringir el derecho a la vida privada “si los efectos sobre la integridad física y moral del solicitante son suficientemente perjudiciales”. En concreto, en este caso, “el Tribunal observa que la demandante, de origen romaní, se sintió ofendida y traumatizada por las concentraciones supuestamente antigitanas organizadas por diferentes grupos de derecha (...) en el barrio (...) de mayoría romaní, y, en particular, por los insultos o agresiones verbales racistas [racist verbal abuse] y el intento de agresión [attempted assault] de los que fue objeto (...), en presencia de su hijo. Para el Tribunal, la cuestión central de la denuncia es que la agresión [abuse] (...) se dirigió contra la demandante por su pertenencia a una minoría étnica. Esta conducta afectó necesariamente a la vida privada de la demandante, en lo que a su identidad étnica se refiere (...)”¹⁷³⁹. Todo lo anterior tiene que ver con un episodio en que cuatro individuos pasean cerca de la casa de una romaní que estaba con su hija y algunos conocidos en el jardín de su propiedad. En un momento determinado se escucha lo siguiente: “*Idos dentro malditos gitanos sucios!*”. Tras un intercambio de

¹⁷³⁸ STEDH, *Aksu c. Turquía*, 15 de marzo de 2012, § 58 (traducción propia).

¹⁷³⁹ STEDH, *R.B. c. Hungría*, 12 de abril de 2016, §§ 79-80 (traducción propia).

palabras, uno de los hombres continúa con las amenazas e incluso llega a acercarse a la cerca blandiendo un hacha. A juicio de KUNDRÁK, el paralelismo de este episodio con los discursos de odio más comunes en la red parece claro¹⁷⁴⁰. En puridad, se trata de un individuo que incuestionablemente se ve afectado en su integridad psicológica ante una agresión verbal que apunta a una característica identitaria. Todo ello en un contexto determinado, es decir, con el trasfondo de una manifestación de un partido político ultraderechista húngaro (*Movement for a Better Hungary*) y varias marchas organizadas por grupos paramilitares de esta misma ideología que transcurren por el vecindario romaní del pueblo. Nada importa la distancia que medie entre víctima-agresor y que, a su vez, de lo verbalizado se desprenda un peligro inminente para la víctima. Este es, qué duda cabe, un escenario prototípico en el ciberespacio ante casos de ciberodio.

d.2.) Un par de apuntes sobre cuestiones derivadas del derecho penal sustantivo

Una vez dicho todo lo anterior, aun siendo de sobra conocido, cabe recordar que el TEDH no tiene el cometido de pronunciarse sobre los elementos constitutivos del delito según la legislación nacional aplicable. Lo que realmente observa el Tribunal de Estrasburgo es si los efectos que derivan de la interpretación que dan las autoridades nacionales a los tipos penales son o no compatibles con los derechos y libertades que garantiza el CEDH. Lejos de tratar de corregir problemas interpretativos que deriven de la legislación interna de cada Estado, el Tribunal ofrece pautas más generales y puntos de retorno sólidos para casos venideros. Y es precisamente en cuestiones que derivan del derecho penal sustantivo, y su posible conformidad o contrariedad con la doctrina que sienta el Tribunal, en lo único que nos detendremos en este epígrafe.

Una de tantas cuestiones que plantea el Gobierno lituano —es decir, la parte demandada— es la de tratar de relativizar la importancia de Internet como foro de expresión. Precisamente, aunque no lo cite expresamente, el Gobierno lituano parece basar su postura en *Savva Terentyev c. Rusia* (2018). Como ya se ha comentado más arriba, es en este caso que el Tribunal diferenciaba un comentario publicado en una página web que recibe miles de visitas diarias de otro que previsiblemente se proyectara sobre un número reducido usuarios. Es decir, el impacto potencial de Internet como medio empleado para ejercer el derecho a la libertad de expresión no es idéntico en todos los

¹⁷⁴⁰ KUNDRÁK, “Beizaras and Levickas v. Lithuania”, p. 33.

supuestos imaginables. Pues bien, en esta línea y según alega ahora el Gobierno lituano, los comentarios en una red social difieren de aquellos otros que, por ejemplo, se encuentren en portales web de noticias. Los segundos, *a priori*, atraerán un número mayor de reacciones. A su vez, poniendo la atención en el caso en concreto, los comentarios negativos surgen en el contexto de un debate que se iría caldeando por momentos pero que lo inicia intencionadamente el demandante al publicar la fotografía en cuestión. Esta acción, en cualquier caso, no era previsible que atrajese mucha atención. Todo ello, sumado a que el art. 170.2 y 3 del Código penal lituano requiere de la realización de declaraciones públicas dirigidas a un «grupo amplio e ilimitado de personas», ayudaría a explicar mejor la correcta actuación de las autoridades lituanas, según la parte demandada¹⁷⁴¹.

El TEDH rechaza todo lo anterior. En concreto, viene a sostener que no cabe aplicar, con total despreocupación de las circunstancias que rodean al caso en particular, esa especie de ficción —en genérico y predefinida— sobre la diferente peligrosidad de comentarios en una red social y los publicados en un portal de noticias. Para empezar, el Tribunal entiende que entra dentro de lo razonable pensar que “*un único comentario de odio*”, más si cabe si es de la naturaleza de aquellos que llegan a ansiar la muerte de miembros de un colectivo vulnerable, “*era suficiente para ser tomado con la debida seriedad*”¹⁷⁴². En otras palabras, “*aunque se ha de poner mucha atención en no considerar que cada expresión de discurso de odio ha de dar lugar a la incoación de procedimientos penales y las correspondientes sanciones (...) los comentarios que suponen un discurso de odio y una incitación a la violencia, y que son nítidamente ilegales a primera vista, pueden en principio requerir que los Estados tomen ciertas medidas positivas*”¹⁷⁴³. Pero es que además, aun siendo lo anterior suficiente para proceder con la investigación de los hechos, la fotografía en cuestión acabó recibiendo más de ochocientos comentarios¹⁷⁴⁴. Ahora bien, saliendo al paso de cualquier pretexto

¹⁷⁴¹ STEDH, *Beizaras y Levickas c. Lituania*, 14 de enero de 2020, § 98.

¹⁷⁴² STEDH, *Beizaras y Levickas c. Lituania*, 14 de enero de 2020, § 127.

¹⁷⁴³ STEDH, *Beizaras y Levickas c. Lituania*, 14 de enero de 2020, § 125.

¹⁷⁴⁴ Y por si todo lo anterior no fuera suficiente, un informe de la ECRI sobre el estado de la cuestión en Lituania, publicado en 2016, alertaba de la prevalencia absolutamente abrumadora del discurso de odio en Internet en ese país, lo que desde luego también involucraba a las redes sociales. Entre otras, el informe recogía la siguiente consideración: “*En Lituania, el odio se incita a menudo en el ciberespacio a través de comentarios en línea, blogs, redes sociales y otros foros. Alrededor de un 90 % de los casos de discurso de odio comunicados tienen lugar en esta esfera*”. Todo ello sin descuidar las amenazas de violencia, las cuales suelen a menudo dirigirse contra personas LGTB “*especialmente a través de las redes sociales*” (traducción propia). Véase: STEDH, *Beizaras y Levickas c. Lituania*, 14 de enero de 2020, §§ 56-57 y 127; ECRI, *ECRI report on Lithuania* (2016), párrs. 25-27.

para tratar de justificar la inacción de las autoridades lituanas, el Tribunal matiza que no procede alegar una pretendida prevalencia de comentarios publicados por los partidarios de la fotografía sobre aquellos otros publicados por los detractores¹⁷⁴⁵.

Por último, el Gobierno lituano plantea al Tribunal una cuestión de capital importancia en torno al tipo subjetivo del delito de discurso de odio contemplado la legislación lituana. De este modo, la parte demandada alega una ausencia de dolo –en concreto, de dolo directo– por parte de los autores de los comentarios denunciados. Para ello basa su razonamiento en la falta de sistematicidad de los comentarios; es decir, en su carácter único e independiente al resto. En definitiva, “*una falta de intención directa [y, añadimos, concertada o sistemática] de lanzar a usuarios de internet contra los homosexuales*”. En realidad, según aduce el Gobierno lituano, estaríamos hablando de prácticamente un único comentario por persona; y alguno, incluso, que se reduce a un par de palabras escritas¹⁷⁴⁶. El Tribunal de Estrasburgo, en este punto, se limita a decir que “*no pasa por alto (...) que el número de comentarios puede constituir una circunstancia determinante para la gravedad del delito o el alcance de la responsabilidad penal del culpable*”, pero con independencia de que estas cuestiones se integren entre los elementos del tipo penal a examen. En el caso del art. 170.2 y 3 del Código penal lituano, por ejemplo, no se trataba de un elemento indispensable del tipo. Además, la interpretación por parte de los tribunales arrojaba conclusiones nada concluyentes, ya que a veces también habían entendido que un único comentario publicado por una única persona bastaba para declarar al sujeto culpable conforme al tipo penal antedicho¹⁷⁴⁷. Sea o no un elemento del tipo y se desprenda mejor o peor de la ley penal, lo cierto es que el Tribunal parece confirmar que la cantidad de mensajes de odio publicados en Internet no debería nunca dejar de observarse. Sólo así se dispondrá de una mejor perspectiva de cara a valorar la gravedad del posible delito de discurso de odio cometido.

3.2.2.3. OSCE

Los documentos de órganos decisorios o de cargos concretos de la OSCE que se irán recogiendo a continuación, dejando de lado aquellos otros más académicos, son todos y sin excepción de corte político –y obligatorios como tales– para los Estados participantes dentro de la región OSCE. A falta de que sean jurídicamente vinculantes, lo cierto es que

¹⁷⁴⁵ STEDH, *Beizaras y Levickas c. Lituania*, 14 de enero de 2020, § 127.

¹⁷⁴⁶ STEDH, *Beizaras y Levickas c. Lituania*, 14 de enero de 2020, § 99.

¹⁷⁴⁷ STEDH, *Beizaras y Levickas c. Lituania*, 14 de enero de 2020, § 126.

su valor reside en servir de refuerzo para aquellas obligaciones internacionales que los Estados participantes deben implementar en sus respectivos territorios. Además de combatir y prevenir los delitos de actos de odio, a cuya función se debe la OSCE en pro de la seguridad de todas aquellas personas que radiquen o transiten por su zona, también se ha ocupado del papel que desempeñan los medios de comunicación de masas como Internet en tales manifestaciones odiosas. En definitiva, antes de continuar, cabe advertir que los compromisos políticos asumidos por los Estados de la OSCE no se interpretan «en paralelo a» los compromisos internacionales, sino «dentro de» los parámetros que les son dados por éstos, lo que refuerza la adopción de medidas en una única dirección y sin duplicidad de criterios¹⁷⁴⁸.

Desde el año 2003, la OSCE fue organizando una serie de congresos y encuentros de expertos para estudiar las posibles vías de acción contra la propaganda racista y xenófoba online. Uno de los primeros tuvo lugar en Ámsterdam (Países Bajos), entre los días 13-14 de junio de 2003. De entre las recomendaciones que propuso el Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación (*OSCE Representative on Freedom of the Media*)¹⁷⁴⁹, merece destacar que, en su opinión, el contenido ilícito en la red debía ser perseguido penalmente en el país en el que se colgara dicho material (*upload rule*)¹⁷⁵⁰. Además, debía optarse por observar y aplicar la legislación marco ya existente; es decir, en la medida en que estuviera vigente una legislación lo suficientemente amplia

¹⁷⁴⁸ A mayor abundamiento, véase OSCE, *Propaganda* (2015), pp. 39-42.

¹⁷⁴⁹ El cargo de Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación se crea en 1997, cuya sede radica en Viena (Austria). Entre sus funciones, está la de asistir a los Estados participantes en la recomendación o puesta en marcha de medidas legislativas que respeten y promuevan la libertad, independencia y pluralismo de los medios de comunicación. Asimismo, se encarga de dar respuesta extrajudicial rápida a los casos más graves de incumplimiento estatal en materia de libertad de expresión. Su carácter independiente le facilita realizar sus tareas con libertad y sin prejuzgar procedimientos judiciales en curso. Sobre todas sus funciones y cometidos, véase OSCE, *Decisión Núm. 193* (1997).

¹⁷⁵⁰ Aunque posterior en el tiempo, en una declaración conjunta en la que constan, entre otros, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión, y el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la OSCE, se estipularía lo siguiente: “*Nadie debe ser responsable de los contenidos de Internet de los que no sea autor, a menos que haya adoptado esos contenidos como propios o se haya negado a obedecer una orden judicial para eliminarlos. La jurisdicción en los casos legales relacionados con el contenido de Internet debe limitarse a los Estados en los que el autor esté establecido o a los que el contenido esté dirigido específicamente; la jurisdicción no debe establecerse simplemente porque el contenido haya sido descargado en un determinado Estado*” (traducción propia). Años más tarde, en otra declaración conjunta, se desarrollan y aclaran muchos de estos aspectos: “*La jurisdicción en los casos legales relacionados con el contenido en Internet debería limitarse a los Estados con los que esos casos tengan una conexión real y sustancial, normalmente porque el autor esté establecido allí, el contenido se cuelgue allí y/o el contenido se dirija específicamente a ese Estado. Los particulares sólo deberían poder ejercer acciones en una jurisdicción determinada cuando puedan demostrar que han sufrido un daño sustancial en esa jurisdicción*” (traducción propia). Véase: OSCE, *Joint Declaration* (2005); OSCE, *Joint Declaration* (2011), párrs. 1.d) y 4.a).

como para extenderse al ámbito de las nuevas tecnologías, no habría necesidad de hacer planteamientos de *lege ferenda*, sea para crear *ex novo* tipos penales o para introducir ciertos ajustes legislativos¹⁷⁵¹. Por lo demás, el Consejo Ministerial de la OSCE adoptaría una decisión a finales de 2003 reconociendo abiertamente que los delitos de odio pueden venir alimentados por una retórica racista, xenófoba y antisemita online¹⁷⁵².

Medio año después, entre los días 16-17 de junio de 2004, se celebró en París (Francia) una reunión especializada sobre la relación entre la propaganda racista, xenófoba y antisemita, y los delitos de actos de odio. En concreto, se dedicó toda una sesión a este particular, alcanzando la misma para convenir que la posibilidad de vincular los discursos de odio online con su correlato fáctico representaba todo un «dilema». La falta de certezas y el escaso conocimiento científico del que se disponía impedían ser más ambiciosos en este punto¹⁷⁵³. En cuanto al marco legislativo, dado que la variabilidad interestatal era un hecho, diferentes delegaciones de Estados participantes en la OSCE expresaron que había que reforzar la legislación doméstica hasta llegar al punto de encuentro que marcaba el Convenio de Budapest y su Protocolo Adicional¹⁷⁵⁴.

Hacia finales de 2004, el Consejo Permanente de la OSCE adoptaría una nueva decisión clave. Por un lado, se incide en que los Estados participantes deben investigar y, en su caso, enjuiciar todo acto de odio –es decir, violencia o amenaza de violencia– que

¹⁷⁵¹ OSCE, *Recommendations* (2003), p. 2. Con todo, ello no significa que cualquier regulación que afecte a Internet deba perder de vista las características particulares y propias de este medio de comunicación. Al contrario, deben tenerse en cuenta, pero el Representante de la OSCE entiende que crear una ley *ad hoc* para regular el contenido de Internet pueden duplicar restricciones ya previstas por ley, siendo ello innecesario y una posible fuente de abusos. En línea con todo lo anterior, se ha aclarado recientemente que “*el alcance de las restricciones aplicables específicamente a las comunicaciones digitales debe limitarse a actividades que sean nuevas o fundamentalmente diferentes en su forma digital (como el spamming)*”. En nuestra opinión, que la incitación al odio no es una conducta nueva parece evidente. Pero, además, en caso de que lo fuera, se ha aclarado también que “*los Estados deben abstenerse de adoptar leyes innecesarias o desproporcionadas que penalicen o impongan sanciones más severas a la expresión en línea (online) que a su equivalente fuera de línea (offline)*”. Véase: OSCE, *Joint Declaration* (2003); OSCE, *Joint Declaration* (2018), párr. 3.b) y 3.c). Por el interés de todo lo anterior para nuestro estudio, volveremos a recuperar estas mismas ideas en el apartado «3.3.3.1. Aspectos reseñables en torno a los orígenes del art. 510.3 CP, necesidad del subtipo agravado y expectativas previas a su entrada en vigor» *infra*.

¹⁷⁵² OSCE, *Decisión núm. 4/03* (2003), párr. 8. En este mismo sentido, véase también: OSCE, *Decisión núm. 607* (2004), párr. 1; OSCE, *Decisión núm. 621* (2004), párr. 1. Asimismo, cabe destacar la conocida como «*Declaración de Berlín*», resultante de la Conferencia de la OSCE sobre el Antisemitismo (Berlín, 28-29 de abril de 2004), así como la «*Declaración de Bruselas*», resultante de la Conferencia de la OSCE sobre tolerancia y lucha contra el racismo, la xenofobia y la discriminación (Bruselas, 13-14 de septiembre de 2004), ya que en ambas el Presidente de la OSCE reiteró esa misma idea. Véase: OSCE, *OSCE Conference on anti-semitism* (2004), Anexo I; OSCE, *OSCE Conference on tolerance* (2004), Anexo I.

¹⁷⁵³ En detalle, véase OSCE, *OSCE Meeting* (2004), pp. 9-10.

¹⁷⁵⁴ Más allá del plano legislativo, que por sí mismo se entendía como insuficiente, también parece que caló la idea de buscar sinergias de trabajo entre gobiernos, ONGs e industria privada. Para esta y otras propuestas, véase OSCE, *OSCE Meeting* (2004), pp. 7-9.

tenga apariencia delictiva y cuyo detonante haya sido la propaganda racista en Internet. También se pide a los Estados que procuren formar a jueces y fiscales sobre cómo atender y responder debidamente a este tipo de delincuencia. Por otro lado, se anima a los Estados a que elaboren “*un estudio analítico riguroso de la posible relación entre la expresión de ideas racistas, xenófobas, antisemitas o similares y la delincuencia motivada por esas ideas*”. Junto con lo anterior, se exige a los Estados que evalúen la eficacia de las medidas implementadas, legales o no, que busquen regular el contenido de los distribuido en la red, “*prestando particular atención a su efecto sobre el índice de la delincuencia racista, xenofobia o antisemita*”¹⁷⁵⁵. Como puede observarse, las preocupaciones de la OSCE¹⁷⁵⁶ se situaron preferentemente en comprender mejor la capacidad movilizadora de Internet para situar a potenciales autores de actos de odio en el disparadero¹⁷⁵⁷.

Poco después, en diciembre de 2004, la ODIHR¹⁷⁵⁸ recibiría el mandato del Consejo Ministerial de la OSCE reunido en Sofía (Bulgaria)¹⁷⁵⁹. Se le encargaba seguir de cerca e informar sobre los incidentes motivados por el racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia en la región OSCE. Dando forma documental a esta tarea que asumía, en

¹⁷⁵⁵ OSCE, *Decisión núm. 633* (2004), párrs. 2-3 y 5-6. Véase también una breve alusión a esta última decisión en AKDENIZ, *Racism*, pp. 93-95. Nótese, como curiosidad, que estos puntos recogidos en la *Decisión Núm. 633* fueron en realidad algunas de las recomendaciones hechas por la delegación de los Estados Unidos de América en el encuentro celebrado en París (Francia) los días 16-17 de junio de 2004. Véanse todas estas recomendaciones en OSCE, *OSCE Meeting* (2004), pp. 8, 10-11 y 13-14.

¹⁷⁵⁶ Más adelante, durante las sesiones plenarias mantenidas en la Conferencia de la OSCE sobre antisemitismo y sobre otras formas de intolerancia (Córdoba, 8-9 de junio de 2005), de la cuál se acabaría adoptando el documento de cierre conocido como «*Declaración de Córdoba*», se pondría en valor el plano educativo para prevenir el racismo y la intolerancia en todas sus formas, incluyéndose su reflejo a través de las nuevas tecnologías. No en vano, ya en los prolegómenos de la Conferencia Mundial contra el Racismo (2001) de Durban (Sudáfrica), se concluía que “*(...) el medio único más eficaz para luchar contra el racismo difundido por Internet es la educación sobre los contenidos racistas en la red, sobre las razones de que estén equivocados, y sobre la manera de fomentar la tolerancia*”. Véase: OSCE, *OSCE Conference on anti-semitism* (2005), *passim*; SWISS INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW, *Legal instruments* (2009), p. 127; NACIONES UNIDAS, *Informe (A/CONF.189/PC.2/12)* (2001), párr. 87.

¹⁷⁵⁷ Al parecer, esta preocupación de la OSCE por indagar en la posible relación de causa-efecto entre los discursos online y la violencia offline se mantuvo intacta en el tiempo. Véase, por ejemplo, como se recoge nuevamente en OSCE, *Decision No. 9/09* (2009), párr. 12.

¹⁷⁵⁸ Sobre este organismo dependiente de la OSCE, véase lo dispuesto en el apartado «*1.2. Construcción Conceptual General*» del *Bloque I*.

¹⁷⁵⁹ En realidad, el Consejo Ministerial hace suya otra Decisión del Consejo Permanente relativa a la tolerancia y la lucha contra el racismo, la xenofobia y la discriminación de mediados de 2004, la cual anexiona a su Decisión de diciembre. En la Decisión del Consejo Ministerial se deja constancia simplemente del compromiso asumido por los Estados participantes de “*reunir datos fiables sobre delitos inspirados en el odio y motivados por el racismo, la xenofobia u otras formas conexas de intolerancia y de discriminación, que sean cometidos en su territorio, llevando estadísticas y ficheros fiables al respecto, así como remitiendo periódicamente dicha información a la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (OIDDH) de la OSCE y facilitándola al público en general*”. En concreto, esos datos que iría recopilando la ODIHR serían aquellos remitidos tanto por los gobiernos como por las organizaciones internacionales y la sociedad civil de los Estados participantes. Véase: OSCE, *Decisión núm. 621* (2004), párr. 1; OSCE, *Decisión núm. 12/04* (2004), párr. 2; OSCE, *Decimosegunda Reunión* (2004), pp. 29-36.

octubre de 2006 se publica el primero de los informes anuales de estas características. El caso es que, con este primer informe, la ODIHR dispuso ya que una de sus utilidades sería servir como mecanismo de alerta temprana (*early-warning tool*) para identificar aquellas áreas en que fuera necesario ofrecer respuestas más adecuadas. En lo concerniente al discurso de odio online, el informe refleja que la relevancia de este y otros medios de comunicación en la comisión de incidentes de odio va en aumento. Asimismo, se recoge que el impacto del discurso de odio es doble, como ya habíamos apuntado al comienzo de este *Bloque III*¹⁷⁶⁰. Por un lado estarían las incitaciones a la comisión de actos violentos, mientras que por otro lado radica el discurso público que, sin ser igual de explícito en sus intenciones y/o suponga incitación, contribuye al clima de intolerancia que se instala en una sociedad, lo que provoca la quiebra de confianza y el auge de tensiones intergrupales o interpersonales¹⁷⁶¹.

En general, la OSCE seguiría insistiendo en la búsqueda de espacios de cooperación entre los Estados participantes, dentro de los márgenes establecidos por sus respectivas legislaciones, para frenar así el uso –o, más bien, abuso– de Internet como medio para incitar a la violencia basada en prejuicios¹⁷⁶². En definitiva, se trata de un desafío global al que debían darse respuestas también globales, pero que resultaban fuertemente dependientes de los esfuerzos y lazos de unión nacionales. Es decir, sin dejar a nadie atrás dentro de la región OSCE pero respetando siempre el Estado de derecho y los derechos fundamentales. En suma, ello significaba dar continuidad año tras año a la ímproba labor de conjugar diferentes sensibilidades culturales, políticas, morales, históricas y constitucionales entre los diferentes Estados que componen la variopinta región OSCE. Por ello, nada extraña que la categorización de contenidos online haya sido un problema más que notable en la armonización de legislaciones nacionales y en la adopción de enfoques internacionales de interdicción de los contenidos racistas¹⁷⁶³.

¹⁷⁶⁰ Véase el apartado «3.1.1. Notas introductorias: rasgos destacados de los discursos de odio online y su idiosincrasia» *supra*.

¹⁷⁶¹ Con todo, como brote verde, la ODIHR observa también que se ha reforzado sobremanera la cooperación entre gobiernos, organizaciones internacionales y sociedad civil en este ámbito de actuación. En detalle, véase OSCE/ODIHR, *Challenges and responses* (2006), pp. 4 y 6.

¹⁷⁶² Véase: OSCE, *Decisión núm. 10/07* (2007), párr. 5; OSCE, *Decision No. 9/09* (2009), párr. 11.

¹⁷⁶³ Como ha venido refiriéndose YAKDENIZ, mientras la pornografía infantil ha representado casi siempre un ejemplo paradigmático de contenido ilícito (*illegal content*) online en los cincuenta y siete Estados participantes de la OSCE, el contenido racista se estanca a menudo a mitad de camino entre lo ilícito y lo perjudicial u ofensivo (*harmful or offensive content*). Por tanto, la conclusión que se extrae es que la pornografía infantil adopta un cariz delictivo de partida, generando poca o nula controversia entre Estados, lo que contrasta con los contenidos perjudiciales u ofensivos en Internet, que por muy objetables

Sea como fuere, lo cierto es que el Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación siempre ha mantenido la postura de acotar al máximo el elenco de delitos de expresión en las legislaciones nacionales. Hasta el punto de promover una descriminalización generalizada de los mismos, salvo en lo concerniente a la apología del odio que constituya incitación a la violencia o a otra acción similar, conforme a estándares internacionales¹⁷⁶⁴. En otras palabras, las leyes que tipifican como delito el insulto, la calumnia o la difamación representan una amenaza para la libertad de expresión. En concreto, especial preocupación le merece al Representante de la OSCE “*el empleo de la noción de difamación de un grupo [group defamation] para penalizar discursos ajenos al estricto ámbito de la incitación al odio*”¹⁷⁶⁵. Estas leyes contra el discurso ofensivo (*offensive speech*), que normalmente contienen disposiciones excesivamente vagas, se prestan a abusos que se ceban con aquellas voces disidentes, críticas o minoritarias. Por ello, no puede constituir delito el simple hecho de «exacerbar las tensiones sociales»¹⁷⁶⁶.

3.2.3. Unión Europea

En los últimos compases del s. XX se produce una transición clave de estrategia de acción comunitaria. Si la delincuencia informática era concebida hasta entonces como un problema de índole económica, a mediados de la década de los noventa pasaría a engrosar la agenda política de seguridad de los Estados miembro¹⁷⁶⁷. La percepción de una creciente y muy diversa actividad delictiva dentro de este nicho de criminalidad (organizada o no), así como la reciente implantación de la cooperación

que sean para algunos Estados, y en algunos casos punibles incluso (p.ej.: el delito de ofensas a los sentimientos religiosos que pervive en España), en términos generales no suelen alcanzar ese umbral. Véase: YAKDENIZ, «Governance» (2007), pp. 95-96; YAKEDNIZ, *Media freedom* (2016), pp. 29-31.

¹⁷⁶⁴ Nótese también que los Estados participantes, además de tener que adecuarse a los estándares internacionales para aquellas restricciones de contenido en Internet, deben abstenerse de “*aprobar leyes innecesarias y/o desproporcionadas que penalicen o impongan penas más graves a la expresión online que respecto a su equivalente offline*”. OSCE, *Joint Declaration* (2018), párr. 3.a) y b).

¹⁷⁶⁵ OSCE, *Tenth anniversary* (2010), párr. 2.f). Para la traducción al español, véase NACIONES UNIDAS, *Informe (A/HRC/14/23/Add.2)* (2010), Anexo (pp. 4-5). En detalle, véase también YAKEDNIZ, *Media freedom* (2016), pp. 44-47.

¹⁷⁶⁶ OSCE, *Joint Declaration* (2006).

¹⁷⁶⁷ A pesar de cambio de lógica, en aquel momento quizás no fuera necesario disociar completamente las preocupaciones económicas de las de seguridad. En efecto, si la UE había entrado a regular Internet a fin de generar un espacio para el intercambio libre y fluido de productos y servicios, determinados contenidos dañinos podían hacer perder la confianza de los consumidores y evitar que los mercados prosperasen sin una actividad normal de estos últimos. La regulación de contenidos online permitía cuidar y conciliar todos los intereses en juego. Además, si como decimos determinadas actitudes racistas y xenófobas dificultaban la cohesión económico-social de la UE, no era menos cierto que las dificultades económicas de ciertos segmentos de la población tendían a ocasionar la revitalización de los prejuicios. De ahí que poco o nada extraña la preocupación comunitaria que pasó a merecer este asunto.

intergubernamental en el ámbito judicial y policial en materia penal¹⁷⁶⁸, posibilitaron este cambio de perspectiva sobre el potencial amenazante del fenómeno. En este marco nacieron precisamente los primeros esfuerzos para combatir los contenidos ilícitos (*illegal content*)¹⁷⁶⁹ o perjudiciales (*harmful content*) en Internet en el seno de la Unión Europea¹⁷⁷⁰. En otras palabras, se preparaba el camino para intensificar esfuerzos sobre control de contenidos online.

Antes de adentrarnos en el estudio propiamente, es preferible ubicar al lector brevemente sobre la materia a examen. Y es que, a día de hoy, a pesar de los esfuerzos sectoriales que se desarrollarán en breve, la realidad es que la actividad legislativa en el ámbito europeo sobre ciberdelincuencia en general ha sido ciertamente limitada. Según KLIP, lo que puede destacarse más bien es una actividad esporádica nacional que trata de acometer un problema transfronterizo de gran envergadura a costa de desnaturalizar precisamente esa cualidad tan suya y distintiva¹⁷⁷¹.

Por lo demás, debemos trascender por un momento el ámbito cibernético y observar un contexto más amplio de acción europea. Un contexto que está presente antes y durante el advenimiento de Internet, pero que tendrá una incidencia notable también en el ámbito de la ciberdelincuencia con el devenir de los años. Por ello, sin restar valor a todo lo que se venía haciendo en materia de discursos fóbicos o de racismo y xenofobia en general, merece la pena situarnos ahora a mediados de los noventa. Resulta que, en esa época, el Grupo de Reflexión de la UE para la revisión de los Tratados, que desde junio de 1995 estaba presidido por el entonces Ministro de Asuntos Exteriores español, Carlos Westendorp, propuso una acción común europea contra el racismo y la xenofobia. Este movimiento coincidió con la Presidencia española del Consejo Europeo durante la

¹⁷⁶⁸ En este punto nos remitimos a lo desarrollado en el epígrafe «b) Legislación antidiscriminatoria», del apartado «1.4.2.4. Ámbito de la Unión Europea» del Bloque I.

¹⁷⁶⁹ Nótese que en las traducciones oficiales al castellano *illegal content* se ha venido considerando como «contenido ilícito» o «contenido ilegal», de forma indiferenciada. En lo sucesivo, se tratará de mantener en todo momento la traducción oficial de cada documento, si bien cuando no exista una tal traducción se hará uso preferente de «contenido ilícito».

¹⁷⁷⁰ Además, 1997 había sido designado como el Año Europeo contra el Racismo. La propuesta para tal designación, realizada en diciembre de 1995, sería el preámbulo para una línea de trabajo que explotaría poco después. En concreto, la Comisión de las Comunidades Europeas adelantaba ya por aquél entonces que la distribución de material racista a través de Internet merecía un “*seguimiento estrecho y una participación activa de la Comisión sobre los problemas jurídicos ligados a la tecnología de la información*” (traducción propia). COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Communication from the Commission on racism* (1995), p. 16.

¹⁷⁷¹ KLIP, *European Criminal law* (2016), pp. 538-539.

segunda mitad de 1995 y la italiana de primera mitad de 1996¹⁷⁷², ambas proclives a avanzar en esa misma dirección. Se trataba de la coyuntura perfecta para que se lograra progresar en un tema tan ideologizado y sensible. De hecho, a esta iniciativa sólo se opondría en un primer momento Reino Unido, quien adujo que en materia de discriminación racial cada Estado tenía que actuar siguiendo sus propios dictados. Al final Reino Unido tuvo que ceder ante la presión de todos los demás Estados, aunque no sin antes expresar ciertas reservas de cara a la aplicación de las medidas propuestas¹⁷⁷³. En cualquier caso, según el texto finalmente adoptado (en lo sucesivo, Acción Común de 1996)¹⁷⁷⁴, cada Estado miembro se comprometía a garantizar una cooperación judicial eficaz, ya sea adoptando medidas para que ciertos comportamientos fueran sancionables penalmente o, en su defecto, y a la espera de la adopción de las disposiciones necesarias, derogando el principio de la doble incriminación para tales comportamientos. Esos comportamientos incluían la incitación pública a la discriminación, violencia u odio racial en relación a personas o a un miembro de tal grupo definido por referencia al color, raza,

¹⁷⁷² De hecho, si el bajo la presidencia española Grupo de Reflexión configuró la agenda que desembocaría en la Conferencia Intergubernamental de Estados miembro de la Unión Europea de 1996, con vistas a revisar el Tratado de la Unión Europea, la Presidencia italiana en el Consejo Europeo fue la encargada de su convocatoria para finales de marzo de 1996. En esa hoja de ruta pudo incorporarse, en parte por el importante compromiso español e italiano, la discriminación racial. En concreto, sobre los cimientos de valores europeos compartidos, el Grupo de Reflexión respaldó ampliamente la posibilidad de “*una condena expresa en el Tratado del racismo y de la xenofobia (incluyendo expresamente el antisemitismo) y la intolerancia*”. Sólo un miembro del Grupo manifestó discrepancias aludiendo a que se trata de un aspecto sensible que requiere abordarse preferentemente a escala nacional. Con todo, también se acordó que no existía el apoyo suficiente de los Estados miembro como para introducir una previsión directamente aplicable y que pudiera ser invocada ante los tribunales nacionales. En cualquier caso, en la Conferencia Intergubernamental se acabaría debatiendo una propuesta de reforma del Tratado en la que se introdujera una previsión específica que otorgara poderes de acción comunitaria en la lucha contra el racismo y la xenofobia. El acuerdo sobre la propuesta sale adelante un año después, en junio de 1997, concretándose en el art. 13 del TCE (actual art. 19 de TFUE). A mayor detalle, nos remitimos aquí al epígrafe «*b) Legislación antidiscriminatoria*», del apartado «*1.4.2.4. Ámbito de la Unión Europea*» del *Bloque I*. Véase también: SOLANKE, *Making anti-racial discrimination*, pp. 73-77; DOCKSEY/WADDINGTON, “The 1996 Intergovernmental Conference”, pp. 320-336; CONSEJO DE LA UE, *Conferencia Intergubernamental (1995)*, pp. 22 y 44.

¹⁷⁷³ Si lo anterior sucede en noviembre de 1995, el acuerdo llega en marzo de 1996 al Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, con un nuevo texto –prácticamente idéntico al originario– y ya bajo la presidencia italiana en el Consejo Europeo. En ese texto se mantenía lo que era objeto de desavenencias entre Reino Unido y los demás Estados: la incitación pública –no a la violencia y a la discriminación, sino– a la discriminación racial, así como la incitación pública a la discriminación y al odio religioso. Su adopción formal se retrasó hasta junio de 1998. El Reino Unido expresaría en el texto final sus reservas que no estaban contenidas en el cuerpo del mismo. Señaló que, tomando en debida consideración los principios generales de derecho penal de Reino Unido, implementaría todas las previsiones anteriores siempre que el comportamiento fuera amenazante, ofensivo o insultante (*threatening, abusive or insulting*) y se llevara a cabo con la intención de crear y provocar el odio racial (*intention of creating and evoking racial hatred*). En detalle, sobre estos términos y su alcance, véase lo desarrollado en los apartados «*2.1.2. Historical background on incitement to hatred*» y «*2.3.3. Incitement to hatred: Public Order Act 1986 (ss. 18-23 and 29B-29G)*» del *Bloque II*. Sobre el texto final íntegro y algunos comentarios con motivo del mismo, véase APAP, *The rights of immigrant workers*, pp. 213-217.

¹⁷⁷⁴ CONSEJO DE LA UE, *Acción Común (1996)*.

religión u origen nacional o étnico, y la difusión o distribución pública de panfletos, imágenes u otro material que contenga expresiones racistas y xenófobas.

3.2.3.1. Los orígenes de la política de la UE sobre el contenido ilícito en Internet

Los días 24-25 de abril de 1996 tiene lugar una sesión informal del Consejo de Ministros de Telecomunicaciones de la UE celebrada en Bolonia (Italia)¹⁷⁷⁵. Entre otras cuestiones, el contenido ilícito y perjudicial en Internet pasó a considerarse una prioridad urgente, por lo que convenía estudiar posibles medidas y puntos de encuentro más allá de lo que dispusieran las legislaciones nacionales al respecto. Además, fruto de este encuentro se constituyó un Grupo de Trabajo dependiente de la Comisión de las Comunidades Europeas, encargado de analizar los problemas relativos a contenidos ilícitos o perjudiciales. Precisamente, a la Comisión de las Comunidades Europeas se le encarga la realización de un estudio sobre los problemas que acarrea el rápido desarrollo de Internet, así como la conveniencia de su regulación a nivel europeo o internacional¹⁷⁷⁶. Ese estudio verá la luz en octubre de 1996¹⁷⁷⁷, complementándose con un Libro Verde¹⁷⁷⁸ que abría el camino para reflexiones a largo plazo sobre estos temas¹⁷⁷⁹ en los entornos digitales¹⁷⁸⁰.

¹⁷⁷⁵ Nota informativa oficial: “Telecommunications Ministers decide on caution regarding Community regulation of the Internet”. *CORDIS*, 29 de abril de 1996.

¹⁷⁷⁶ El 27 de septiembre de 1996, el Consejo de Ministros de Telecomunicaciones de la UE reunido en Bruselas (Bélgica) adopta una resolución por la que se ampliaban considerablemente los integrantes del Grupo de Trabajo (representantes de los Ministros de Telecomunicaciones, de los suministradores y prestatarios de servicios, de las industrias de contenido multimedia y de los usuarios) a fin de presentar propuestas o medidas concretas y con antelación suficiente respecto al próximo Consejo que estaba fijado para el 28 de noviembre de 1996. Véase la nota informativa oficial y el documento facilitado por el servicio de portavocía de la Comisión: “Telecommunications Council of 27 September 1996”. *CORDIS*, 1 de octubre de 1996. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *1949th Council meeting* (1996).

¹⁷⁷⁷ Véase: COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Illegal and harmful content* (1996); Nota informativa oficial: “Harmful and illegal content on the Internet - Protection of minors”. *CORDIS*, 17 de octubre de 1996.

¹⁷⁷⁸ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde sobre la protección* (1996). Este documento se adoptó el 16 de octubre de 1996, no siendo hasta el 16 de diciembre de ese mismo año cuando se presentó ante el Consejo de la Unión Europea y esta institución lo acogió de buen grado.

¹⁷⁷⁹ En Europa, en particular, gran parte del interés se concentró en el uso de Internet para intercambiar contenido pedófilo. La pornografía infantil resultó ser la fuerza motora a nivel europeo para abrir el camino hacia iniciativas más amplias sobre determinados contenidos y, en general, sobre el mal uso que se venía haciendo de la red de redes. Con gran detalle alrededor de la prolífica actividad europea en esta área, véase: CAMPBELL/MACHET, «European policy», pp. 140-159; LIEVENS, *Protecting children*, pp. 88 y ss.; AKDENIZ, *Internet child pornography*, pp. 165-191.

¹⁷⁸⁰ La relevancia de estos dos documentos no admite discusión. Según CALLANAN, ambos crearon el terreno para la adopción de todas las iniciativas europeas que se sucederían en esta área de acción (protección de menores y de la dignidad humana en servicios audiovisuales) durante toda una década (1995-2005). En detalle, véase CALLANAN, «Evolution, implementation and practice», pp. 61-66.

Según se explicaba en el estudio en cuestión, las categorías de contenido ilícito (*illegal content*) y contenido perjudicial (*harmful content*) eran diferentes categorías que demandaban una lectura y respuesta –jurídica y tecnológica– diferenciada¹⁷⁸¹. En primer lugar, para que un contenido fuera ilícito debía suponer la infracción de ciertas reglas que, en base a muy diferentes razones (p.ej.: protección del orden público o protección del honor de las personas), limitaban el uso y distribución de cierto contenido (p.ej.: material racista, pornografía infantil, etc.). Sin embargo, la prioridad y la movilización de recursos debía enfocarse a los contenidos que, además de lo anterior, rebasasen el umbral de lo delictivo según las respectivas legislaciones nacionales. La Comisión se reafirma en la máxima de que «lo que es ilícito offline, se mantiene ilícito online». Por tanto, disipa así cualquier duda sobre posibles vacíos legales en los ordenamientos jurídicos nacionales. Entre otros ejemplos, se señala la difusión de material racista o la incitación al odio racial. Aun así, se reconocen las dificultades prácticas que conllevaba el hecho de que no todo Estado sancionara penalmente las mismas conductas, o que su reflejo penal variara considerablemente entre los Estados miembro¹⁷⁸². De ahí que la Comisión entendiera que era importante aspirar a crear unos mínimos estándares comunes entre las distintas legislaciones penales sobre lo que debía entenderse por contenido ilícito.

Según se disponía en el Libro Verde, por encima de legislaciones nacionales existe un conjunto de contenidos que, por atentar contra la dignidad humana, conforman una categoría general y unitaria. Se trata de contenidos cuya producción, distribución, importación y publicidad suelen prohibirse y, además, llevar aparejadas sanciones penales privativas de libertad. Estos contenidos tienen en común que *“se estiman insoportables tanto para el individuo como para la comunidad, y que atentan a los propios cimientos de la sociedad y especialmente de la dignidad humana”*. Este sería el caso, con independencia del medio empleado (p.ej.: televisión, Internet, etc.), de la incitación a la discriminación racial o de otro tipo, al odio o a la violencia. De hecho, se atisbaba ya un objetivo común entre países: *“la lucha contra todos los tipos de contenidos que, directa o indirectamente, inciten al odio, a la discriminación o a la violencia, frente a personas*

¹⁷⁸¹ Aun así, la literatura académica más especializada, e incluso numerosos documentos posteriores de la Comisión y de otras instituciones europeas, han contribuido a desdibujar estos contornos formales, principalmente por la tendencia a hacer un uso intercambiable del contenido «ilícito» y «perjudicial». Además, junto con los dos anteriores, el contenido «no deseado» sería más tarde añadido a los debates sobre la regulación de contenido en Internet. Este último hacía referencia a todo contenido indeseado o no directamente solicitado por un usuario, pero al que forzosamente se veía expuesto (p.ej.: spam).

¹⁷⁸² COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Illegal and harmful content* (1996), pp. 10-11 y 24-26.

o grupos de personas por razón de su raza, nacionalidad, color de piel, sexo o religión". Este tipo de contenidos están ligados a un régimen de prohibición absoluta, si bien manteniéndose un margen suficiente de apreciación por parte de las autoridades nacionales. Esta flexibilidad interpretativa deslocalizada se entendía como la mejor fórmula de acción para una calificación correcta de los contenidos ilícitos, que debían valorarse dentro del contexto nacional específico que los rodeaba¹⁷⁸³.

En cuanto al contenido perjudicial, éste se refiere a ciertos tipos de materiales (p.ej.: opiniones sobre asuntos raciales) que podrían llegar a ofender los valores y sentimientos de las personas, siempre según los diferentes cánones histórico-culturales de un lugar. Este último aspecto no debe, en ningún caso, ser desatendido por parte de iniciativas que provengan de instancias supranacionales, como tampoco debe serlo el respeto al derecho fundamental a la libertad de expresión. Se podría decir que lo que es perjudicial no es el contenido en sí, como sucedía con lo ilícito, sino más bien el efecto perjudicial que ese contenido acarrea para las creencias, valores, formas de vida o intereses de personas o grupos de personas. En principio, al no estar prohibidos por ley, la Comisión opta por que se fomente la autorregulación de contenidos perjudiciales por parte de los proveedores de servicios de Internet (*Internet Service Providers* o *ISPs*), mediante la implantación de *software* de filtrado¹⁷⁸⁴. Los Estados miembro indicarían los requisitos mínimos que los diferentes mecanismos de autorregulación debían cumplir al ser implementados desde el sector privado, mientras que el rol que jugaría la UE se reduce a la coordinación de todo este proceso «desde fuera»¹⁷⁸⁵.

En lo sucesivo, nuestro interés se focalizará exclusivamente en las iniciativas europeas que tiene que ver con el contenido ilícito y no con el perjudicial. Las razones de esta decisión metodológica son varias. Si bien la autorregulación sería empleada también como una de las primeras técnicas de bloqueo contra publicaciones de contenido ilícito (p.ej.: determinadas plataformas valoran si un contenido es o no ilícito, así como la decisión de suprimirlo), en este caso es el Estado quien tiene el interés de actuar sobre ese

¹⁷⁸³ En detalle, véase: COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde sobre la protección* (1996), pp. 7, 15-17 y 42.

¹⁷⁸⁴ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Illegal and harmful content* (1996), pp. 10-11 y 24-26.

¹⁷⁸⁵ Este rol de la UE, así como la decisión de derivar todo el peso del análisis de contenidos al sector privado y a sus mecanismos de autorregulación, obedece a una decisión con indudables connotaciones políticas, pero también jurídicas. En detalle, sobre estos y otros puntos relacionados con la estrategia de la UE en relación a los contenidos perjudiciales, véase MIFSUD BONNICI/DE VEY MESTDAGH, "Right vision, wrong expectations", pp. 133-149.

contenido¹⁷⁸⁶, especialmente si se trata de contenido potencialmente delictivo además de ilícito. Respecto al contenido perjudicial, la decisión e interés por crear y regular las condiciones más deseables para el entorno virtual reside principalmente en el individuo¹⁷⁸⁷. A lo anterior cabe recordar que, sea uno u otro tipo de contenido el implicado, este trabajo no aspira a abordar la responsabilidad penal por contenidos ajenos en Internet. Por tanto, desde la perspectiva penal que motiva la redacción de estas líneas, parece evidente el doble plano en el que se sitúan estas dimensiones vinculadas al fenómeno del ciberodio, posibilitando aproximaciones dispares. El hecho de acogernos a una aproximación y no a otra (o incluso a ambas) es coherente con la decisión de restringir el objeto de estudio y ajustarnos así mejor a los límites formales fijados para la elaboración del trabajo.

Pues bien, en el Consejo de Telecomunicaciones del 28 de noviembre de 1996¹⁷⁸⁸ se debatirían y se acogerían de buen agrado todos los documentos anteriores, lo que desembocaría a comienzo de 1997 en una resolución formal del Consejo de la Unión Europea¹⁷⁸⁹ en esos mismos términos de respaldo a la labor realizada hasta la fecha. También ese año, el Parlamento Europeo emite varias resoluciones vinculadas con el estudio y el Libro Verde publicados el año anterior. En ellas se recuerda una vez más que, aunque el contenido ilícito (y delictivo) en Internet es de competencia estatal, “*la Unión Europea no puede desinteresarse de estos problemas tan estrechamente vinculados a las libertades públicas*”¹⁷⁹⁰. Por ello, se pide a los Estados que, sobre la base de valores y normas comunes europeas, no descuiden la línea de actuación estatal para la oportuna sanción penal de los contenidos ilícitos. Y aunque se observa que no hay ningún Estado miembro que no dispusiera ya de recursos legales para proscribir contenidos ilícitos que atenten contra la dignidad humana, si que aclara que dichos recursos “*no ofrecen una*

¹⁷⁸⁶ La Comisión tilda la autorregulación de contenidos ilícitos como una solución aislada y hasta cierto punto limitada, por lo que apuesta por un enfoque transnacional más amplio para que la aplicación de las legislaciones nacionales sea más sencilla y exista cooperación penal, policial y judicial entre Estados. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde sobre la protección* (1996), pp. 16-17.

¹⁷⁸⁷ Ahora bien, ello no obsta para que el Estado tenga cierto interés y capacidad de promover tal autorregulación (p.ej.: estímulo económico para el desarrollo e implementación de reglas o códigos de conducta, asistencia o cooperación en su preparación, incluso para establecer pautas mínimas de cumplimiento, apoyo a la formación del personal encargado de revisar contenidos, etc.). Sobre este particular, véase MIFSUD BONNICI, *Self-regulation*, pp. 67-71.

¹⁷⁸⁸ Nota informativa oficial: “Telecommunications Council of 28 November 1996”. *CORDIS*, 4 de diciembre de 1996.

¹⁷⁸⁹ CONSEJO DE LA UE, *Resolución del Consejo (97/C 70/01)* (1997)

¹⁷⁹⁰ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución sobre la comunicación* (1997), cons. J.

respuesta satisfactoria a los problemas jurídicos planteados por la universalización y el carácter transfronterizo de estos modos de comunicación”¹⁷⁹¹.

El Libro Verde, además, abrió en su momento un proceso de consultas sobre diferentes cuestiones a algunas instituciones europeas, Estados miembro y partes interesadas. Sobre estas consultas y el análisis de resultados obtenidos, la Comisión de las Comunidades Europeas facilitó un documento de trabajo en junio de 1997¹⁷⁹². Sobre los contenidos ilícitos que atentan contra la dignidad humana, la Comisión explica que al margen de los beneficios que conlleva consensuar una definición clara sobre lo que deba entenderse aquí y allá por contenido ilícito, sería deseable también «cierto grado» de aproximación entre legislaciones nacionales. A este fin armonizador, debería estrecharse la coordinación entre Estados. Lo que es más, se debía trabajar en la dirección de poder llegar a establecer un cuerpo de normas comunes sobre contenidos que atenten contra la dignidad humana. Para ello se propone realizar un estudio de derecho comparado para observar de cerca la legislación de los Estados miembro y su implementación por parte de jueces y tribunales. Las legislaciones, según se recoge, quizás deban ser clarificadas y adaptadas a los nuevos tiempos para conseguir los resultados esperados, pero sin que exista la más mínima duda de que las legislaciones pre-existentes a la era digital eran compatibles con los nuevos retos que ésta abría alrededor de la protección que se brinda a la dignidad humana. Por lo demás, entre otras tantas cuestiones, se incide en el debido respeto a la diversidad cultural manifestada a escala nacional y local sobre la percepción de la protección a la dignidad humana. Asimismo, la consulta viene a ratificar la distinción propuesta en el Libro Verde sobre contenido ilícito y contenido perjudicial¹⁷⁹³.

En noviembre de 1997, al documento de trabajo recién examinado le siguió una comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, como resultado del seguimiento que venía dándose al trabajo iniciado por el Libro Verde y el proceso de consultas. Esta comunicación contenía una propuesta de recomendación diseñada para el Consejo de la UE y el Parlamento Europeo, interesando que estas instituciones recomendasen un marco de referencia común a nivel europeo. Es decir, una hoja de ruta para todos los servicios audiovisuales y de la información, cualquiera que fuera el medio

¹⁷⁹¹ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución sobre Libro Verde* (1997), párr. 5.

¹⁷⁹² COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Protection of minors and human dignity* (1997).

¹⁷⁹³ En detalle, véase COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Protection of minors and human dignity* (1997).

empleado (p.ej.: la radiodifusión –o emisión de señales de radio y televisión al público general– o Internet). Y es dentro de este marco amplio donde se deberían promover iniciativas o medidas eficaces orientadas a la lucha contra el contenido ilícito¹⁷⁹⁴.

En resumen, no existe un marco legal europeo sobre contenidos en Internet, como tampoco existe una regulación específica sobre contenido odioso o difamatorio. En última instancia, habrán de ser los Estados miembro los que modulen su legislación nacional para llegar a ofrecer una respuesta más adecuada desde su propia perspectiva constitucional¹⁷⁹⁵. A su vez, las legislaciones nacionales se encontraron con una tecnología y unas posibilidades que desbordaban las reglas del juego conocidas hasta la fecha. Se produce un cambio de lo estrictamente nacional a lo global, siendo así que un acto delictivo cualquiera generaba un potencial de impacto que superaba con mucho cualquier suerte de aproximación nacional, llegando tales contenidos a una audiencia difícil de determinar. La estructura descentralizada de la red era un reto importante para aquellas legislaciones pre-existentes que, en su gran mayoría, partían de una visión estado-céntrica del problema. Ello impactaba de lleno en una deficiente cooperación interestatal para la investigación de unos hechos con apariencia delictiva. Y a los problemas de índole técnica, ya que no se disponía de herramientas de acceso y control de contenidos adaptadas a los nuevos tiempos, resultó que los problemas más clásicos que existían mucho antes de Internet también persistían después de su llegada (p.ej.: garantizar el respeto a la libertad de expresión, pero a su vez, proteger la seguridad nacional

¹⁷⁹⁴ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Communication from the Commission... on the follow-up* (1997). El Consejo de la Unión Europea recogió el guante y adoptó una recomendación ligeramente diferente a la propuesta por la Comisión. En concreto, sobre la lucha contra el contenido ilícito, se establecían tres líneas de acción: a) Informar y sensibilizar a los usuarios de que, en la medida en que son proveedores de contenido en las redes, deben familiarizarse y conocer bien los riesgos que conlleva esa función (uso responsable y conforme a la ley); b) Promover la gestión eficaz para atender las reclamaciones de usuarios sobre contenido ilícito que atente contra la dignidad humana y que sean reportadas a través de las *hotlines* o líneas directas habilitadas a este fin; c) Garantizar una cooperación eficaz entre operadores y autoridades judiciales y policiales de los respectivos Estados miembro para atajar este tipo de contenidos en los servicios audiovisuales y de información. CONSEJO DE LA UE, *Recomendación del Consejo (98/560/CE)* (1998), párr. 2.2.2.

¹⁷⁹⁵ Ahora bien, existe un lazo común que obliga a todas las legislaciones nacionales de los Estados miembro, ya que al entrar estos últimos a formar parte del Consejo de Europa están obligados por el CEDH y su art. 10 (derecho a la libertad de expresión). En consecuencia, el mayor interés lo encontraríamos en los parámetros interpretativos que se fijan con la labor del TEDH en la revisión de casos a la luz del CEDH (art. 10) y su disposición correlativa en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (art. 11). Sólo así encontramos un estándar de protección común entre Estados miembro, al margen de los instrumentos de *soft law* que se hayan podido implementar desde instituciones europeas en relación a la regulación de contenidos en Internet y que puedan llegar a influir en una situación legislativa concreta. Para una breve pero esclarecedora explicación de lo anterior, véase POLLICINO/BASSINI, «Free speech, defamation», pp. 520-528. A mayor abundamiento, nos remitimos aquí al apartado «3.2.2. *Ámbito regional europeo*» *supra*.

o el orden público). La variable de los muchos y muy diferentes intereses en juego, así como las diferentes tradiciones culturales entre Estados miembro, de las que derivaban parámetros de intervención diferentes y/o preferentes a la hora de regular contenidos, eran un impedimento notable para alcanzar consensos más amplios.

Las medidas que ha adoptado la UE representan una aspiración, como se puede observar, difícil por razón de las singularidades territoriales, a una armonización «de mínimos» de las distintas disposiciones penales nacionales. Se buscaba que el principio de territorialidad como expresión de la soberanía del Estado no fuera óbice para sancionar a los responsables, al menos dentro del marco común europeo. Si un determinado comportamiento constituía delito en diferentes países, entre un eventual Estado requirente y uno requerido se cumpliría el principio de doble incriminación o tipificación, lo que facilitaba la prestación de ayuda jurídica mutua en la investigación de los hechos¹⁷⁹⁶. Además, desde un primer momento se trató de que los Estados miembro reevaluasen tales previsiones para adecuar así su legislación interna a la canalización del discurso incendiario a través de los servicios audiovisuales y de la información. Si esto no sucedía así, entre otras razones, era porque algunos Estados optaron por relegar a la labor de interpretación judicial la modernización y el nuevo marco aplicativo de sus respectivas legislaciones. En definitiva, no es hasta la llegada del s. XXI cuando aparecerán las primeras propuestas de actos legislativos de la Unión en el ámbito que nos ocupa.

3.2.3.2. Hitos destacados con la llegada del s. XXI. Hacia la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, con aplicación indiferenciada al entorno online-offline

En una importante Comunicación adoptada en el año 2000, la Comisión de las Comunidades Europeas asumiría una definición amplia de «delincuencia informática», al entender por tal *“cualquier delito que de alguna manera implique el uso de tecnología de la información”*¹⁷⁹⁷. Posteriormente, la Comisión alude a diferentes categorías delictivas, entre las que se encuentra la correspondiente a los delitos relativos al contenido

¹⁷⁹⁶ Algunos tipos de ayuda judicial mutua o la extradición se condicionaba en muchos ordenamientos jurídicos a que el delito que se estuviera investigando fuera punible en ambos Estados involucrados. Se trataba de los conocidos problemas de doble tipicidad penal.

¹⁷⁹⁷ A renglón seguido, eso sí, se contiene una subdivisión amplia: (i) los delitos informáticos específicos, que por ser sobrevenidos –es decir, no tener equivalencia offline (p.ej.: creación de virus informáticos)– exigen actualizar las normativas penales de los Estados; y (ii) los delitos tradicionales cometidos valiéndose su autor de la informática, los cuáles precisan de una mayor cooperación interestatal. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Creación de una sociedad de la información* (2001), p. 12.

(*content-related offences*). Sea como fuere, se recuerda que hasta la fecha no existen instrumentos jurídicos de la UE que aborden directamente este ámbito específico o la delincuencia informática más ampliamente entendida¹⁷⁹⁸. Ahora bien, la Comisión adelanta que “*examinará el alcance de las medidas contra el racismo y la xenofobia en Internet, con vistas a presentar una propuesta [legislativa] para una decisión marco del Consejo (...) que cubra las actividades racistas y xenófobas en línea y fuera de línea*”¹⁷⁹⁹. La propuesta, en concreto, tenía como prioridad definir estándares mínimos relativos a la definición y castigo de delitos racistas, como podrían ser la incitación pública a la violencia o la negación pública de crímenes contra la humanidad¹⁸⁰⁰. A este respecto, una definición amplia de tales delitos permitiría su aplicabilidad a la casuística comisiva online. De hecho, a comienzos de siglo se alertaba de un aumento inusitado de la actividad racista y xenófoba en Internet, en particular, en España¹⁸⁰¹.

La propuesta legislativa presentada por la Comisión está fechada el 28 de noviembre de 2001¹⁸⁰². Además de tomar como punto de partida el listado de conductas que ya contenía la Acción Común de 1996, la propuesta recoge también los insultos o amenazas públicas hacia individuos o grupos por motivos racistas o xenófobos. Por lo demás, la gran novedad con respecto a la Acción Común de 1996 es que ya no se da opción a que

¹⁷⁹⁸ En este último caso con la salvedad de la todavía muy reciente Decisión del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet (2000/375/JAI). Asimismo, la Comisión hace hincapié en que Internet es un medio relativamente barato y muy efectivo para la propagación de ideas racistas a una audiencia potencial de miles, sino millones, de personas. Precisamente debido a lo anterior, también es un canal óptimo para buscar militantes o activistas.

¹⁷⁹⁹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Creación de una sociedad de la información* (2001), pp. 16 y 33. Poco después, el Consejo avalaría íntegramente la Comunicación anterior y, en particular, la iniciativa de examinar las medidas para combatir el racismo y xenofobia en Internet. CONSEJO DE LA UE, *Declaración del Consejo* (2001).

¹⁸⁰⁰ EUMC, *Annual report 2001* (2002), p. 99.

¹⁸⁰¹ En efecto, en relación al año 2000, un informe del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia (EUMC) se hacía eco del rápido incremento de miembros en organizaciones neo-Nazis en España. A ese incremento se unía el uso de Internet a efectos organizativos y de planificación de acciones violentas, sobre todo con el objetivo puesto en inmigrantes provenientes –o descendientes de aquellos que provenían– del Magreb. Un año después, este mismo organismo presentaba un estudio temático de investigación sobre el uso de Internet para la difusión de contenido racista en el mundo del fútbol. En el caso español, de los resultados obtenidos se afirma que podría haber motivos para la preocupación si tales datos se confirmaran como el reflejo de tendencias más generales. Se especula como causas de lo anterior el hecho de que la inmigración en España, a diferencia de lo que ocurría con otros Estados miembro, fuera un fenómeno tan reciente y al que no se estaba prestando la atención que merecía –o, en definitiva, se hacía tarde y mal– para evitar ciertas actitudes de la población de acogida. Además, en términos de políticas públicas, igualmente reciente era también la atención dispensada al racismo. Si bien las reformas legislativas habían hecho posible un mayor reconocimiento de la importancia de la intervención social en la lucha contra el fenómeno, según este organismo habría existido un retraso injustificable para que así fuera. Finalmente, se observa que faltan reglas claras y eficientes para controlar la difusión de material racista online. Véase: EUMC, *Diversity and equality* (2001), pp. 29 y 45; BALESTRÍ, *Racism* (2002), p. 7.

¹⁸⁰² COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Propuesta de Decisión-marco* (2001).

los Estados escojan entre criminalizar ciertas conductas o derogar el principio de la doble incriminación de tales comportamientos. Tal sistema de elección pierde su vigencia, ya que al querer garantizar ciertos objetivos la propuesta impone ahora la obligación inflexible de que los Estados den pasos hacia la tipificación penal de las conductas racistas y xenófobas¹⁸⁰³. Éstas, recogidas en el art. 4 de la propuesta, son las siguientes: a) la incitación pública a la violencia o al odio por motivos racistas o xenófobos o cualquier otro comportamiento racista o xenófobo susceptible de causar un perjuicio sustancial a los individuos o grupos afectados; b) los insultos o amenazas públicas hacia individuos o grupos por motivos racistas o xenófobos; c) la apología pública con fines racistas o xenófobos de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra; d) la negación pública o la banalización de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres de 8 de abril de 1945 [es decir, crímenes contra la paz¹⁸⁰⁴, crímenes de guerra¹⁸⁰⁵ y crímenes contra la humanidad¹⁸⁰⁶] en la medida en que ello pueda perturbar el orden público; e) la difusión o la distribución pública mediante escritos, imágenes u otros soportes que contengan manifestaciones racistas o xenófobas.

Por último, cobrando un interés especial, el memorándum explicativo deja claro que lo que se busca es garantizar que el contenido racista y xenófobo en Internet sea delictivo en todos los Estados miembro y en igualdad de condiciones respecto al manifestado offline¹⁸⁰⁷. Además, dado que por aquella época se estaba debatiendo también el

¹⁸⁰³ Véase: CONSEJO DE LA UE, *Acción Común* (1996); COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Proposal. Explanatory* (2001), pp. 6 y 8.

¹⁸⁰⁴ Se entiende por «crímenes contra la paz», “*planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados*” (art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional).

¹⁸⁰⁵ Se entiende por «crímenes de guerra», “*violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes*” (art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional).

¹⁸⁰⁶ Se entiende por «crímenes contra la humanidad», “*el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron*” (art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional).

¹⁸⁰⁷ Con ello se aclara un poco más el alcance real del art. art. 4 de la propuesta de la Comisión, ya que “(...) *abarca situaciones en las que la conducta se lleve a cabo por cualquier medio, incluido un sistema informático*” (traducción propia). COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Proposal. Explanatory* (2001), p. 8.

Convenio de Budapest y su Protocolo adicional, latía la idea de que un enfoque común de la UE sobre estos aspectos serviría para reforzar su posición en las negociaciones a nivel regional¹⁸⁰⁸. La propuesta de la Comisión de 2001 se acabaría concretando, muchos años más tarde¹⁸⁰⁹, y no exenta de críticas¹⁸¹⁰, en la DM 2008/913/JAI (2008)¹⁸¹¹.

Por lo demás, para el desarrollo y consolidación de la Comunicación con la que se abría el presente epígrafe, habría que esperar a otra de 2007¹⁸¹². En ella se ofrece la

¹⁸⁰⁸ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Proposal. Explanatory* (2001), p. 6.

¹⁸⁰⁹ Más que la falta de voluntad de combatir el racismo y la xenofobia por la vía del Derecho penal, la razón podría situarse más bien en las diferentes aproximaciones y sensibilidades dentro de la UE para criminalizar los delitos de expresión. Diferencia que evidentemente resultaba más marcada entre los sistemas legales de Reino Unido y el resto de ordenamientos jurídicos de los Estados miembro, debido a la diferente cultura jurídica –continental y anglosajona– de unos y otros. Véase: SUMMERS/SCHWARZENEGGER/EGE/YOUNG, *The emergence of EU Criminal law*, pp. 191-192; COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión* (2014), p. 2.

¹⁸¹⁰ Según constatan FLETCHER/LÖÖF/GILMORE, en los instantes previos a la adopción final de la propuesta de decisión marco por parte del Consejo, se trató de un movimiento innecesario a nivel europeo y de mera «pose legislativa» moralizante. Según estos autores, después de publicada la propuesta de la Comisión de 2001 se adopta la Decisión Marco 2002/584/JAI (2002), sobre la orden europea de detención y entrega. Según se disponía, darán lugar a la entrega “*sin control de la doble tipificación de los hechos*” una serie de delitos, siempre y cuando “*estén castigados en el Estado miembro emisor [de la orden] con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años*”. Entre los delitos que se recogen se encontraría como tal la categoría de “*racismo y xenofobia*” (art. 2.2 de la DM 2002/584/JAI). Pues bien, según estos autores, si se eliminaba el requisito de doble tipificación de los hechos, que era uno de los retos pendientes hasta ese momento, una armonización penal sustantiva perdía peso como consecuencia de una mejora de la cooperación entre Estados para implementar los tipos penales de referencia. No obstante, si bien la orden precisaba de una pena privativa de libertad de un máximo de “*al menos tres años*” para conseguir sortear el principio de doble tipificación, la DM 2008/913/JAI (2008) únicamente pide a los Estados que garanticen que las conductas delictivas que contempla (arts. 1 y 2) se castiguen con sanciones penales con un máximo mínimo de entre uno y tres años (art. 3.2). Por tanto, podría suceder que no se superase el umbral impuesto para la orden, siendo plenamente aplicable el principio de doble tipificación de los hechos. En cualquier caso, más allá de lo anterior, los autores estiman que para que la UE legisle sobre derecho penal sustantivo no sólo debe existir una base habilitante en Tratados de la UE, sino que también debería existir una «necesidad material de acción europea». Y es aquí donde los autores entienden que un enfoque común europeo, por sí mismo, no puede colmar la necesidad material, entre otras cosas porque si los tipos penales sobre discurso de odio son diferentes entre Estados será porque también existen razones de fondo que aconsejan que así sea. FLETCHER/LÖÖF/GILMORE, *EU Criminal law*, pp. 201-202.

¹⁸¹¹ Nos remitimos aquí al análisis de este instrumento realizado en el epígrafe «a) *Legislación sobre delitos de odio*», del apartado «1.4.2.4. *Ámbito de la Unión Europea*» del *Bloque I*. En términos de competencia jurisdiccional general, la DM 2008/913/JAI (2008) obligaba a los Estados a adoptar las medidas necesarias respecto a las conductas delictivas que este instrumento recoge cuando tales conductas se hubieren cometido “*total o parcialmente en su territorio*” (art. 9.1). Es decir, se estaría obligando a incluir una previsión legal sobre el principio de territorialidad. A su vez, al hilo de lo anterior, se aclara que los Estados deben asegurarse de que lo anterior incluya las conductas cometidas a través de un sistema de información y (i) el autor haya realizado la conducta estando físicamente presente en su territorio, independientemente de que en la realización de la conducta se utilizara o no material albergado en un sistema de información en su territorio, o (ii) en la conducta se ha empleado material albergado en un sistema de información situado en su territorio, independientemente de que el autor realizara o no la conducta estando físicamente presente en su territorio (art. 9.2). Por último, los Estados podrán decidir (no es preceptivo) implementar otros dos criterios de competencia jurisdiccional general. El primero es que la conducta delictiva se haya cometido “*por uno de sus nacionales*”, y el segundo que tal conducta se haya cometido “*en provecho de una persona jurídica que tenga su domicilio social en el territorio de este Estado miembro*” (art. 9.1 y 9.3).

¹⁸¹² A mayor abundamiento, salvo las remisiones muy concretas que se realizarán, véase COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación. Hacia una política* (2007).

siguiente definición de «ciberdelincuencia»: “*actividades delictivas realizadas con ayuda de redes de comunicaciones y sistemas de información electrónicos o contra tales redes y sistemas*”. A su vez, se desglosan tres tipos de actividades delictivas, como son las formas tradicionales de delincuencia, la publicación de contenidos ilegales a través de medios de comunicación electrónicos, y los delitos específicos de las redes electrónicas¹⁸¹³. Respecto a los segundos, se insiste en que cada vez son más los sitios web con contenido ilegal y que permanecen accesibles para cualquier europeo. Además, estos sitios web acostumbran a estar alojados en servidores de terceros países –así como sus propietarios o administradores– y no sin cierta astucia respecto a lo que allí se tenga por contenido ilegal. El sitio web también se suele trasladar rápidamente de un sitio a otro en caso de ser necesario¹⁸¹⁴. Una vez más, la dimensión transfronteriza y sus múltiples aristas (p.ej.: jurisdicción aplicable, legislaciones diferentes, contenido ilegal que abarca diferentes realidades, investigación penal difícil de conducir, etc.), así como la falta de formación de los operadores jurídicos, la falta de interlocución entre sectores –público y privado– de la industria o la falta de información estadística respecto a lo recurrente de este tipo de criminalidad, eran factores que dificultaban la toma de conciencia y la operatividad práctica de las medidas adoptadas (o con vistas a adoptar) por los Estados miembro. Por ello, la UE apuesta por una acción de política general de mejora de la coordinación a escala nacional, europea e internacional.

Pero lo más interesante, y a su vez sintomático de la dimensión real de las dificultades por las que se atravesaba, fue la siguiente afirmación: “*Una armonización general de las definiciones de los delitos y las legislaciones penales nacionales en el ámbito de la ciberdelincuencia todavía no es conveniente, debido a la diversidad de los tipos de infracciones que abarca este concepto*”. De hecho, la Comisión reconoce que la aproximación entre legislaciones penales y tipos delictivos concretos “*sigue constituyendo un objetivo a largo plazo*”, si bien se apremiaba a adoptar ya mismo legislación específica contra la ciberdelincuencia¹⁸¹⁵. Y, como no podría ser de otra forma, se hace un llamado para que tanto Estados miembro como terceros países ratificaran el Convenio de Budapest y su Protocolo adicional. Por lo demás, la Comisión anima a realizar acercamientos (p.ej.: acuerdos o convenios) entre diferentes Estados para luchar contra el contenido ilícito y cerrar sitios web que los contengan. También se apoya

¹⁸¹³ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación. Hacia una política* (2007), p. 2.

¹⁸¹⁴ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación. Hacia una política* (2007), p. 3.

¹⁸¹⁵ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación. Hacia una política* (2007), p. 9.

la idea de que hagan lo propio las diferentes autoridades estatales y el sector privado (p.ej.: proveedores de servicios de Internet).

3.2.3.3. Estado de actualidad

Entre las novedades legislativas que enlazan directamente con la incitación al odio en Internet¹⁸¹⁶ apenas podemos mencionar una propuesta de revisión de la Directiva 2010/13/UE de servicios de comunicación audiovisual (2016) y su materialización como Directiva 2018/1808 (2018). Se trata de una regulación sectorial específica que aborda la incitación al odio y la violencia en el material audiovisual disponible a través de las diferentes plataformas de distribución de vídeos online¹⁸¹⁷. En la propuesta de revisión elaborada por la Comisión Europea, se indica que las plataformas de intercambio de vídeos¹⁸¹⁸ debían establecer medidas para proteger a cualquier usuario de la incitación al odio. En concreto, se impone a dichas plataformas una obligación de medios, basada en la corregulación. La idea anterior puede resumirse en una apuesta por que *“los proveedores de plataformas de distribución de vídeos tengan la obligación de establecer y operar unos mecanismos por los cuales los usuarios comuniquen o informen de contenidos audiovisuales (...) que inciten al odio o la violencia”*¹⁸¹⁹.

Pues bien, la obligación anterior no altera en modo alguno el régimen de responsabilidad de los prestadores de plataformas de intercambio o distribución de vídeos sobre contenidos ilícitos alojados en su web¹⁸²⁰. Lo único que se les exige ahora es la obligación de facilitar los medios o canales adecuados para que determinados contenidos

¹⁸¹⁶ Por esta razón, que no por su importancia, no nos detendremos a examinar la Directiva 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo (2017).

¹⁸¹⁷ En palabras de la Comisión, la proliferación masiva de este tipo de materiales representaba un «problema de gravedad extrema» en la era digital. COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación. Las plataformas en línea* (2016), p. 9.

¹⁸¹⁸ Se entiende por «plataforma de intercambio de vídeos» (o «servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma») *“un servicio (...) cuya finalidad principal propia [p.ej.: YouTube o Amazon Prime] o de una de sus partes dissociables [p.ej.: foros, blogs o redes sociales] o cuya funcionalidad esencial consiste en ofrecer al público en general programas [p.ej.: largometrajes, documentales, etc.], vídeos generados por usuarios [p.ej.: vídeos distribuidos por Instagram Stories o emitidos en directo en Instagram Live] o ambas cosas, sobre los que no tiene responsabilidad editorial el prestador de la plataforma, con objeto de informar, entretener o educar, a través de redes de comunicaciones electrónicas (...) y cuya organización determina el prestador de la plataforma de intercambio de vídeos, entre otros medios con algoritmos automáticos, en particular mediante la presentación, el etiquetado y la secuenciación”* (art. 1.a) bis de la Directiva 2010/13/UE, modificada por la Directiva 2018/1808).

¹⁸¹⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación. Lucha contra el contenido ilícito* (2017), p. 10.

¹⁸²⁰ El prestador o proveedor, sea persona física o jurídica, no sólo está exento de responsabilidad en lo que a los contenidos ilícitos transmitidos o almacenados su web se refiere (salvo, por ejemplo, casos en que exista conocimiento efectivo de la ilicitud), sino que tampoco tiene el deber general de supervisar activamente tales contenidos [arts. 14-15 de la Directiva 2000/31/CE (2000)].

(en este caso, la incitación al odio o violencia) en determinados materiales (en este caso, materiales audiovisuales) puedan atajarse con prontitud y no impactar en el conjunto de la ciudadanía.

Sobre esta idea, el art. 28 *ter* de la Directiva 2010/13/UE, modificada por la Directiva 2018/1808, dispone que los Estados miembro deberán velar de que los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos que figuren en su jurisdicción¹⁸²¹ adopten las medidas referidas a fin de proteger “*al público en general de los programas, los vídeos generados por usuarios y las comunicaciones comerciales audiovisuales que inciten a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de un grupo por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 21 de la Carta* [es decir: sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 21.1); y nacionalidad (art. 21.2)]” (art. 28 *ter*.1.b; véase también el art. 6.1.a). Además de la protección específica contra la incitación al odio o a la violencia, ésta también se extiende frente a “*contenidos cuya difusión constituya una infracción penal según el Derecho de la Unión, a saber, (...) delitos de carácter racista y xenófobo regulados en el artículo 1 de la Decisión marco 2008/913/JAI*” (art. 28 *ter*.1.c).

Entre las medidas no legislativas de los últimos años, aunque sólo sea por su especificidad, destaca el *Código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio*¹⁸²² en Internet (2016), de la Comisión Europea¹⁸²³. En él se recogen una serie de compromisos –no vinculantes– de autorregulación de contenidos por parte de las empresas tecnológicas, algunas de las cuáles se sumaron al acuerdo desde un inicio y otras lo harían más tarde. Este instrumento, por tanto, se asienta sobre la idea de que, junto a una aplicación efectiva de las legislaciones penales de ámbito nacional que ya estén adecuadas a la DM 2008/913/JAI, deberían incentivarse “*acciones encaminadas a garantizar que los intermediarios en línea y las plataformas de comunicación social*

¹⁸²¹ Sobre los criterios de determinación de la jurisdicción nacional y sobre el deber de los Estados miembro de mantener actualizados los listados de los prestadores de servicios de comunicación sujetos a su jurisdicción, véase arts. 2 y 28.*bis* de la Directiva 2010/13/UE, modificada por la Directiva 2018/1808.

¹⁸²² La incitación ilegal al odio descansa sobre lo recogido en la DM 2008/913/JAI y se entiende por tal “*toda conducta de incitación pública a la violencia o al odio dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en función de la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico*” [COMISIÓN EUROPEA, *Código de conducta* (2016)]

¹⁸²³ Al margen de lo que se explicará a continuación, a mayor detalle, véase recientemente QUINTEL/ULLRICH, «Self-regulation», pp. 197-229.

actúen diligentemente contra la incitación ilegal al odio en Internet, previa recepción de una notificación válida y en un plazo adecuado”. Se apunta, por tanto, a una labor de complemento y refuerzo a la legalidad vigente, apostando por la cooperación, intercambio de información y mejora de las prácticas dentro de plataformas sociales como *Facebook* o *Twitter*, controlando así el contenido que incite al odio en Internet. Este control se traduce en retirar o deshabilitar el acceso a algún contenido, tras su oportuna revisión y en un plazo inferior a 24 horas¹⁸²⁴. Además de las normas o directrices comunitarias que deberán disponer las plataformas, la valoración de una solicitud de retirada de contenido se hará –como indica el Código de conducta (2016), “*en caso [de ser] necesario*”– con arreglo a las legislaciones penales nacionales. De hecho, especialmente para este último caso, las compañías tecnológicas que han adoptado el Código de conducta (2016) también han debido establecer puntos de contacto nacionales para facilitar la comunicación con las autoridades competentes en cada Estado.

En los últimos tiempos, en términos generales, parece evidente que la UE se ha ocupado muy singularmente de reforzar esta vía paralela a la acción legislativa de los Estados miembro. La consigna, todavía hoy, sigue siendo que las plataformas asuman un papel más protagonista y preventivo en cuanto al contenido ilícito que circula en la red, sirviendo de primer dique de contención que sólo cuando lo aquello expresado «se vaya de las manos»¹⁸²⁵ tendría sentido acudir al rigor de la ley penal nacional adaptada a la

¹⁸²⁴ La Comisión Europea evalúa anualmente la implementación del Código de conducta (2016). Para esa evaluación se cuenta con una red de organizaciones de la sociedad civil situadas en diferentes Estados europeos. Son precisamente estas organizaciones –y, en menor medida, algunos organismos públicos nacionales– las que ponen a prueba cómo las compañías tecnológicas implementan los compromisos del Código de conducta (2016). Para ello remiten solicitudes de retirada de contenidos de forma regular, recabando así información de interés sobre la reacción caso por caso de las compañías tecnológicas. Lo interesante aquí es saber que las organizaciones de la sociedad civil (en el caso español, hasta el momento: Movimiento contra la Intolerancia, Fundación Secretariado Gitano, Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Transexuales y Bisexuales, y el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia) o los organismos públicos (en el caso español, hasta el momento: Ministerio del Interior) sólo notifican contenidos que entienden que podría constituir discurso de odio punible (*illegal hate speech*) bajo su legislación penal. Por tanto, las cifras globales que se presentan anualmente son un indicador para calibrar cómo responden las compañías tecnológicas ante lo que tiene visos de ser delictivo bajo la óptica estatal. En primera evaluación anual (diciembre 2016) de un total de 600 notificaciones de retirada de contenido se removió el 28,2%; en la segunda (junio de 2017) de un total de 2.575 se removió el 59,1%; en la tercera (enero 2018) de un total de 2.982 se removió el 70%; en la cuarta (febrero 2019) de un total de 4.392 se removió el 71,7%; y en la quinta (junio 2020) de un total de 4.364 se removió el 71%. Véase: COMISIÓN EUROPEA, *Código de conducta* (2016); COMISIÓN EUROPEA, *Factsheet. First results* (2016); COMISIÓN EUROPEA, *Factsheet. One year after* (2017); COMISIÓN EUROPEA, *Factsheet. Results of the 3rd monitoring exercise* (2018); COMISIÓN EUROPEA, *Factsheet. Fourth evaluation confirms self-regulation works* (2019); COMISIÓN EUROPEA, *Factsheet. 5th evaluation of the Code of conduct* (2020).

¹⁸²⁵ Expresión extractada del discurso que formuló el vicepresidente primero de la Comisión Europea, Frans Timmermans, en una intervención en el Parlamento Europeo de 29 de junio de 2015. En concreto, Timmermans manifestó lo siguiente: “[L]a cantidad de incitación al odio en Internet es enorme. Entonces,

DM 2008/913/JAI. Por esta razón, el Parlamento Europeo ha apremiado a las plataformas en línea para que refuercen sus medidas de autocontrol y filtrado de contenidos¹⁸²⁶. La Comisión Europea también ha hecho llamados similares a la responsabilidad y a la adopción –siempre voluntaria– de las medidas oportunas y efectivas¹⁸²⁷, dada la importante función de intermediación que caracteriza a tales plataformas y que posibilita que los usuarios accedan a contenidos de toda clase y condición en Internet. Por ello, más allá de la idea básica de que los discursos xenófobos y racistas que incitan públicamente al odio y a la violencia son punibles dentro del marco europeo, lo cierto es que *“la detección y retirada de contenidos ilícitos en línea representa un urgente desafío para la sociedad digital de nuestros días”*¹⁸²⁸.

Este desafío de primer orden no está reñido con ejercer las oportunas acciones penales que de los mismos deriven, por lo que un intercambio rápido y eficaz de información incriminatoria entre las autoridades públicas competentes y plataformas en línea resulta esencial. De hecho, ambas funciones se retroalimentan para lograr un entorno digital más seguro. Por regla general, la retirada de contenidos debe producirse rápidamente¹⁸²⁹ cuando no quepa la menor duda de la ilicitud del contenido, lo que a su vez se pondrá de manifiesto cuando sean las fuerzas de seguridad de algún Estado, consideradas como alertadores fiables, las que informen de la existencia de dicho contenido. Además, la incitación al odio o la violencia es un contenido ilícito que precisará de mayor carga contextual que otros contenidos ilícitos (p.ej.: pornografía infantil) para determinar su ilicitud, lo que debe conjugarse con una actuación más cortoplacista por las consecuencias especialmente graves que puedan derivarse. Por ello, en caso de duda, las plataformas en línea pueden buscar asesoramiento externo, que en muchos casos será un organismo

¿prohíbes Internet? Por supuesto que no. Ese no es el camino a seguir. Pero, ¿te aseguras de tener una legislación que pueda intervenir cuando las cosas se vayan de las manos y se entre en el ámbito de lo delictivo? Sí, tenemos que observar este aspecto” (traducción propia). ARCI, *Hate crime and hate speech in Europe* (2015), p. 11.

¹⁸²⁶ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución (2016/2276(INI))* (2017), párr. 33.

¹⁸²⁷ Véase: COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación. Las plataformas en línea* (2016), p. 10; COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación. Un mercado único digital* (2017), pp. 10-12.

¹⁸²⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación. Lucha contra el contenido ilícito* (2017), p. 2.

¹⁸²⁹ También cabe el supuesto de que una investigación en curso determine que las plataformas deban mantener el contenido ilícito, es decir, no retirarlo en tanto sea necesario para determinados fines en el marco de dicha investigación. En otras palabras: *“La necesidad de cooperar con las fuerzas de seguridad en la investigación y el enjuiciamiento de delitos podría hacer, en algunos casos, que las plataformas tengan que abstenerse de retirar los contenidos ilícitos si ello es necesario en el marco de una investigación en curso, siempre con la estrecha supervisión de las autoridades nacionales y dentro del respeto de las normas penales de nivel nacional”*. COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación. Lucha contra el contenido ilícito* (2017), p. 17.

autorregulador o una autoridad competente¹⁸³⁰. No obstante, todo lo anteriormente expuesto debe entenderse en términos orientativos, sin que quepa hablar de obligaciones legales europeas que fuercen a alterar los marcos jurídicos nacionales. En último extremo, el discurso de odio en Internet también plantea dificultades para las autoridades judiciales. Esto no sólo se refleja en una más que habitual cooperación transfronteriza, sino que muchas veces serán necesarios informes de peritos judiciales o recursos suficientes para superar la barrera técnica del conocimiento¹⁸³¹.

3.3. Normativa Penal Española

3.3.1. Libertad de expresión y sus límites

Hace casi veinte años, Jack M. BALKIN, profesor de derecho en la Universidad de Yale (New Haven, Connecticut) y uno de los más destacados constitucionalistas de nuestro tiempo, insistía en que debemos replantearnos cada cierto tiempo el alcance y extensión de nuestros derechos y libertades más básicos. Si no lo hacemos, advertía, cambiarán de cualquier manera y en cualquier dirección posible, sea o no de nuestro agrado. Empleando un símil bélico, se refiere a los derechos y libertades como un «terreno de lucha» o «campo de batalla» en constante cambio y que no nos vienen dados ni garantizados por el Estado. Su forma y contornos se consiguen restablecer con cada victoria, y cada reestructuración de los derechos supone reestructurar el poder. Los derechos no son estáticos, sino que están en continuo movimiento. La revolución digital, como cualquier otra revolución, supone una «época de confusión», pero también una época de mera transición y de oportunidades. No obstante, destaca el autor, en la medida en que se abren paso nuevas oportunidades también hace lo propio el oportunismo. Los individuos tratan de maximizar y sacar el mayor provecho posible a esta era de la que todos somos partícipes en nuestro rol de actores principales. Esto supone, «para bien o para mal», que el derecho a la libertad de expresión se vaya a redefinir¹⁸³².

No obstante, aun redefiniéndose, Internet no altera la esencia del derecho. Al cambiar la forma de expresarse de la gente, así como al proveer a la ciudadanía de una estructura tecnológica orientada a la participación masiva, la revolución digital pone al descubierto aspectos relacionados con la libertad de expresión que siempre habían existido pero que

¹⁸³⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación. Lucha contra el contenido ilícito* (2017), pp. 15-17.

¹⁸³¹ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión* (2014), p. 10.

¹⁸³² BALKIN, "Digital speech", pp. 53-55. Para su traducción al castellano, véase BALKIN, «Discurso digital», pp. 300-303.

ahora se vuelven más evidentes si cabe (p.ej.: la producción y distribución de información como «fuente clave de riqueza»). El cambio de perspectiva ayuda a observar mejor un derecho que sigue siendo el mismo, aunque se redefinan constantemente sus contornos en el campo de batalla del día a día. En este punto, BALKIN defiende que el propósito de la libertad de expresión es el de «promover una cultura democrática». Una cultura que, según entiende, brinda a toda persona la oportunidad de «participar libremente en la difusión de las ideas y en la creación de significados» (la cultura democrática es, por definición, una cultura participativa). Estas ideas y significados moldearán tanto a la propia persona como a su entorno (p.ej.: creando culturas o subculturas entre iguales o afines a unas mismas ideas o formas de ver la vida). Las personas son «arquitectos de su cultura», a través de procesos colectivos amplios en que se crea, transmite, recibe o consume cultura. En ese proceso, la infraestructura tecnológica incrementa esas oportunidades de participación y, con ello, ayuda a democratizar aún más la cultura democrática. Internet es una «tecnología de participación cultural masiva». Mientras tanto, la libertad de expresión protege esa capacidad de participación de cada individuo o grupo de individuos en la configuración de la vida que nos rodea, a la que se dota constantemente de significados. Entre otras cuestiones, BALKIN explica que la libertad de expresión es *interactiva*. La persona interactúa, influye y tiene la capacidad de afectar a otras. Una afectación que no sólo se produce con un «discurso dirigido a persuadir» (*speech directed at persuasion*), lo cual parece evidente, sino con todo tipo de discursos (p.ej.: discursos que puedan ofender o desagradar). Incluso cuando se repiten ciertas expresiones, perdiéndose el carácter novedoso, ello supone un cambio de significado o contexto que impactará de forma diferente. La interacción entre individuos fomenta la creación y desarrollo de colectivos o grupos de personas, y eso también será parte de nuestra identidad y contribuirá a constituirnos como tales¹⁸³³.

En definitiva, sobre esta base, BALKIN llega a afirmar que «tanto las arquitecturas tecnológicas como los regímenes jurídicos de regulación deben ser estructurados de manera que hagan posible una participación plena y sólida de los individuos»¹⁸³⁴. Esta última garantía apuntada, a buen seguro, está cada vez más cuestionada en nuestro país. Uno de los retos de este estudio era, precisamente, comprobar hasta qué punto el

¹⁸³³ BALKIN, “Digital speech”, pp. 2-6 y 31-42. Para su traducción al castellano, véase BALKIN, «Discurso digital», pp. 207-214, 260-281.

¹⁸³⁴ BALKIN, “Digital speech”, p. 49. Para su traducción al castellano, véase BALKIN, «Discurso digital», pp. 292-293.

legislador español «ahoga» la libertad de expresión con la que ya es, tras la reforma operada por LO 1/2015, la primera plasmación explícita del ciberodio en nuestro ordenamiento penal (art. 510.3 CP)¹⁸³⁵. A tal fin, un estudio en clave introductoria al derecho fundamental a la libertad de expresión se antoja imprescindible.

3.3.1.1. Consideraciones iniciales en materia de libertad de expresión

La libertad de expresión tiene rango de derecho fundamental (arts. 20 y 53 CE). El ciudadano, en su ejercicio legítimo de este u otro derecho fundamental, goza de un espacio de libertad e inmunidad constitucionalmente reconocido y protegido frente a injerencias¹⁸³⁶ de los poderes públicos¹⁸³⁷. Por tanto, partimos de una esfera de desenvolvimiento personal de cada ciudadano garantizada por el texto constitucional (derecho subjetivo individual). Esta garantía jurídica dota de seguridad al ciudadano en su toma de decisiones¹⁸³⁸, que se podrán realizar sin trabas en los diferentes ámbitos de la vida en que se manifieste este derecho¹⁸³⁹. Se habla de un auténtico «derecho de defensa», en tanto será preciso reivindicar ese espacio inviolable propio de cualquier persona (nacional o extranjera), sobre todo, para discursos que no sean parte de la cultura de masas. Este derecho actúa, desde luego, como elemento de contención del *ius puniendi*,

¹⁸³⁵ Ampliamente, nos remitimos aquí al apartado «3.3.3. Modalidad comisiva online. El subtipo agravado del art. 510.3 CP» *infra*.

¹⁸³⁶ Podrá tratarse de injerencias con o sin base legal. En el caso de las que tengan base legal, se considerará una injerencia ilegítima aquella que no respete o supere los límites que la propia Constitución admite (arts. 20.4 y 53.1 CE). Un límite infranqueable lo constituirá, como no podría ser de otra forma, el respeto al contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de expresión. Sobre este particular, por su interés para este apartado, volveremos en breve.

¹⁸³⁷ En este sentido, como bien recoge la STC 235/2007, de 7 de noviembre, “*el valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas*” (FJ 4). No obstante, que la libertad de expresión sea un instrumento fundamentalmente pensado y orientado a controlar la actividad de los poderes públicos frente al ciudadano no quiere decir que no pueda desplegar su eficacia entre estos últimos en el marco de sus relaciones privadas.

¹⁸³⁸ Según se desprendía de la STC 51/1989, de 22 de febrero, “*cualquier persona puede manifestar sus opiniones y hacer la crítica de una situación, sea o no exacta o veraz la descripción de la situación criticada, (...) y sean más o menos positivas o negativas, justas o injustas y moderadas o acerbadas tales opiniones*” (FJ 3).

¹⁸³⁹ Nótese que la libertad de expresión, entendida en sentido amplio, comprende las diferentes libertades que obran en cada una de las letras del art. 20.1 CE; en concreto, la libertad de expresión *stricto sensu* (art. 20.1.a) CE), la libertad de creación literaria, artística, científica y técnica (art. 20.1.b) CE), la libertad de cátedra (art. 20.1.c) CE) y la libertad de información (art. 20.1.d) CE). Será la primera de todas ellas, también conocida como libertad de opinión (STC 104/1986, de 17 de julio, FJ 5), la que cobre protagonismo para elaborar las líneas que siguen. Salvo que se diga lo contrario, para evitar equívocos, toda referencia futura a la libertad de expresión debe ser entendida en este sentido restringido. Para una aproximación general al art. 20 CE, véase: VILLAVARDE MENÉNDEZ, «La libertad de expresión», pp. 581-616; URÍAS MARTÍNEZ, «La libertad de creación», pp. 617-625; URÍAS MARTÍNEZ, «La libertad de cátedra», pp. 626-632; CARLÓN RUIZ, «Regulación, control y acceso», pp. 633-644.

ya que el ejercicio de la libertad de expresión precisa de “*un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor*” (STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5; reproducida *ad litteram* en STC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4; STC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 6; y STC 6/2020, de 27 de enero, FJ 3).

Pero siendo como es un derecho fundamental de toda persona (dimensión subjetiva), la libertad de expresión ha llegado a ser entendida como valor preponderante y preferente sobre el resto de derechos fundamentales dentro de nuestro marco constitucional¹⁸⁴⁰. Según recogiera la STC 12/1982, de 31 de marzo, a través de la libertad de expresión se logra “*el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático*” (FJ 3)¹⁸⁴¹. La libertad de expresión, entendida en sentido amplio, tiene pues la encomienda constitucional de formar y mantener una opinión pública libre (dimensión objetiva)¹⁸⁴².

¹⁸⁴⁰ Esta doctrina del Tribunal Constitucional (doctrina del «valor preferente») ha cosechado numerosas críticas por parte de un sector doctrinal, ya que muchos autores entienden que esa posición de privilegio a la libertad de expresión carece de fundamento. Se dice que más que una cuestión de jerarquía entre derechos fundamentales sería una cuestión de equilibrio, puesto que el art. 53.2 CE ofrece iguales garantías para todos ellos. Además, preocupa que este enfoque más amplio del derecho a la libertad de expresión (dimensión institucional) eclipse la dimensión subjetiva y personalista del mismo. Se reclama, en definitiva, igual valor y esencialidad a todos los derechos y libertades fundamentales de nuestro ordenamiento. El propio Tribunal Constitucional habría matizado su doctrina haciendo de la preferencia del derecho a la libertad de expresión una preferencia no automática, sino resultante del uso de diferentes criterios a su alcance (p.ej.: objeto del mensaje, emisor/receptor del mensaje, etc.) para ponderar la libertad de expresión con otros derechos y, llegado el caso, determinar su preferencia. Véase: TERUEL LOZANO, *La lucha del derecho*, pp. 283-284; PRESNO LINERA/TERUEL LOZANO, *La libertad de expresión*, pp. 139-140. A mayor abundamiento, sobre esta doctrina, véase MONTILLA MARTOS, «Capítulo XIX», pp. 233-236.

¹⁸⁴¹ Esta misma idea sería recogida en diferentes resoluciones de la época, como la STC 104/1986, de 17 de julio (FJ 5), STC 159/1986, de 16 de diciembre (FJ 6), o la STC 107/1988, de 8 de junio (FJ 2). En diferentes términos, esta dimensión institucional de la libertad de expresión también vino recogida en la STC 6/1981, de 16 de marzo (FJ 3 y voto particular formulado por el Magistrado Plácido Fernández Viagas).

¹⁸⁴² Para conocer el origen de esta posición preferente que instaura el Tribunal Constitucional habría que acudir a la conocida como «doctrina Meiklejohn», conocida así por quien fuera su principal ideólogo (Alexander Meiklejohn). Este filósofo estadounidense concibió una forma de razonar cuya esencia copiaría décadas después nuestro Tribunal Constitucional. Este razonamiento parte del entendimiento de la libertad de expresión como un derecho funcional para la democracia, en la medida en que ésta prospera y se perfecciona cuanto más se alimente la llama del debate público a través de la libertad de expresión ciudadana (dimensión comunicativa). La dimensión personal y la dimensión política del derecho se retroalimentan mutuamente y benefician tanto al ciudadano como a la sociedad en su conjunto. Pero lo cierto es que Alexander Meiklejohn acabaría por hacer una distinción entre expresión y libertad de expresión. Mientras la segunda era intocable para el legislador (doctrina absolutista sobre libertad de expresión), se podían excluir de tal protección ciertas expresiones (p.ej.: injuria, incitación al delito, etc.) al no formar parte de esa libertad absoluta. Véase el trabajo original de Alexander Meiklejohn (1948), que representa el origen remoto de la doctrina actual del Tribunal Constitucional, en MEIKLEJOHN, *Free speech, passim*. Para un breve y esclarecedor comentario acerca de esta doctrina, véase: VIVES ANTÓN,

Se podría decir que todo bascula a su alrededor¹⁸⁴³. Es precisamente esta función garantista, y no tanto la simple titularidad subjetiva del derecho, la que determina su significancia superior¹⁸⁴⁴.

Precisamente, un énfasis excesivo en esta significancia superior y, por ende, en la dimensión institucional de la libertad de expresión, es lo que posiblemente esté detrás la «parcelación» tan común de discursos en función del valor añadido que se otorga a su contenido¹⁸⁴⁵. Una parcelación en función de lo que se ha denominado como «materias privilegiadas». Es decir, habría determinadas parcelas discursivas (p.ej.: discurso político o artístico) que, por el valor especial de un contenido (p.ej.: contenido de relevancia para el debate social o contenido artístico) que acaba insertándose en el espacio público, merecerían una protección reforzada en términos constitucionales. Esto se traduce, entre otras cosas, en que la libertad de expresión despliegue su eficacia con más o menos firmeza en relación a discursos específicos¹⁸⁴⁶ que sean concreciones de la misma, y no sobre otros¹⁸⁴⁷. Estos últimos estarían totalmente desconectados de lo

«La libertad de expresión e información», p. 114; CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto* (1992), pp. 673-674 (Informe basado enteramente en una ponencia de VIVES ANTÓN);

¹⁸⁴³ Este aspecto aparece claramente remarcado en la STC 159/1986, de 16 de diciembre: “[L]a formación y existencia de una opinión pública libre (...) reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas” (FJ 6).

¹⁸⁴⁴ El valor preponderante de las libertades de expresión contenidas en el art. 20 CE sólo puede ser apreciado cuando estas libertades “se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública” (STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2).

¹⁸⁴⁵ Entre otros, TERUEL LOZANO advierte de que cuanto más valor se otorgue a la dimensión institucional de la libertad de expresión, más proclividad habrá de excluir de antemano del ámbito de aplicación del derecho a la libertad de expresión ciertos contenidos. El autor se refiere a una exclusión de contenidos precisamente por su escaso valor social; es decir, porque poco o nada aportan a la formación y mantenimiento de una opinión pública libre. Piénsese, por ejemplo, en la cantidad de discursos banales que inundan las redes sociales. TERUEL LOZANO, «El discurso del odio y el discurso negacionista», p. 154.

¹⁸⁴⁶ La eficacia del derecho a la libertad de expresión podrá variar enormemente. Sirva con el siguiente ejemplo de interés: “[L]a protección constitucional de los derechos del art. 20 opera con su máxima eficacia cuando el ejercicio de los derechos de expresión e información versa sobre materias que contribuyen a la formación de una opinión pública libre, como garantía del pluralismo democrático. (...) [S]e debilitaría la eficacia de tal protección [constitucional] en los supuestos de información [art. 20.1.d) CE] u opinión [art. 20.1.a) CE] sobre conductas privadas carentes de interés público” (entre otras, véase: STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4).

¹⁸⁴⁷ En contra de lo que se cree popularmente, advierte URÍAS MARTÍNEZ, la libertad de expresión no protege el derecho a la palabra o cualquier acción comunicativa. No todo discurso propio es libertad de expresión en términos constitucionales. De hecho, la mayoría de las veces en el habla cotidiana no se busca dar a conocer o difundir ideas, sino actuar sobre la realidad y alterarla. Sobre esto último, un ejemplo simple pero muy ilustrativo que nos traslada este autor sería el siguiente: «Cuando un señor va a un supermercado y pide un kilo de tomates, eso no es libertad de expresión; eso es un señor pidiendo un kilo de tomates». Otro ejemplo diferente es el que nos traslada VIVES ANTÓN: «[I]maginen ustedes que alguien quiere

constitucionalmente protegido por el derecho a la libertad de expresión. En suma, entiende ALCÁCER GUIRAO, la «mera transmisión de ideas»¹⁸⁴⁸ revestida de «relevancia pública» representaría el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión que el legislador penal y los jueces están obligados a respetar por ser objeto de protección constitucional innegociable¹⁸⁴⁹. En palabras de VIVES ANTÓN, ese núcleo duro vendría constituido por el «derecho al disentimiento razonado»¹⁸⁵⁰. Según este último autor, además, estaríamos asistiendo a un periodo de degradación de lo que se entiende por opinión pública¹⁸⁵¹. Para URÍAS MARTÍNEZ, el contenido esencial vendrá constituido por la «libre difusión o circulación de ideas políticas», es decir, aquellas relativas al funcionamiento y gestión de la sociedad. Los juicios de valor meramente privados y que, por tanto, carezcan de interés social o relevancia pública, no entrarían a formar parte de este núcleo duro del derecho¹⁸⁵². Sea como fuere, la norma penal será

expresar su entusiasmo por el alcalde de esta ciudad, (...) pero decide expresarlo a las tres de la mañana, tocando un tambor en una calle donde los vecinos están durmiendo. (...) [R]ealmente, por más que él esté expresando algo, ahí se le puede prohibir, puede haber un límite; pero ese límite, lo que le limita no es la expresión de su idea, no le limita expresar su entusiasmo por el alcalde, sino que le limita despertar a los vecinos; estamos fuera del derecho, es un caso claro en el que estamos fuera del derecho, no estamos ante un límite, sino que hemos traspasado una frontera, nos hemos salido de la libertad de expresión constitucionalmente protegida». Véase: URÍAS MARTÍNEZ, *Contribución a mesa redonda* (2021); URÍAS MARTÍNEZ, «De qué diantres hablamos», pp. 11-15; VIVES ANTÓN, «La libertad de expresión e información», p. 117.

¹⁸⁴⁸ En estos mismos términos, véase lo contenido en la importante STC 235/2007, de 7 de noviembre, «*nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político*» (FJ 6).

¹⁸⁴⁹ Véase: ALCÁCER GUIRAO, «Cocinar Cristos», pp. 136-137; ALCÁCER GUIRAO, «Cocinar Cristos», pp. 81-82; ALCÁCER GUIRAO, «Símbolos y ofensas», p. 31; ALCÁCER GUIRAO, *La libertad del odio*, p. 169. Sobre el juicio de relevancia pública del discurso de odio y cómo no siempre se ha tenido todo lo presente que debiera por parte del Tribunal Constitucional, véase una breve crítica en ALCÁCER GUIRAO, «Opiniones constitucionales», pp. 18-19.

¹⁸⁵⁰ VIVES ANTÓN, *La libertad como pretexto*, p. 371. Aunque posteriormente revocada, nótese que esta misma idea de autor se filtra al Tribunal Supremo a través de la STS de 29 de noviembre de 1997, en que la expresión «dissentimiento razonado» supone «*la posibilidad de manifestar, sin sujeción o impedimento alguno, las opiniones que se profesan, o de expresar las propias ideas, sentimientos o creencias*» (FJ 9 y 30). También en relación con el contenido esencial del derecho según el mismo autor, véase CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto* (1992), p. 675 (Informe basado enteramente en una ponencia de VIVES ANTÓN).

¹⁸⁵¹ Este proceso degenerativo lleva a resultados verdaderamente esperpénticos. A continuación, por su lucidez explicativa, reproducimos íntegramente la reflexión de VIVES ANTÓN: «En un primer momento, la opinión pública se estimaba configurada por la opinión de aquellas personas competentes y especialmente instruidas, es decir, había un modelo normativo de opinión pública. En un segundo momento, en la evolución de los sistemas occidentales, la opinión pública se estima constituida a base de encuestas que han de alcanzar una expresión verbal, de manera que hay un proceso de degradación de la opinión pública al que asistimos, proceso de degradación que hace que los productos más reflexivos y elaborados, por ejemplo los libros, queden desplazados propiamente de la opinión pública. Los libros forman parte de una especie de club privado de lectores de libros al que el gran público no accede en absoluto. Los libros donde se desarrolla un raciocinio, y donde se debaten los temas actuales, tanto los temas actuales como los temas de justificación, forman parte de una pequeña élite que en absoluto prefigura para nada la opinión pública de las masas». VIVES ANTÓN, «La libertad de expresión e información», p. 116.

¹⁸⁵² Ampliamente, véase URÍAS MARTÍNEZ, «De qué diantres hablamos», pp. 16-22.

inconstitucional salvo que quepa alguna interpretación que no invada ese contenido mínimo e innegociable.

No obstante, apunta DÍEZ-PICAZO, la cuestión radica más bien en cuánto seamos capaces de alejarnos del paradigma de lo que representa la libertad de expresión. El contenido protegido por excelencia será aquél con relevancia para el debate social (discurso o expresión política)¹⁸⁵³, puesto que través de él se dinamiza claramente la formación de una opinión pública libre sobre temas que están vivos dentro de la sociedad¹⁸⁵⁴. A medida que nos alejamos de este foco, llegará un momento que perdamos de vista el faro que proyecta la luz. Por ello, será «progresivamente más dudoso» entender ciertos contenidos abarcados por las libertades y derechos del art. 20 CE¹⁸⁵⁵. Por tanto, al menos desde esta perspectiva, puede existir una merma de espacios discursivos en que pueda activarse –o, en su caso, activarse con más fuerza– este derecho de libertad de expresión¹⁸⁵⁶.

Y es que, dejando momentáneamente de lado este primer límite constitucional inviolable que viene marcado por el contenido esencial del derecho fundamental, lo cierto es que existe otra zona de protección más difusa e indeterminada (esfera de protección *prima facie* del derecho). Si se quiere, por seguir con el símil anterior, al ir perdiendo de vista el faro que proyecta la luz se llega a una «zona de penumbra»¹⁸⁵⁷. Se trata de un

¹⁸⁵³ La cuestión aquí es que existen, como hemos, parcelas discursivas (p.ej.: discurso o expresión artística) o formas de expresión (p.ej.: cantar, gritar, burlarse o cabrear a otros, etc.) que no son «abiertoamente políticas». No obstante, como explica BALKIN, lo que se hace es protegerlas por un fin último o superior de lo que aparentemente pudieran ser. Por ejemplo, la expresión artística se protege fundamentalmente por dos razones. La primera porque, como práctica social para el intercambio de ideas, resulta útil o puede en cualquier momento implicar una controversia política. En segundo lugar, en línea con lo anterior, porque resulta particularmente difícil trazar la línea que separa lo político de aquello que no lo es. Por tanto, en aras al fin superior que es prestar protección a la libertad de expresión, es preferible proteger de más que no hacerlo. En otras palabras, es preferible proteger la periferia de lo que está claro que se protege. Esto también pasa con las formas de expresión referidas (p.ej.: cantar, gritar, burlarse o cabrear a otros, etc.). Además, en estos casos, se protege lo que el autor denomina como posible «materia prima para la ulterior deliberación democrática». En suma, se protegen discursos o formas de articular discursos preventivamente, aunque no constituyan de forma nítida expresiones o formas de expresión políticas. Véase: BALKIN, “Digital speech”, pp. 35-36; BALKIN, «Discurso digital», pp. 268-269.

¹⁸⁵⁴ Según se posicionó el Tribunal Constitucional en la STC 214/1991, de 11 de noviembre, “*el valor preponderante de las libertades del art. 20 de la Constitución sólo puede ser apreciado y protegido cuando aquéllas se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, y contribuyan, en consecuencia, a la formación de una opinión pública, libre y plural*” (FJ 6). De este modo, el Tribunal nos invita a pensar en el valor de ciertos contenidos por encima de otros, existiendo zonas grises cuya cobertura constitucional peligre dentro de esa presumible ordenación de discursos.

¹⁸⁵⁵ DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 324.

¹⁸⁵⁶ Así, véase también ALCÁCER GUIRAO, “Discurso del odio y discurso político”, pp. 13-14.

¹⁸⁵⁷ Término empleado en ALCÁCER GUIRAO, *La libertad del odio*, p. 165.

ámbito de protección en que, para el mantenimiento de esa protección, el ejercicio del derecho se somete a un juicio de ponderación con otros bienes o intereses constitucionales en juego. De ese juicio de ponderación podrá resultar el derecho a la libertad de expresión restringido de forma proporcional y justificada, dado que se entenderá excedido del ámbito de su ejercicio legítimo (prohibición de exceso).

En este punto, sostiene TERUEL LOZANO, la concepción eminentemente personalista que impregna la Constitución española y, en concreto, sobre la que se hace pivotar el derecho a la libertad de expresión del art. 20 CE, impediría que *prima facie* se excluya por razón de contenido (*ratione materiae*) cualquier tipo de mensaje¹⁸⁵⁸ dentro de su ámbito de aplicación. A saber, un mensaje intrascendente para formar la opinión pública, que no afecte a materias de relevancia pública o que sea reprobable desde todo punto de vista democrático debe quedar abarcado, al menos inicialmente, por la libertad de expresión en sentido amplio¹⁸⁵⁹. Ello debiere abarcar también los discursos intolerantes de cualquier tipo (p.ej.: racistas, antirreligiosos, etc.)¹⁸⁶⁰. En el siguiente apartado veremos cómo esto no sucede así, puesto que el Tribunal Constitucional se deshace de la práctica totalidad de estos discursos antes de adentrarse en la esfera de protección *prima facie* del derecho¹⁸⁶¹.

En definitiva, incluso con todas las cautelas que se quiera, lo cierto es que el derecho a la libertad de expresión *stricto sensu* (art. 20.1.a) CE) dispone de un amplio campo de acción, en tanto abarca toda suerte de “*pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos*” (STC 51/1989, de 22 de marzo, FJ 2). Toda concepción del mundo, por más desconectada que esté de nuestra realidad (falta de veracidad) o por más que atente contra

¹⁸⁵⁸ Se cerraría así el paso a la cláusula de abuso de derecho (art. 17 del CEDH) y, por tanto, a la sustracción excepcional de discursos en base a su contenido, que opera dentro de la lógica del Tribunal de Estrasburgo. De hecho, el Tribunal Constitucional ya se refirió a que dicha cláusula “*no tiene parangón en nuestro ordenamiento constitucional*” (STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 5).

¹⁸⁵⁹ Véase: TERUEL LOZANO, *La lucha del derecho*, pp. 285-287; PRESNO LINERA/TERUEL LOZANO, *La libertad de expresión*, pp. 143-144; TERUEL LOZANO, “Cuando las palabras”, pp. 21-23. En este sentido, quizás conviene recordar unas breves palabras del Tribunal Supremo en la STS 259/2011, de 12 de abril: “*La tolerancia con todo tipo de ideas, que viene impuesta por la libertad ideológica y de expresión, no significa condescendencia, aceptación o comprensión, sino solamente que las ideas, como tales, no deben ser perseguidas penalmente*” (FJ 1).

¹⁸⁶⁰ Véase afirmaciones en este sentido en: ALCÁCER GUIRAO, “Cocinar Cristos”, p. 137; ALCÁCER GUIRAO, «Cocinar Cristos», p. 82; ALCÁCER GUIRAO, “Opiniones constitucionales”, p. 13; ALCÁCER GUIRAO, “Símbolos y ofensas”, p. 31.

¹⁸⁶¹ De ahí también que, al contrario de lo que se ha dicho sobre el hecho de que no exista equivalente funcional a la cláusula de abuso de derecho (art. 17 del CEDH) en el ordenamiento constitucional español, ALCÁCER GUIRAO estime que los efectos en la práctica se asemejan demasiado. ALCÁCER GUIRAO, “Opiniones constitucionales”, pp. 26-27 (nota al pie núm. 4, junto con las referencias bibliográficas adicionales que ahí se recogen).

los valores centrales de nuestro sistema democrático, cabe en este derecho. Como no podría ser de otra forma, lo anterior incluye también la crítica, “*aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige*” (STC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5).

En cuanto al soporte concreto al que se puede recurrir para ejercer y hacer valer el derecho, no se puede dar una respuesta cerrada. En realidad, podrá ser cualquier medio imaginable: medios de comunicación verbales, sea de forma oral o escrita, medios de comunicación no verbales (p.ej.: gestos, emoticonos, expresiones faciales, etc.), medios a través de los cuáles se realizan manifestaciones de carácter artístico (p.ej.: archivos de audio que contienen música, blogs online con información o recreación de hechos de todo tipo, etc.), o «cualquier otro medio de reproducción» según dispuso el art. 20.1.a) CE. En verdad, según ESPÍN, debemos corroborar que estemos ante un «hecho expresivo», es decir, ante un mensaje/comportamiento que intenta comunicar un pensamiento, una idea, una opinión o un sentimiento. Todo ello sin darle mayor importancia al medio empleado, si bien parece claro que los avances tecnológicos están debidamente cubiertos. Por lo demás, el hecho expresivo podrá darse entre personas que se comuniquen en la distancia a través de cualquier artificio técnico. Igualmente, el número de receptores –o receptores en potencia– tampoco será relevante¹⁸⁶², mientras lo expresado constituya «discurso público» en algún momento¹⁸⁶³.

Pues bien, aun con todo lo dicho hasta ahora, lo cierto es que no puede hablarse de un derecho absoluto e ilimitado. Los límites pueden ser tanto externos¹⁸⁶⁴, como sería el caso de que este derecho entrara en colisión con otros derechos o bienes susceptibles de guarda

¹⁸⁶² Incluso de no existir ninguno en un momento determinado, pero pudiendo darse esa contingencia en cualquier otro momento, el blindaje constitucional se mantendría intacto. En detalle, véase ESPÍN TEMPLADO, «Lección 12: los derechos de libertad (II)», pp. 256-258.

¹⁸⁶³ Este es un límite que marca los contornos de protección del derecho fundamental. Si lo expresado ni es ni llega a ser discurso público, se confirma entonces que está desconectado del derecho fundamental a la libertad de expresión. ALCÁCER GUIRAO, *La libertad del odio*, pp. 163-164.

¹⁸⁶⁴ Antes de avanzar, conviene precisar lo difícil y enrevesado que supone disociar clara –y, a poder ser, instructivamente– los límites al derecho fundamental de su contenido esencial. Sirva aquí con citar una frase de VIVES ANTÓN sobre este particular: «En términos generales, el problema de los límites se entrecruza con el problema del contenido constitucional de la libertad de expresión, y en última instancia, con el problema del fundamento». Esto se ve claro con un ejemplo que facilita el mismo autor poco después, el cual es de rabiosa actualidad aun siendo redactado en 1995: «Cuando se quema una bandera, ¿se puede reprimir eso en virtud de los daños que casusa, o pertenece a la esencia misma de la libertad de expresión esa opinión, esa expresión de contrariedad frente a una bandera que se rechaza?». Los límites internos, como bien refleja este autor, nacen del propio contenido esencial del derecho fundamental, de su fundamento, y es ahí donde empieza realmente el problema de distinción. VIVES ANTÓN, «La libertad de expresión e información», pp. 114 y 118.

constitucional (p.ej.: derecho al honor, derecho a la igualdad y a no ser discriminado, salvaguarda del orden público, etc.), como internos, bien por ser conductas expresivas que no representan manifestaciones concretas de la libertad de expresión o bien porque actúan límites materiales que configuran el contenido constitucionalmente protegible del derecho. En este punto, sugiere TERUEL LOZANO, el reconocimiento del discurso del odio como límite a esta libertad de expresión estaría alterando el equilibrio de fuerzas entre la dimensión personalista y la dimensión más funcional/institucional de esa libertad. Tanto si se protege como si se priva de protección constitucional a ciertos colectivos, ello repercutiría en una mayor «institucionalización» de la libertad de expresión¹⁸⁶⁵.

A su vez, aunque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no es clara al respecto, puede defenderse que la dimensión institucional de la libertad de expresión tiende a promover la «internalización» de los límites a la misma¹⁸⁶⁶. Este podría ser el caso del no reconocimiento de un pretendido derecho al insulto, quedando fuera de toda protección constitucional las “*expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas*” (STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4)¹⁸⁶⁷. Otro ejemplo es el de las amenazas o intimidaciones, puesto que “*no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos (...), ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre*” (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 15). Además, no puede dejar de aludirse al límite que se fija en las “*manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquéllas que incitan directamente a dichas actitudes*”; lo anterior obedece a que la expresión y difusión del entendimiento que se tenga de la historia o de la cosmovisión del mundo se hace desde el “*(...) deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social*” (STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 5). Esto desborda la protección tan amplia que, por lo demás, otorga el art. 20.1 CE. Finalmente, en estrecha relación con lo anterior, también será constitucionalmente inasumible “*(...) la apología de los verdugos, glorificando su*

¹⁸⁶⁵ TERUEL LOZANO, “Cuando las palabras”, p. 19.

¹⁸⁶⁶ PRESNO LINERA/TERUEL LOZANO, *La libertad de expresión*, p. 140.

¹⁸⁶⁷ No obstante, en diferentes términos, esta exclusión del ámbito de protección constitucional arranca con la STC 107/1988, de 8 de junio (FFJJ 2 y 3). Ampliamente, sobre el insulto como límite a la libertad de expresión, véase el reciente trabajo de URÍAS MARTÍNEZ, “Insultos en el Tribunal Constitucional”, pp. 271-301.

imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas” (STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 5). Todo lo anterior evidencia ya lo sofisticado que resulta dotar de contenido a la libertad de expresión y trazar unos límites mínimamente consensuados y estables en la práctica¹⁸⁶⁸, más allá de todas estas alusiones formales que sirven de referencia más bien vaga.

En lo sucesivo, nos ocuparemos primero de trasladar una reflexión en torno al contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de expresión y, asimismo, nos conformaremos con estudiar el límite de delimitación interno representado por el discurso de odio. Este es un límite que, de concretarse, niega la cobertura constitucional a este tipo de discursos. Acto seguido, suponiendo que el discurso haya encontrado cobertura constitucional *prima facie* y podamos situarnos dentro del derecho que nos concierne, avanzaremos hacia la capa externa del mismo. En esta capa externa cobrará fuerza la interdicción del discurso de odio como técnica –con base normativa (p.ej.: discurso de odio punible canalizado a través del art. 510 CP)– para proteger ciertos derechos o bienes que también merecen amparo constitucional. Se examinará, en general, cómo y bajo qué condiciones el ejercicio del derecho a la libertad de expresión puede derivar en un ilícito penal concreto por excesos verbales que merezcan sanción penal¹⁸⁶⁹.

3.3.1.2. Controles constitucionales

Existen diferentes delitos expresivos que pueden «entrar en fricción» con el derecho a la libertad de expresión (STS 675/2020, de 11 de diciembre, FJ 1). En cualquier caso, se asume que los jueces deben realizar la labor previa de identificar y relacionar el contenido esencial del derecho fundamental con la expresión concreta a examen. Como indica el Tribunal en la STC 2/2001, de 15 de enero, así como en muchas otras, la razón es que unos hechos probados “*no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de*

¹⁸⁶⁸ Especialmente crítico se muestra MONTILLA MARTOS, quien hace notar que, con el devenir de los años, el Tribunal Constitucional apenas se ha esforzado en la labor de ir definiendo los contornos de los mensajes de odio en forma de límite al derecho fundamental a la libertad de expresión. En detalle, desarrollando esta idea, véase MONTILLA MARTOS, «Capítulo XIX», pp. 247-248. Por su parte, VIVES ANTÓN entiende que, en realidad, el discurso de odio esconde tras de sí «el déficit de legitimidad del castigo de ciertas expresiones que deberían quedar amparadas por la libertad de expresión». Véase, indistintamente: VIVES ANTÓN, «Sobre la apología del terrorismo», p. 45; VIVES ANTÓN, «Sobre la apología», p. 513.

¹⁸⁶⁹ Téngase en cuenta que, para el caso de que vaya a intervenir el derecho penal ante un posible exceso verbal, lo lógico será defender una mayor amplitud de espacio para que el derecho a la libertad de expresión pueda desarrollarse en condiciones. Por tanto, puede asumirse que el recurso al derecho penal para castigar el exceso verbal sea en realidad, con relativa facilidad y frecuencia, contrario al contenido constitucional garantizado por la libertad de expresión. Véase la STC 78/1995, de 22 de mayo (voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Tomás S. Vives Antón).

ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito” (FJ 2). A su vez, rige para la disyuntiva anterior el principio de supremacía de la Constitución y el de respeto a los derechos fundamentales (STC 35/2020, de 25 de febrero, FJ 4; STC 190/2020, de 15 de diciembre, FJ 4)¹⁸⁷⁰. Por ello, se entiende, el recurso al derecho penal sólo será constitucionalmente válido cuando estemos ante un «aparente ejercicio» del derecho fundamental, lo que sucederá si “(...) *la conducta enjuiciada, por su contenido, por la finalidad a la que se orienta o por los medios empleados, desnaturaliza el ejercicio del derecho y se sitúa objetivamente, al margen del contenido propio del mismo y, por ello, en su caso, en el ámbito de lo potencialmente punible*” (STC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5)¹⁸⁷¹. La lógica que trasciende de estos pronunciamientos es que habrá expresiones que no estén protegidas por el derecho fundamental a la libertad de expresión, constituyendo «actos materiales de expresión» sin ser manifestaciones concretas del ejercicio de la misma¹⁸⁷².

En suma, tanto si no se lleva a cabo una valoración previa (falta de comprobación de hallarnos ante un ejercicio legítimo del derecho) como si se hace sin relacionar lo expresado con el contenido del derecho en cuestión (carencia manifiesta de fundamento en la valoración), se estaría vulnerando el derecho fundamental a la libertad de expresión. Ante tal vulneración, la consecuencia será la estimación del recurso de amparo interpuesto

¹⁸⁷⁰ Sobre estos principios descansa el control constitucional adelantado que debe realizarse en sede judicial. Sirva para reflejar mejor lo anterior el siguiente pronunciamiento de la STC 137/1997, de 21 de julio: “*Es cierto que (...) los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales. Sin embargo, para poder determinar si esa aplicación vulnera los referidos derechos, es necesario precisar previamente si la conducta objeto de sanción pertenece al ámbito propio del derecho fundamental invocado y, en consecuencia, está amparado por el mismo. No estamos en el ámbito de los límites al ejercicio del derecho sino en el previo de la delimitación de su contenido*” (FJ 2).

¹⁸⁷¹ En la medida en que la conducta expresiva se desvincula del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de expresión, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS entiende que únicamente resta acudir a un control de proporcionalidad de la reacción penal *ex art. 25.1 CE*, puesto que, como más adelante veremos, esta autora sitúa el principio de proporcionalidad plenamente integrado en el de legalidad (art. 25.1 CE). La medición de la intervención penal se realizará conforme al correspondiente juicio de proporcionalidad. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, p. 83.

¹⁸⁷² No obstante, como veremos más adelante, los límites al derecho fundamental no sólo radican fuera de los márgenes del contenido del derecho. Es decir, la zona punible no empieza siempre donde acaba el derecho. El derecho fundamental, salvando su contenido esencial, es limitable por injerencia (de otro derecho fundamental). Por tanto, si bien esto último será más adelante objeto de atención preferente, sirva aquí con comprobar lo contradictorios que resultan algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en esta materia, hasta el punto de llevar al equívoco. La realidad es que podrán existir manifestaciones expresivas directamente excluidas del derecho fundamental, es decir, expresiones que no constituyen libertad de expresión, y manifestaciones de la libertad de expresión limitables penalmente mediante legítima injerencia. Pero lo más curioso de todo, indica ROLLNERT LIERN, es que cualesquiera de las dos vías anteriores conllevan para el Tribunal Constitucional el mismo efecto práctico: es un tipo de discurso –p.ej.: discurso de odio– que no queda amparado «dentro del contenido constitucionalmente protegido» del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1.a) CE). ROLLNERT LIERN, «El discurso del odio y los límites», pp. 256-258.

ante el Tribunal Constitucional y la anulación de la resolución que se había impugnado a través de ese recurso (STC 35/2020, de 25 de febrero, FJ 4), por lo que se retrotraerán las actuaciones al momento previo al del pronunciamiento afectado.

Parece evidente pensar, antes que nada, que los esfuerzos deben estar dirigidos a atender debidamente el contenido esencial del derecho fundamental¹⁸⁷³. Sólo así será posible determinar si el acto expresivo, tal y como se nos presenta, lo era en su condición de ejercicio legítimo de ese derecho. Pues bien, según URÍAS MARTÍNEZ, el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión puede conectar, por ejemplo, con cualesquiera discursos con contenido de relevancia para el debate social. A partir de aquí, se abriría a discusión si las expresiones enjuiciadas formaban o no parte de esa parcela discursiva, comúnmente referida como discurso político. Siguiendo esta lógica, este autor constata que el Tribunal Constitucional –y, por extensión, los tribunales ordinarios al respetar el criterio seguido por este último– se estaría arrogando la competencia para dilucidar qué discurso político es legítimo y qué discurso político no lo es. Esto es inasumible si partimos –como así debiera ser, según hace notar ese autor– del discurso político como contenido mínimo, necesario e indisponible del derecho a la libertad de expresión. Lo que estaría ocurriendo es que el Tribunal Constitucional se ha negado a darle un contenido intangible a la libertad de expresión¹⁸⁷⁴. Esta forma de proceder, cada vez más indisimulada, hace que el Tribunal se sienta libre y flexibilice sus tomas de posición caso por caso conforme al principio de proporcionalidad y dentro de la esfera de protección *prima facie* del derecho.

En términos generales, se podría decir que los tribunales visualizan la libertad de expresión como un principio muy abierto que guía u orienta la expectativa de acción estatal, quedando únicamente sometida a ejercicios de ponderación con demás intereses en juego. Así, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre libertad de expresión se habría venido aprovechando de su naturaleza retráctil. Es decir, el derecho a la libertad de expresión puede adelantarse y ganar en importancia o retraerse y esconderse, todo dependiendo del caso. Se trata de una maniobra que desvirtúa por completo cualquier

¹⁸⁷³ En palabras de SÁEZ VALCÁRCEL, «no existe democracia sin disenso y la posibilidad de su expresión, por lo que es obligado interrogar qué margen queda para reconocer un contenido mínimo o esencial del derecho de expresión, más allá de un liberalismo de apariencia». SÁEZ VALCÁRCEL, “La libertad de expresión”, p. 2.

¹⁸⁷⁴ URÍAS MARTÍNEZ, *Contribución a mesa redonda* (2021). De forma complementaria, véase también URÍAS MARTÍNEZ, *Libertad de expresión*, pp. 70-81.

intento de cerrar y garantizar con firmeza, en beneficio último de la seguridad jurídica y la lógica interna del Tribunal (y del resto de tribunales ordinarios), cuál es el reducto mínimo e innegociable del derecho. Sería deseable que hubiese claridad previa respecto a este último punto, sin que quede en manos de jueces y tribunales la variación de criterio. Parece repetitivo incidir en que el contenido esencial de un derecho fundamental no debe ser libremente juzgado por nuestros tribunales.

Como ya se ha dicho, la identificación del contenido esencial y la relación de lo expresado con ese núcleo duro debe realizarse antes de plantearnos siquiera si la conducta encaja o no dentro de un tipo penal¹⁸⁷⁵. Por ello, el examen de la tipicidad penal se supedita a un examen preliminar sobre la inconstitucionalidad de la acción¹⁸⁷⁶. Sólo así se estará en posición de defender que alguien ha ejercido legítimamente su derecho a la libertad de expresión¹⁸⁷⁷; en otras palabras, debe determinarse si la conducta enjuiciada lo es en su condición de manifestación concreta del ejercicio legítimo del derecho fundamental a la libertad de expresión¹⁸⁷⁸. Por tanto, si antes decíamos que el Tribunal

¹⁸⁷⁵ Ahora bien, según precisa CUERDA ARNAU, el juez ordinario debe tener un orden de prioridades claro en la cabeza, lo que no quiere decir que deba empezar –formal y obligatoriamente– por la delimitación constitucional del derecho antes de profundizar sobre si la conducta tiene encaje en el tipo concreto. Pero, en todo caso, la lógica que debe guiar la acción del juzgador parece evidente. El juez debe cerciorarse de que unos hechos tienen cabida en el derecho constitucional a la libertad de expresión (art. 20.1.a) CE), ya que si no fuera así decaería directamente la acción penal. Véase: CUERDA ARNAU, “Proporcionalidad penal y libertad de expresión”, p. 12 (véase también la nota al pie núm. 23); CUERDA ARNAU, «Proporcionalidad penal. Libertad de expresión», pp. 165-166.

¹⁸⁷⁶ Según reconoce la STS 675/2020, de 11 de diciembre, esta doctrina constitucional tensiona los planteamientos tradicionales sobre la teoría general del delito, “*ya que no deja de anteponer a la clásica definición de éste, como acción típica, antijurídica, culpable y punible, un elemento más, como es la inconstitucionalidad de la acción*” (FJ 1).

¹⁸⁷⁷ Poco o nada importa en este momento que haya existido una extralimitación en ese derecho. Esto queda suficientemente claro en el Auto de la AN, de 1 de octubre de 2015: “[N]o estamos ante un límite externo al ejercicio de un derecho, sino en la propia delimitación de su contenido, y por ello no rigen criterios de ponderación o proporcionalidad en cuanto al sacrificio, sino si en el ejercicio del mismo, se está dentro del contenido que convierte la acción en jurídica o fuera de ese ámbito, y por consiguiente es antijurídica” (FJ 7). Por tanto, se trata de descartar la antijuricidad de la conducta; es decir, descartar que la conducta sea contraria a derecho. La libertad de expresión del art. 20.1.a) CE constituye precisamente una causa de exclusión de la antijuricidad. Sobre esta y otras corrientes de opinión, fundamentalmente la que defiende la atipicidad de la conducta (a través de una valoración de la adecuación social de la acción o del riesgo permitido) en vez de derivar todo el peso a las causas de exclusión de la antijuricidad, véase RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, pp. 85-99. En contra de esta última solución, seguida por diferentes autores, véase CUERDA ARNAU, “Proporcionalidad penal y libertad de expresión”, pp. 13-17.

¹⁸⁷⁸ Con todo, sea o no legítimo tal ejercicio del derecho, cabe notar que el tanto juez al aplicar la norma penal como el legislador al definir la conducta están impedidos a reaccionar con desproporción ante el acto expresivo. Este impedimento opera en general, sin importar en qué situación quede la legitimidad del ejercicio del derecho. De hecho, prosigue el Tribunal Constitucional en su razonamiento, “*no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción [judicial o legislativa] frente a dicha extralimitación no pueda producir "por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto (...) disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada" (sobre tal "efecto desaliento": STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 20; y STEDH, de*

Constitucional se ha negado a dar un contenido claro al derecho fundamental a la libertad de expresión, la consecuencia más evidente ahora es que se ha relajado la exigencia de examen previo sobre la concurrencia de la libertad de expresión. Al ser incierto el contenido esencial del que se parte, ello resta credibilidad a la obligación de realizar una primera lectura del acto para valorar si lo expresado queda dentro o fuera del espacio de libertad e inmunidad constitucional de la persona con el que abríamos este apartado general.

Lo que viene sucediendo es que se ha vaciado de contenido el derecho fundamental. De hecho, nuestros tribunales se enfrentan al examen previo de control constitucional sin un contenido infranqueable claro, por lo que gana fuerza otra práctica judicial bien distinta: la libertad de expresión se dilata o comprime en función del criterio del juzgador que observa y pondera los diferentes intereses en disputa en el caso concreto. Esto, en la práctica, no es un modo de proceder válido, al menos en esta primera fase judicial de control constitucional¹⁸⁷⁹. Pasar por alto el contenido esencial del derecho fundamental a

22 de febrero de 1989, § 29 [*Barfod c. Noruega*]; respecto a la exigencia de proporcionalidad: STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4, y SSTEDH de 13 de julio de 1995, §§ 52 a 55 [*Tolstoy Milovslasky c. Reino Unido*], de 25 de noviembre de 1999, § 53 [*Nilsen y Johnsen c. Noruega*], y de 29 de febrero de 2000, §§ 49 y 50 [*Fuentes Bobo c. España*])” (STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5). Se trata, explica RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, de un control constitucional de proporcionalidad sobre una reacción penal relacionada con el derecho fundamental a la libertad de expresión. Ahora bien, este control de constitucionalidad que implica la posibilidad de invocar el efecto desaliento (*chilling effect*) en el ejercicio del derecho será un argumento a favor del propio derecho constitucional dentro del juicio de proporcionalidad, y no en esta primera etapa de examen judicial previo. Es decir, tal argumento a favor del derecho fundamental convertirá la reacción penal en desproporcionada. Según entiende la autora, entra en juego un principio de proporcionalidad que se canaliza a través del principio de legalidad *ex art. 25.1 CE*, en el que estaría plenamente integrado. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión*, pp. 81-83. Ampliamente, sobre todo lo que rodea al efecto desaliento, así como sus implicaciones, véase el exhaustivo análisis en: CUERDA ARNAU, “Proporcionalidad penal y libertad de expresión”, pp. 17-40; CUERDA ARNAU, «Proporcionalidad penal. Libertad de expresión», pp. 167-171.

¹⁸⁷⁹ Incluso, si se quiere, podríamos recoger aquí la conocida reserva que mostraba VIVES ANTÓN en relación a la ponderación judicial como método para solucionar conflictos vinculados con la libertad de expresión en general. Según entiende el otrora Magistrado del Tribunal Constitucional, la ponderación judicial en estos casos supone abrir una «brecha incontrolable» que derive en un posible caos, por cuanto se enviste al juzgador de facultad para sopesar y dirimir con sesgo ideológico una correlación de fuerzas entre intereses encontrados. Por tanto, el riesgo radica en que el juzgador siga criterios propios (ponderaciones «*ad hoc*») y no criterios estrictamente legales. El juez debería limitarse a aplicar la ley y, en caso de duda, acudir al Tribunal Constitucional, quien en todo caso debiere aplicar límites materiales (en palabras de autor, los «auténticos límites») sobre ciertos ejercicios de libertad de expresión vedados. El juicio ponderativo (o la «doctrina del *balancín*», según terminología del propio autor) tendría que estar reservado al poder constituyente, ya que la ponderación de derechos en manos de un juez o del Tribunal Constitucional se presta a resultados inciertos y desconcertantes. Así, concluye, «ningún temor es infundado» si observamos la posibilidad anterior desde una retrospectiva histórica. Posiblemente en esta misma línea, LASCURAIN SÁNCHEZ habla de la «peligrosa pendiente deslizante de la ponderación», que puede derivar en excepciones al derecho fundamental que supongan cada vez una mayor desproporción. Precisamente, sobre este efecto a combatir, el autor anota que podría producirse por los «defectos de la administración penal» de justicia. Poco después, refiriéndose al delito de provocación a la violencia, a la discriminación y al odio (art. 510 CP), se refiere directamente a un ámbito de ponderación propio del

la libertad de expresión equivale a perpetuar su indefinición. Esto último favorece las incongruencias entre pronunciamientos del propio Tribunal Constitucional, así como la incredulidad más absoluta en el ciudadano.

A pesar de que, según algunas voces, no pueda definirse positivamente qué es, en realidad, el contenido mínimo e innegociable del derecho fundamental a la libertad de expresión contenido en nuestra Carta Magna, otras propuestas asumen un camino diferente. TERUEL LOZANO opta por examinar la «vinculación negativa» del legislador y de los jueces al contenido constitucional de la libertad de expresión. A este fin, propone que ciertas formas de expresión extremas –como lo son los discursos de odio y el discurso negacionista– sean concebidas como límites al derecho a la libertad de expresión, y que estos discursos puedan llegar a clasificarse en categorías (p.ej.: (i) la injuria, humillación o vejación de una persona por razones discriminatorias; (ii) las amenazas reales; o (iii) la provocación que genere un peligro cierto e inminente de acciones prohibidas). Pero estas categorías no se basan tanto en el contenido del discurso como en la ofensividad generada o buscada (cualificaciones ofensivas), si bien para esto último seguirá siendo relevante valorar el contenido de aquello expresado. En todo caso, las categorías vendrían equipadas por reglas/cánones que el juez deberá atender haciendo un ejercicio abstracción respecto al caso en concreto (p.ej.: en el discurso provocador, deberá exigirse concreción a los actos prohibidos –violentos o discriminatorios– a los que se provoca, de tal forma que el discurso revele un peligro claro e inminente de materialización lesiva de los mismos)¹⁸⁸⁰.

Al margen de esta propuesta de autor tan elaborada¹⁸⁸¹, lo que interesa reflejar aquí es cómo el discurso de odio puede quedar desprovisto de cobertura constitucional en esta

legislador. Véase: CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto* (1992), pp. 674 y 676 (Informe basado enteramente en una ponencia de VIVES ANTÓN); VIVES ANTÓN, «La libertad de expresión e información», pp. 118-119; VIVES ANTÓN, *La libertad como pretexto*, pp. 367-371; LASCURAIN SÁNCHEZ, «Protección penal», pp. 55 y 57. Para una relación de autores y obras que siguieron un criterio idéntico al marcado por VIVES ANTÓN, véase CUERDA ARNAU, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión», pp. 9-10 (nota al pie núm. 17).

¹⁸⁸⁰ En detalle, véase: TERUEL LOZANO, «El discurso del odio y el discurso negacionista», pp. 159-165; TERUEL LOZANO, «Cuando las palabras», pp. 30-39.

¹⁸⁸¹ Un acercamiento a la práctica judicial pone en evidencia que la lectura que hacen los órganos de este control de constitucionalidad de la acción es bastante menos pulcra. Por ejemplo, la STS 675/2020, de 11 de diciembre –confirmando la SAP de Barcelona 702/2018, de 8 de noviembre– estimó que el tribunal *a quo* había realizado una valoración previa correcta. Para sostener esta afirmación, el Tribunal Supremo se refiere a un «conflicto de inicio» por razón de unas palabras y mensajes que afectaron frontalmente a la dignidad de la persona. Por ello, el conflicto no puede resolverse sino negando la primacía de la libertad de expresión ante un desbordamiento de sus límites (se entiende, internos). En palabras del Tribunal: «No se puede decir, pues, que, por principio, no sean reprochables las conductas que han sido objeto de

fase tan temprana como la del examen previo judicial sobre la inconstitucionalidad de la acción. La negativa a otorgar esa cobertura representa, en palabras de ALCÁCER GUIRAO, una «exclusión categorial y categórica» de este tipo de discursos¹⁸⁸². Y ello a pesar de que estemos ante la transmisión de ideas que revistan relevancia pública, lo cual, recordemos, este autor había identificado antes con el contenido esencial del derecho fundamental¹⁸⁸³. La clave radica en entender que no es una «mera» transmisión de ideas, sino algo más. Una transmisión de ideas, si se quiere, adulterada, tanto por un posible elemento tendencial de la conducta como, en todo caso, por la lesividad del discurso.

Sirva con traer a colación la STS 646/2018, de 14 de diciembre, donde se recoge el siguiente pronunciamiento poco antes de concluir que el discurso de odio no tiene cabida dentro del derecho constitucional a la libertad de expresión: *“Lo que es objeto de castigo (...) no puede ser la expresión de una idea, sino cuando se haga de modo que incorporen una provocación al odio, a la discriminación, o a la violencia [elemento tendencial], infringiendo los valores constitucionales de la dignidad humana y de la no discriminación (...) [lesividad/ofensividad de la conducta expresiva]”* (FJ Único). Es decir, en principio, el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede restringirse por simples ideas contrarias a la esencia misma de la Constitución, *“(...) a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional”* (STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4).

Lejos de lo testimonial, el Tribunal Constitucional asume este *modus operandi* como tónica general y sin mayor ejercicio de ponderación, lo que lleva a ALCÁCER GUIRAO a referirse a una auténtica «jurisprudencia de excepción» del Tribunal Constitucional. Una jurisprudencia que se asienta sobre una presunción de lesividad del discurso contra diferentes intereses constitucionales (p.ej.: dignidad, honor o seguridad), lo cual hace

enjuiciamiento por haberse emitido en ese legítimo ejercicio de la libertad de expresión, puesto que, aunque la Constitución garantice el derecho fundamental a expresar y difundir libremente ideas, pensamientos y opiniones, no es este un derecho ilimitado, por ello ha de ceder, por ejemplo, ante expresiones vejatorias, ultrajantes, intimidatorias o amenazantes, como las que se vierten en función de razones discriminatorias, como étnicas, religiosas, sexuales, ideológicas, etc., o que conlleven una exclusión política, social, cultural o racial, englobable todo ello dentro del "discurso del odio"” (STS 675/2020, de 11 de diciembre, FJ 1).

¹⁸⁸² Véase: ALCÁCER GUIRAO, “Opiniones constitucionales”, p. 6; ALCÁCER GUIRAO, *La libertad del odio*, p. 166.

¹⁸⁸³ Véase, al respecto, el apartado «3.3.1.1. Consideraciones iniciales sobre libertad de expresión» *supra*.

decaer –de plano y sin más miramientos– la protección de la libre expresión de ideas¹⁸⁸⁴. Se trata de un giro de tuerca de calado. A este respecto, ROLLNERT LIERN entiende que no se entra a analizar ya la legitimidad de la injerencia a través de un test de proporcionalidad, sino que el Tribunal opta por otra solución. Una vez constatado que nos encontramos en presencia del discurso de odio, esa legitimidad va de suyo¹⁸⁸⁵. En palabras de ALCÁCER GUIRAO, además, el Tribunal Constitucional «redefine a la baja los contornos del derecho fundamental». No obstante, este autor refleja la contradicción que supone que la simple lesión de un interés con rango constitucional sea suficiente para privar al discurso de odio de cobertura constitucional, ya que cada colisión entre derechos fundamentales implica precisamente eso. Así las cosas, habría que reforzar este estándar tan sumamente pobre, eliminando la posibilidad de desvestir de protección constitucional a todo discurso odioso que no sea inofensivo para con otros bienes o intereses constitucionales. Habría que ir, por tanto, un paso más allá. Para legitimar la vía penal deberá darse una lesión grave, entendida como un daño o puesta en peligro significativa de otro bien o interés de relevancia constitucional¹⁸⁸⁶.

Lógicamente, sobra decir que este bien o interés de relevancia constitucional deberá, a su vez, ser considerado objeto de tutela penal (principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales) debido a un interés ciudadano esencial, ya sea individual o colectivo (bienes jurídicos individuales, supraindividuales y/o colectivos). En definitiva, debería entrar a examinarse de forma circunstanciada los derechos e intereses que colisionan en cada caso. Pero no ante una colisión cualquiera, sino ante una lo suficientemente importante como para que, una vez ponderado lo que hay en juego (“*necesaria y previa labor de ponderación*”), no sólo se otorgue prioridad a uno de los derechos, sino que pueda también justificarse la intervención penal (STS 259/2011, de 12 de abril, FJ 1). Según defiende MIR PUIG, en la medida en que aumente la gravedad de la intervención penal, mayor debería ser tanto la importancia del bien con relevancia

¹⁸⁸⁴ En detalle, siendo muy crítico con esta forma de proceder cuasi automatizada del Tribunal Constitucional frente a discursos de odio, véase: ALCÁCER GUIRAO, “Opiniones constitucionales”, pp. 8-10; ALCÁCER GUIRAO, *La libertad del odio*, pp. 166-167.

¹⁸⁸⁵ Según este autor, se revierte la receta o método para solucionar este tipo de situaciones. El test de proporcionalidad abre paso al test del discurso del odio, dado que todos los esfuerzos argumentativos del Tribunal van dirigidos a conocer si se da o no un tal discurso. A partir de ahí, se presume que la injerencia será legítima. Aunque centrado en un caso concreto, véase ROLLNERT LIERN, «El discurso del odio y los límites», pp. 258-259.

¹⁸⁸⁶ Véase: ALCÁCER GUIRAO, “Opiniones constitucionales”, pp. 13-15; ALCÁCER GUIRAO, *La libertad del odio*, pp. 170-172.

constitucional que se dice proteger como la intensidad de su afectación¹⁸⁸⁷. Estamos, por tanto, ante un juicio de proporcionalidad –entre la entidad de la pena y la gravedad del hecho– que busque evitar el exceso en el ejercicio del derecho.

Antes de continuar, en este momento estamos en situación de vislumbrar ya la mala *praxis* de nuestros tribunales. Por un lado, hemos comentado con anterioridad que era improcedente hablar de un juicio de ponderación dentro de la fase de examen previo de control constitucional. A pesar de que no procede, estos ejercicios de ponderación se estarían dando dentro del ámbito judicial. Las razones las hemos situado, por un lado, en un entendimiento ambiguo de la libertad de expresión como principio inspirador de la labor judicial, y por otro lado en un falseamiento previo –e interesado– del contenido esencial del derecho fundamental. Es decir, mientras no quede claro qué es lo que exactamente ocupa un espacio vedado a interferencias con el derecho fundamental, la decisión acerca de qué discurso político entra o no dentro mismo se mantiene abierta para el Tribunal Constitucional (y, por ende, para el resto de tribunales ordinarios que siguen su criterio)¹⁸⁸⁸. Por otro lado, acabamos de llegar a la conclusión de que nuestros jueces y tribunales se quedan cortos a la hora de razonar cómo y por qué debe despojarse de cobertura constitucional al discurso de odio. Es decir, no sería suficiente con presumir la lesividad del discurso contra diferentes intereses constitucionales, sino que procedería complementar una lesividad grave con la ponderación de los derechos e intereses en juego (principio de proporcionalidad), realizando una lectura minuciosa de las circunstancias que rodean al caso en concreto. Pues bien, ya hemos visto que esto no estaría siendo la forma más habitual de enfrentarse nuestros tribunales al discurso de odio¹⁸⁸⁹. En suma, la técnica de ponderar los bienes e intereses enfrentados se estaría empleando allá donde no procede (examen previo judicial sobre la inconstitucionalidad de la acción) y no donde, al parecer, convendría que procediese (juicio de proporcionalidad).

Sentado lo anterior, cabe preguntarnos cuáles serían, en concreto, esos valores constitucionales relevantes con los que la libertad de expresión podría llegar a colisionar. Lógicamente, que un conflicto sea posible implicará, como no podría ser de otra forma,

¹⁸⁸⁷ Véase, indistintamente: MIR PUIG, «El principio de proporcionalidad», pp. 1364-1365; MIR PUIG, «El principio de proporcionalidad como fundamento», pp. 336-337.

¹⁸⁸⁸ A mayor detalle, véase todo lo ya desarrollado al respecto cuando abríamos este apartado y citábamos a URÍAS MARTÍNEZ para iniciar esta reflexión.

¹⁸⁸⁹ A mayor detalle, véase todo lo desarrollado alrededor de la jurisprudencia de excepción del Tribunal Constitucional a la que se refería ALCÁCER GUIRAO más arriba.

una posible limitación del derecho a la libertad de expresión. Pues bien, en principio, debemos referirnos a límites comunes a todo ciudadano y, de forma cumulativa, a aquellos más específicos por estar vinculados a ciertas profesiones (p.ej.: abogacía) o en razón del cargo/función que se desempeña (p.ej.: determinados colectivos que se hallan en una relación de sujeción especial con el Estado, como puedan ser los funcionarios o militares).

En cuanto a los límites comunes o generalizados a toda la población, la fórmula que emplea la Constitución *ex art. 20.4 CE* ha generado mucho debate a la hora de intentar dotarla de sentido y contenido más allá de su dicción¹⁸⁹⁰. Pero en esa búsqueda de mayor dosis de certeza y concreción, la jurisprudencia constitucional vendría optando por hacer descansar su criterio sobre límites válidos en lo previsto por el CEDH y otros tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 CE)¹⁸⁹¹. En breve, caminando al mismo compás que marcan el art. 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el art. 10.2 del CEDH (1950) y el art. 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), encontramos las siguientes limitaciones – coincidentes, posibles y legítimas – a la libertad de expresión: la «seguridad nacional», el «orden público», la «protección de la moral» y la «protección de la reputación o de los derechos ajenos». Además, según se desprende claramente del art. 10.2 del CEDH, estas restricciones sólo serían admisibles, incide DÍEZ-PICAZO, «en la medida en que puedan interpretarse, de manera directa o indirecta, como medidas adecuadas, necesarias y proporcionadas [principio de proporcionalidad en sentido amplio]¹⁸⁹² –por supuesto,

¹⁸⁹⁰ El art. 20.4 CE establece que las distintas libertades del art. 20.1 CE, incluida la libertad de expresión, encuentran su límite en el respeto a los derechos reconocidos en ese Título (es decir, del Título I, relativo a los derechos y deberes fundamentales), 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. Los tres primeros conceptos, como vemos, vinculados a la protección de la vida privada, mientras que la referencia a la juventud y a la infancia quedaría comprendida, según la STC 62/1982, de 15 de octubre (FJ 3), por la protección de la moral. Este art. 20.4 CE, a su vez, se relaciona íntimamente con el art. 53.1 CE, para establecer que toda ley puede fijar límites siempre y cuando su contenido respete el contenido esencial de los derechos y libertades reconocidos en el art. 20.1 CE.

¹⁸⁹¹ Por ejemplo, en la STC 62/1982, de 15 de octubre (FJ 3), se le plantea al Tribunal la duda sobre si la «moral pública» puede emplearse como límite a disposición del legislador para limitar el derecho fundamental a la libertad de expresión. En respuesta, el Tribunal parte del art. 20.4 CE para acudir poco después al principio de obligada interpretación de la Constitución conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 CE). Y precisamente con apoyo en los diferentes textos internacionales coincidentes en este punto, concluye que el legislador está constitucionalmente habilitado para, de así estimarlo oportuno, fijar un límite al derecho a la libertad de expresión conforme a la moral pública.

¹⁸⁹² Los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto son los tres elementos tradicionalmente vinculados al principio de proporcionalidad en sentido amplio. Este principio no viene expresamente recogido en el texto constitucional, pero su reconocimiento formal por parte del Tribunal Constitucional data de la década de los ochenta. La idoneidad de la intervención penal supone la capacidad

según los cánones propios de una moderna sociedad democrática– para la protección de algún bien jurídico constitucionalmente relevante»¹⁸⁹³.

Al principio de proporcionalidad en sentido amplio –medidas adecuadas, necesarias y proporcionales– incorpora el Tribunal Constitucional, por añadidura, lo que ha venido a denominar como *prius lógico*. Es decir, con carácter previo a todo lo demás el juzgador debe cerciorarse de la finalidad de la medida penal, para lo cual se antoja imprescindible identificar correctamente el bien jurídico-penal protegido (fin de protección de la norma penal). Es justamente entonces, una vez identificado el objeto de tutela penal, cuando se procede a la “(...) *determinación de si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas, vulnerador del art. 17.1 CE [derecho a la libertad y a la seguridad], al introducir un sacrificio patentemente inidóneo, innecesario o desproporcionado del derecho a la libertad; a la par que permite descartar toda posibilidad de sujeción mínima al principio de proporcionalidad si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes*” (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 7).

Por tanto, a falta de profundizar algo más en el siguiente apartado, se atisba ya la ardua pero necesaria labor que tiene los jueces y tribunales para justificar cualquier restricción del derecho a la libertad de expresión. Y es aquí donde, volviendo nuevamente el planteamiento que hacía ALCÁCER GUIRAO, sólo las conductas de mayor lesividad social (daño o puesta en peligro grave del bien jurídico protegido) serían merecedoras de sanción penal, por cuanto esta es la única forma en que puedan llegar a considerarse como

para conseguir el fin de protección de la norma; la necesidad de la intervención penal apunta a que no haya alternativas penales menos lesivas para lograr el fin de protección perseguido; la proporcionalidad en sentido estricto supone una estimación de coste-beneficio en cuanto a la afectación del derecho se refiere para lograr el fin de protección perseguido. El principio de proporcionalidad en sentido amplio, por tanto, condiciona la legitimidad de la intervención penal del Estado a ciertas exigencias constitucionales. Si entendemos que toda intervención penal supone *per se* una limitación de derechos, nada sorprende que habitualmente se haga referencia a este principio de proporcionalidad en sentido amplio como «límite de los límites». Para una radiografía mínima del principio de proporcionalidad constitucional y su absorción penal, así como para conocer diferentes referencias bibliográficas imprescindibles sobre la materia, véase: MIR PUIG, «El principio de proporcionalidad», pp. 1357-1382; MIR PUIG, «El principio de proporcionalidad como fundamento», pp. 329-357; GONZÁLEZ BEILFUSS, «El principio constitucional», pp. 235-273. Para una lectura más amplia y contextualizada del principio a lo largo de los años, véase GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad, passim*. Para una dimensión europea y comparada, véase NIETO MARTÍN, «El principio de proporcionalidad», pp. 135-180. Para un auténtico tratado sobre la materia, de calidad contrastada dentro y fuera de nuestras fronteras, véase la traducción al castellano de BARAK, *Proporcionalidad, passim*.

¹⁸⁹³ DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, p. 329.

proporcionadas, además de adecuadas y necesarias en una sociedad democrática¹⁸⁹⁴. La potencialidad lesividad del discurso, además de depender del bien jurídico afectado por la norma penal¹⁸⁹⁵ y de la estructura típica de la conducta¹⁸⁹⁶, quedará íntimamente ligada a la situación previa de marginación predicable al colectivo diana dentro de la sociedad española¹⁸⁹⁷. De ello nos ocuparemos muy especialmente en los próximos apartados, si bien antes conviene afianzar algunos criterios de contención del tipo penal que deben observarse para lograr una interpretación restrictiva y ajustada lo máximo posible a lo mandado por nuestra norma suprema.

3.3.1.3. Obligación «de contención» en la interpretación de los límites

La premisa de la que se parte en el orden constitucional es clara. Todo delito de expresión presupone una actividad del legislador que impone límites al ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión. Esto obliga a nuestros jueces y tribunales a filtrar la pretendida intervención penal por diferentes controles constitucionales. Como ya se ha desarrollado ampliamente, estos límites constitucionales pueden ser activados cuando la conducta no forme parte –ni pueda reconducirse fácilmente– al contenido esencial del derecho fundamental, o cuando el mantenimiento de la protección constitucional decaiga por la ponderación de derechos e intereses en una zona de protección más difusa a la que nos referíamos con el nombre de esfera de protección *prima facie* del derecho; o, quizás con más habitualidad de la deseada para el caso del discurso de odio (jurisprudencia de excepción), cuando se impongan límites materiales antes incluso de entrar en esa esfera incierta de protección, lo cual supone un rechazo *a limine* de todo amparo constitucional.

¹⁸⁹⁴ Véase: ALCÁCER GUIRAO, “Discurso del odio y discurso político”, p. 24; ALCÁCER GUIRAO, *La libertad del odio*, p. 171.

¹⁸⁹⁵ En función del bien jurídico protegido (p.ej.: dignidad de los miembros del colectivo, clima de paz social, igualdad entre colectivos dentro del mismo marco social, seguridad del colectivo, etc.) se delimita el ámbito de lo punible. Y, a su vez, en función de lo anterior podrá existir una lesividad que sea directamente inasumible desde nuestros parámetros constitucionales. ALCÁCER GUIRAO, “Discurso del odio y discurso político”, p. 22. Téngase en cuenta también la repercusión directa sobre el bien jurídico protegido que tendría la valoración por parte del juzgador del elemento conocido como *prius lógico*.

¹⁸⁹⁶ Por ejemplo, el grado de idoneidad que debe alcanzarse para movilizar la voluntad de terceros estará presente en las conductas contempladas por el art. 510.1 CP, pero no en cambio en las relativas a la difamación colectiva del art. 510.2 CP. El nivel de exigencia a la hora de evaluar la lesividad del discurso será enormemente cambiante. Véase, indistintamente: ALCÁCER GUIRAO, “Diversidad cultural, intolerancia”, p. 51; ALCÁCER GUIRAO, «Diversidad cultural, discurso del odio», pp. 140-141.

¹⁸⁹⁷ Véase, indistintamente: ALCÁCER GUIRAO, “Diversidad cultural, intolerancia”, pp. 38-40 y 52; ALCÁCER GUIRAO, «Diversidad cultural, discurso del odio», pp. 124-127 y 141.

No obstante, con independencia del límite concreto que pueda ser activado en cada caso, ninguno adquiere en origen un carácter absoluto sobre el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión. Todo lo contrario, estamos ante límites que “(...) *se configuran como excepcionales ante el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de expresión*” (STC 371/1993, de 13 de diciembre, FJ 2). A su vez, los derechos fundamentales tienden, una vez sean reconocidos por el poder constituyente, a expandirse. Esta fuerza expansiva lo que hará será restringir el alcance de toda norma que nazca con la vocación de limitar el derecho fundamental (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6). Además de excepcionales, todo límite deberá interpretarse atendiendo a criterios restrictivos¹⁸⁹⁸. Entre otros, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA apunta a que si los límites al ejercicio de un derecho deben siempre interpretarse de forma restrictiva, en el caso de un derecho fundamental entonces lo serán de forma especialmente restrictiva¹⁸⁹⁹. E incluso así, la interpretación de los límites a los derechos fundamentales deberá ser aquella que resuelva “*en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos*” (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6). En suma, durante el proceso valorativo de cualquier supuesto dudoso sobre la activación o no de un límite, se desaconseja la imposición del mismo o, en su caso, su prelación sobre otros derechos fundamentales.

De todo lo anterior se desprende una presunción –si se quiere, *iuris tantum*– general de libertad, según la célebre máxima «*in dubio, pro libertate*»¹⁹⁰⁰. Esta presunción supone una regla de interpretación constitucional que influirá también, como no podía ser de otra forma, en la labor legislativa (momento legislativo) y en la interpretación de las normas penales (momento aplicativo). Respecto a la configuración de los tipos penales por parte del legislador, su influencia se concretará en el principio de intervención mínima¹⁹⁰¹. En cambio, para la interpretación de las normas penales, esta influencia se extrae claramente del criterio de la adecuación social. La intervención penal precisa de una «especial fundamentación y justificación», toda vez que el juzgador debe vencer esta presunción de

¹⁸⁹⁸ Esto deberá ser así aun cuando los propios derechos fundamentales vengan enunciados de manera imprecisa y vaga. LÓPEZ ULLA, *Libertad de informar*, p. 29.

¹⁸⁹⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Estudios penales*, p. 383.

¹⁹⁰⁰ En detalle, véase SCHNEIDER, «*In dubio pro libertate*», pp. 263-290.

¹⁹⁰¹ Según HEFENDEHL, la persona es concebida como libre respecto al Estado, al menos en términos apriorísticos. Es decir, el propio Estado será quién deba demostrar que una disposición penal que restrinja la esfera de libertad del individuo es necesaria para que la comunidad no se vea perjudicada. Ahora bien, prosigue el autor, «no basta con señalar que no se puede descartar la posibilidad de ese daño/perjuicio». HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 206.

conducta libre ciudadana ajustada a derecho. Por tanto, se parte de una expectativa de adecuación de la persona a los cánones sociales vigentes¹⁹⁰².

En definitiva, como se viene diciendo, los límites al discurso constituyen la excepción, y aparte de venir suficientemente razonados no deberían sofocar en modo alguno el libre ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión. Todo lo más esto ocurriría en sentido contrario, ya que lo que realmente se sofoca es el margen de aplicación de los límites al derecho fundamentales. Según PÉREZ LUÑO, el principio *in dubio pro libertate* no sólo tiene aplicabilidad y relevancia hermenéutica para los casos de duda, sino que muestra cierta tendencia a «maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto»¹⁹⁰³. Esto escora aún más el margen de maniobra de los límites excepcionales a imponer, e impele a los jueces y tribunales a ser extremadamente cautelosos y atentos a las circunstancias que rodean el caso.

De hecho, las circunstancias que rodean el caso serán igualmente válidas e importantes para realizar un uso riguroso de la técnica de ponderación/equilibrio (*balancing approach*) llegado el momento de valorar el peso de los respectivos derechos fundamentales en disputa. Para conocer qué elementos concretos debe atender el órgano jurisdiccional a la hora de evaluar el principio de proporcionalidad en sentido amplio, acudimos en este punto a la STS 72/2018, de 9 de febrero. En ella, se parte del entendimiento de que existe una “*problemática parecida*” en el tratamiento del delito de discurso de odio punible (art. 510 CP) y el delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) en relación a un hipotético conflicto con el derecho fundamental a la libertad de expresión. Por ello, y porque se dice que ambos tipos penales tienen un componente estructural similar, se nos remite a los límites de esa colisión perfilados tiempo antes por el Tribunal Constitucional en su STC 112/2016, de 20 de junio.

Siguiendo de cerca esta última resolución, señala el Tribunal Supremo que “(...) *puede considerarse necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir*

¹⁹⁰² En esta línea, véase SANTANA VEGA, «Disponibilidad *versus* consentimiento», pp. 1150 y 1152. Nótese, asimismo, que nuestros jueces y tribunales insisten en que el delito de discurso de odio punible habrá de interpretarse “(...) *de acuerdo a la realidad social del tiempo en que se aplica la norma*” (STS 72/2018, de 9 de febrero, FJ Único). Por tanto, esta labor exegética del precepto a la que volveremos en breve parte de la presunción de que el comportamiento social del ciudadano se acomoda a la realidad social en la que vive.

¹⁹⁰³ PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos*, pp. 315-316.

formas de expresión que propaguen, promuevan, o justifiquen el odio basado en la intolerancia”, y de forma muy singular, aquellas que alienten la violencia (STS 72/2018, de 9 de febrero, FJ Único)¹⁹⁰⁴. A tal fin, prosigue, el órgano jurisdiccional deberá atender tanto a “*la expresión de las ideas vertidas*” como a “*las circunstancias concurrentes*” en el caso concreto (FJ Único). De hecho, siendo como es el delito de discurso de odio un delito fundamentalmente circunstancial, habrá de interpretarse “*(...) de acuerdo a la realidad social del tiempo en que se aplica la norma*”. La prohibición de exceso en la aplicación de esa norma, examinada desde los cánones de una sociedad occidental moderna y abierta, debería llevar al juzgador a recabar “*elementos de interpretación de la norma*”, tales como “*(...) elementos de contextualización, el contenido del mensaje, su expresión oral o escrita, la intención, el impacto del texto y la proporcionalidad de la sanción*” (FJ Único).

Pues bien, con todo lo anterior en mente, estamos ya en disposición de avanzar hacia los diferentes elementos que configuran la tipicidad de las diferentes conductas que reúne el art. 510 CP, sin perjuicio de que se hagan las remisiones oportunas a todo lo aquí tratado. Más si cabe siendo sabedores de que el ámbito típico de tales conductas se ha ampliado notablemente desde la última gran reforma penal de 2015, lo cual genera no pocos inconvenientes y disfunciones, inclusive de orden constitucional.

3.3.2. Aspectos de legalidad penal ordinaria sobre el delito de discurso de odio punible (art. 510 CP)

3.3.2.1. Vulnerabilidad del colectivo y afectación supraindividual

La vulnerabilidad de unos –y no de otros– segmentos o grupos enteros de personas, identificados por una marca identitaria (real o asignada), se va abriendo paso en el lenguaje jurídico-político. Este lenguaje va salpicando y filtrándose también al ámbito judicial, si bien es una tendencia incipiente que todavía no se ha generalizado. Esta tendencia, en cualquier caso, avanza al ritmo que han marcado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde hace tiempo y, sobre todo, la doctrina penal española de los últimos años¹⁹⁰⁵. Sobre estos aspectos nos ocuparemos en las líneas que siguen,

¹⁹⁰⁴ Véase, en los mismos términos, la STC 112/2016, de 20 de junio (FJ 2), la cual cita la anterior STC 177/2015, de 22 de julio (FJ 2), que a su vez reproduce el pronunciamiento contenido en la STEDH, *Féret c. Bélgica*, 12 de julio de 2009, § 64. Además, el Tribunal Constitucional se refiere en todas y cada una de las resoluciones mencionadas a que estos límites siempre deben ser ponderados “*con exquisito rigor*”.

¹⁹⁰⁵ No obstante, CORRECHER MIRA alerta de una jurisprudencia reciente un tanto desbordada al perder de vista la vulnerabilidad de los colectivos protegidos, pasando así a proteger los «sentimientos morales

observando de cerca cómo se va produciendo ese deslizamiento hacia los fallos judiciales de nuestro presente. La tracción que se ejerce hacia los aplicadores de la ley es cada vez mayor, yendo estos últimos a rebufo del tratamiento que se da al concepto de grupos/colectivos vulnerables (*vulnerable groups*) desde el derecho internacional de los derechos humanos¹⁹⁰⁶ y sus sistemas de protección regionales¹⁹⁰⁷, así como desde la academia.

Antes que nada, como recordatorio de lo recogido en el *Bloque I*¹⁹⁰⁸, debe insistirse en que las referencias a la vulnerabilidad que arrastran ciertos colectivos estarían ligadas a las políticas estadounidenses basadas en ciertas características identitarias (*identity politics*). Estas políticas permitieron, durante gran parte de la segunda mitad del siglo pasado, que algunos grupos sociales con cierto poder, notoriedad pública e influencia lograran un reconocimiento social, político y legal que equilibrara su situación desaventajada de partida con respecto a cualquier otro ciudadano. Resulta interesante recordar también que justamente fueron aquellos mismos grupos sociales definidos por rasgos identitarios que ganaron en visibilidad y poder los que, curiosamente, empezaron a ser concebidos como «colectivos vulnerables» desde las más variadas instancias o entes públicos (p.ej., constatando su carácter vulnerable y sirviendo de eje a numerosas investigaciones e informes sobre políticas sociales, programas públicos de empleo-formación, etc.). Esto ponía excesiva luz sobre unos (p.j.: personas negras, árabes, homosexuales, etc.) y relegaba a otros a un ostracismo injusto (p.ej.: los sintecho), ahondando en su marginación inicial. Sobreprotección por un lado y desamparo por otro.

mayoritarios», es decir, «expresiones que puedan ser consideradas contrarias al pensamiento dominante o hegemónico». Esto implica desnaturalizar el art. 510 CP, al convertirlo en un «cajón de sastre». En diferente sentido, LANDA GOROSTIZA también advertía recientemente de que la lógica interpretativa de tipos penales como el del art. 510 CP se estaría desviando de su cauce. Este último autor constata que se está incurriendo en la protección de «colectivos muy ligados al ejercicio del poder institucional (en particular, de autoridades o funcionarios públicos tales como alcaldes, policías nacionales, guardias civiles...)». Basta con observar el voto particular formulado por la magistrada Asúa Batarrita en la STC 177/2015, de 22 de julio: “Equiparar bajo el mismo concepto el discurso antimonárquico —aquí y ahora— con el discurso dirigido a fomentar la discriminación y exclusión social de colectivos secularmente vulnerables, revela una lamentable utilización de conceptos acuñados sobre realidades dramáticas que en modo alguno admiten comparación con los insultos a una institución o a unas personas de tan alta relevancia pública”. En detalle, véase: CORRECHER MIRA, “La banalización”, pp. 125-129; LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, p. 102.

¹⁹⁰⁶ No en vano, dispensar atención y cuidado a la vulnerabilidad humana es, según TIMMER, «parte de la cultura de los derechos humanos». TIMMER, «A quiet revolution», p. 151.

¹⁹⁰⁷ Para una mirada ciertamente más amplia que la que aquí se aspira a reflejar, nos remitimos a la siguiente monografía de interés: NIFOSI-SUTTON, *The protection of vulnerable groups, passim*.

¹⁹⁰⁸ Véase el apartado «I.1. Enfoques y Modelos de Aproximación Previos» del *Bloque I*.

Sobre esta base, se entenderá mejor la teoría sobre la vulnerabilidad (*vulnerability theory*) de Martha FINEMAN, que no ha dejado de ganar interés desde que se diera a conocer allá por 2008¹⁹⁰⁹. Esta tesis, crítica con el diseño y efectos derivados de las políticas identitarias, sostiene que la vulnerabilidad es universal. Es algo que va de suyo en la condición humana, por lo que no hay razón que justifique la falta de liberalización –o universalización– de su uso. Dicho de otra forma, compartimentar su uso y hacerlo exclusivo de ciertas categorías de personas es no entender nuestra naturaleza humana¹⁹¹⁰. La vulnerabilidad vendría dada, antes que nada, por nuestra corporeidad (*embodiment*). Esta corporeidad conlleva, según esta autora, una posibilidad inminente o siempre latente de sufrir algún daño o infortunio. Otra cuestión distinta es que el ser humano trate de mitigar ese riesgo que pone al descubierto nuestra vulnerabilidad (p.ej.: vacunándose frente a enfermedades, evitando catástrofes ambientales, etc.), siempre que esté dentro del control humano hacerlo, preferentemente a través del carácter asistencial de nuestras instituciones (Estado reactivo). No obstante, el riesgo siempre estará ahí en la medida en que, después de todo, el proceso de envejecer y morir es inatacable. Superando incluso lo corpóreo, otra serie de daños pueden deberse a alteraciones económicas o institucionales negativas que nos afectan personal, social o familiarmente. Y aquí sí, la autora cree que podría haber base suficiente para sostener que la acumulación de estos daños pudiera llegar a ensañarse más contra ciertos grupos de personas que hayan sufrido discriminación por características compartidas que sirven para su categorización social. Por tanto, la paradoja es que la vulnerabilidad es universal, pero, a su vez, también dependiente de innumerables variables que entran en juego en función de cada persona. Así, la experiencia individual de cada uno a la vulnerabilidad es enormemente cambiante,

¹⁹⁰⁹ FINEMAN, *The vulnerable subject*, pp. 1-23. No obstante, las menciones futuras a esta autora deben entenderse referidas a una contribución suya a una obra colectiva publicada en 2013, dado que la misma se basa en tres artículos de la propia autora y sobre esta misma temática publicados entre 2008 y 2012. Por tanto, nos remitiremos siempre a FINEMAN, «Equality, autonomy», pp. 13-27. Para un buen análisis en castellano de esta última contribución, véase BARRÈRE UNZUETA, «Martha A. Fineman», pp. 24-25.

¹⁹¹⁰ Aún más, el efecto más «insidioso» de este punto de vista es que da a entender que, aparte de esas categorías de personas claramente desvalidas o vulnerables, el resto de individuos serían «invulnerables» por naturaleza. Esto es una ficción, como se verá en las líneas que siguen y que tratarán de resumir la tesis de esta autora. En cualquier caso, crear ficticiamente tales segmentos o subgrupos sociales equivale a adjudicar una etiqueta estigmatizadora a los mismos, la de poblaciones vulnerables (*vulnerable populations*), haciendo evidente su condición de excluidos del contrato social. Ser miembro de estas poblaciones vulnerables supone de por sí ciertas connotaciones de fragilidad humana, resultando en parte paternalista adjudicar tales etiquetas. FINEMAN, «Equality, autonomy», p. 16.

dependiendo también de la calidad y cantidad de los recursos de los que hagamos acopio¹⁹¹¹.

A esta tesis recién resumida, BARRÈRE UNZUETA achaca que FINEMAN busque situar la vulnerabilidad en el eje central de un modelo igualitario de sociedad. Es decir, un modelo de corte individualista en que «todos seamos *igualmente* vulnerables»¹⁹¹². A su vez, tacha de «infundado» otro de los planteamientos de FINEMAN, puesto que, desde la óptica europea, el Derecho antidiscriminatorio parece comprometido hace ya tiempo con la ampliación paulatina de grupos sociales protegidos. De esta forma, la crítica de FINEMAN a la visión reduccionista de la vulnerabilidad, es decir, la vulnerabilidad exclusivamente ligada a unos grupos sociales predefinidos, perdería fuerza con la incorporación de cada nueva categoría¹⁹¹³.

Precisamente, sobre cómo ha sido la recepción y en qué medida ha calado la tesis de la vulnerabilidad dentro de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es a lo que ha dedicado TIMMER una buena parte de su producción jurídico-académica¹⁹¹⁴. Antes bien, se resumen a continuación unas nociones mínimas sobre la lógica mantenida por el TEDH para dilucidar quiénes representan grupos/colectivos vulnerables (*vulnerable groups*). Esto tiene que ver con el reconocimiento del factor vulnerabilidad, a modo de canon interpretativo, para ciertos grupos de casos (es decir, casos relacionados con personas de etnia gitana, solicitantes de asilo, víctimas del VIH, detenidos, niños, enfermos mentales o víctimas de la violencia doméstica) alrededor del demandante. Como señala O'BOYLE, aunque en este tipo de supuestos el Tribunal se valga de la vulnerabilidad como pauta interpretativa, no existe un conjunto coherente de indicadores o normas a su alcance para determinar cuando estamos ante un grupo vulnerable. De hecho, la vulnerabilidad es un elemento más dentro de una valoración

¹⁹¹¹ En detalle, véase FINEMAN, «Equality, autonomy», pp. 20-21.

¹⁹¹² BARRÈRE UNZUETA, «Martha A. Fineman», pp. 24-25

¹⁹¹³ BARRÈRE UNZUETA, «Martha A. Fineman», pp. 30-31. Ampliamente, tomando como eje discursivo el marco que ofrece el ordenamiento jurídico español de actualidad, véase un examen particularizado de las discriminaciones por género (pp. 147-232), etnia/raza (pp. 233-272), discapacidad (pp. 273-294), orientación e identidad sexuales (pp. 295-329), religión/convicciones y opinión (pp. 331-348), edad (pp. 349-357) y origen nacional/extranjería (pp. 359-364), en REY MARTÍNEZ, *Derecho antidiscriminatorio*, pp. 147-364. Véase también, recientemente, TAPIA BALLESTEROS, «Los titulares», pp. 313-327; TAPIA BALLESTEROS, «El discurso de odio», pp. 291-306.

¹⁹¹⁴ Por hacer uso de sus propias palabras, esta autora trata de analizar «tensiones y sinergias» entre la tesis de vulnerabilidad alternativa propuesta por FINEMAN y el *case-law* del TEDH. TIMMER, «A quiet revolution», p. 148.

global¹⁹¹⁵ que realiza el TEDH. Así todo, aunque importantes, la exclusión social y el prejuicio histórico hacia un colectivo no serían elementos indispensables para definir la vulnerabilidad¹⁹¹⁶. En este punto, es común hablar de un enfoque más abierto (*open-ended approach*). El ejemplo que más se cita es del de los refugiados/as o personas que solicitan asilo (*asylum seekers*). El TEDH considera que, dentro de ese grupo de personas, es posible atender al estado personal de vulnerabilidad. Es decir, habrá diferentes gradaciones de vulnerabilidad dentro del propio colectivo de solicitantes de asilo, partiendo antes de la base de que todo miembro de esa clase de personas ostenta la condición de vulnerable (estado general de vulnerabilidad)¹⁹¹⁷. Este sería el caso, por ejemplo, de la especial vulnerabilidad de los niños solicitantes de asilo.

Aun así, esto no nos debe llevar a engaño. Según critica TIMMER, el TEDH no hace uso de la tesis de FINEMAN en cuanto a que todos los seres humanos somos vulnerables, sino que sigue manteniendo determinadas categorías de personas sobre las que suele aplicar el elemento de vulnerabilidad para alcanzar, junto con otros elementos, su valoración final. Incomprensiblemente, siguen siendo clases de personas marginalizadas y estigmatizadas, por lo que el TEDH no parece enfrentarse al fondo de la cuestión. Es decir, el TEDH parece conformarse con la idea de que existen sujetos invulnerables más allá de esas concretas categorías de personas que pueden ser, eso sí, más o menos vulnerables. Aun así, TIMMER no se apresura a decir que la línea de razonamiento del TEDH sea un fracaso, puesto que este Tribunal ha dictado muchos fallos siendo siempre muy sensible al contexto (*context-sensitive judgements*)¹⁹¹⁸. Respecto al *case-law* del TEDH sobre colectivos vulnerables (*vulnerable-group case law*), uno de los tipos de daño que juegan un papel más relevante en la determinación de la vulnerabilidad del grupo es el prejuicio y el estigma. Se trata de indicadores que guían la labor del TEDH para llegar a la conclusión de que efectivamente se está ante un colectivo vulnerable. Siguiendo a TIMMER¹⁹¹⁹, este indicador ya habría tenido relevancia para determinar la vulnerabilidad de grupos como las personas con discapacidad mental (*Alajos Kiss c. Hungría* [2010]¹⁹²⁰),

¹⁹¹⁵ El peso que tendrá el factor vulnerabilidad será cambiante, puesto que dependerá de los «hechos del caso», «tipo de vulnerabilidad» concerniente al caso, o el «grado de reconocimiento internacional» o las «realidades históricas» para el caso de minorías. O'BOYLE, *The notion* (2015), p. 3.

¹⁹¹⁶ O'BOYLE, *The notion* (2015), pp. 2-4.

¹⁹¹⁷ BRANDL/CZECH, «General and specific vulnerability», p. 251.

¹⁹¹⁸ TIMMER, «A quiet revolution», p. 162.

¹⁹¹⁹ Para un recorrido más detallado por los fallos judiciales del TEDH que pasamos a mencionar, véase TIMMER, «Vulnerable groups», pp. 1065-1067.

¹⁹²⁰ El TEDH se refiere a los discapacitados mentales como «un grupo particularmente vulnerable de la sociedad, que ha sufrido una discriminación considerable en el pasado». En general, el Tribunal habla de

las personas portadoras de VIH (*Kiyutin c. Rusia* [2011]¹⁹²¹) o los romaníes/gitanos (*Horváth y Kiss c. Hungría* [2013]¹⁹²²).

Según HERRING, el concepto de vulnerabilidad es increíblemente amplio y diverso, lo que puede suponer que aquellas personas a las que nos referimos como vulnerables (*vulnerable people*) carezcan de la marca identitaria grupal (p.ej.: discapacidad o edad) que caracteriza a los delitos de odio y al discurso de odio. Aun así, aclara, esto no quiere decir que un «subgrupo particular de personas vulnerables» no pueda tener una marca identitaria compartida¹⁹²³. La cuestión es más bien si existe un grupo de personas que se definan por su vulnerabilidad (p.ej.: pacientes con infección por virus de inmunodeficiencia humana) y encuentren en la legislación penal una categoría que refuerce su protección¹⁹²⁴ como grupo (p.ej.: la enfermedad como categoría protegida en el discurso de odio punible)¹⁹²⁵. De este modo, existirán tipos penales diseñados para

grupos, como aquellos conformados alrededor de categorías como la raza, el género o la orientación sexual, que “han sido históricamente objeto de prejuicios con consecuencias duraderas”, y que “han dado lugar a su exclusión social”. STEDH, *Alajos Kiss c. Hungría*, 20 de mayo de 2010, § 42 (traducción propia).

¹⁹²¹ Véase el siguiente extracto de interés: “En los primeros años de la epidemia, cuando el VIH/SIDA era casi siempre una enfermedad letal y se sabía muy poco sobre el riesgo de transmisión, la gente tenía miedo de los infectados por miedo al contagio. La ignorancia sobre cómo se propaga la enfermedad ha generado prejuicios que, a su vez, han estigmatizado o marginado a los portadores del virus. A medida que se fueron conociendo mejor las vías de transmisión del VIH/SIDA se reconoció que la infección por el VIH podía atribuirse a comportamientos específicos –como las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, la inyección de drogas, la prostitución o la promiscuidad– que ya estaban de por sí estigmatizados en muchas sociedades, creando así un falso nexo entre la infección y la irresponsabilidad personal, reforzando a su vez otras formas de estigmatización y discriminación, como el racismo la homofobia o la misoginia. A pesar de los recientes y considerables avances en la prevención del VIH y la mejora del acceso a su tratamiento, el estigma y la discriminación de las personas que viven con el VIH/SIDA siguen siendo un tema de gran preocupación (...)”. Finalmente, el Tribunal cierra este razonamiento afirmando que “(...) las personas que viven con el VIH son un grupo vulnerable con una historia de prejuicios y estigmatización”. STEDH, *Kiyutin c. Rusia*, 10 de marzo de 2011, § 64 (traducción propia).

¹⁹²² Según recoge el TEDH, “(...) como resultado de su historia turbulenta y el constante desarraigo, los gitanos se han convertido en un tipo específico de minoría desfavorecida y vulnerable. Por lo tanto, requieren de una protección especial”. STEDH, *Horváth y Kiss c. Hungría*, 29 de enero de 2013, § 102 (traducción propia). Véase también, en los mismos términos, diferentes resoluciones del Tribunal anteriores y posteriores: STEDH, *D.H. y otros c. República Checa*, 13 de noviembre de 2007, § 182; STEDH, *Oršuš y otros c. Croacia*, 16 de marzo de 2010, § 147; STEDH, *Aksu c. Turquía*, 15 de marzo de 2012, § 44; STEDH, *Balázs c. Hungría*, 20 de octubre de 2015, § 53.

¹⁹²³ En detalle, véase HERRING, «Vulnerable adults», pp. 221-222.

¹⁹²⁴ Por ejemplo, para el caso de los romaníes/gitanos, “(...) la situación de vulnerabilidad (...) hace que deban tenerse especialmente en cuenta sus necesidades y su diferente estilo de vida, tanto en el marco normativo de la planificación como en la toma de decisiones en casos concretos”. Además de en muchas otras posteriores, véase la STEDH, *Beard c. Reino Unido*, 18 de enero de 2001, § 107 (traducción propia).

¹⁹²⁵ Esto no es simple, puesto que las connotaciones que tienen conceptos como el de odio u hostilidad parecen contraponerse a las de vulnerabilidad. Es más, la vulnerabilidad se ha seguido empleando para negar algunas alegaciones de delitos de odio. Por ejemplo, se ha argumentado que una persona con diversidad funcional habría sido atacada más por la debilidad percibida que por prejuicios de autor hacia su discapacidad o por una aversión categórica hacia los de su condición. Según un estudio realizado por ROULSTONE/THOMAS/BALDERSTON, la realidad es que ambas realidades convergen en los delitos oportunistas «contra los que se considera que tienen menos probabilidades de defenderse o resistirse a la delincuencia». ROULSTONE/THOMAS/BALDERSTON, “Between hate and vulnerability”, pp. 351-364.

proteger a estas personas particularmente vulnerables, entre otras razones, por el impacto supraindividual que proyecta la conducta de autor.

Descendiendo ya al ámbito nacional, destaca muy especialmente la dura crítica de LAURENZO COPELLO a la vulnerabilidad connatural que, como se quiere hacer ver, arrastran ciertas personas o grupos de personas. La vulnerabilidad, para esta autora, estaría definida como «la particular exposición al riesgo que experimentan determinadas personas o colectivos por alguna circunstancia que les es propia». Sin embargo, esta etiqueta es el resultado de lo que genera la propia sociedad en la que se inserta el individuo. La sociedad, en concreto, desvalora ciertas características identitarias y desprecia formas de vida extrañas. La exclusión social hace al inmigrante vulnerable. Una vulnerabilidad, según la autora, «construida sobre la base de prejuicios» y cuyo fin es la exclusión social. En suma, los inmigrantes son víctimas mal llamadas vulnerables, por cuanto esta designación desenfoca o disculpa la verdadera responsabilidad que tiene la sociedad para con la persona. El ordenamiento jurídico-penal tampoco ayuda e incluso puede llegar a ser desconcertante en esta materia. En concreto, apunta la autora, se observa a los inmigrantes «como víctimas potenciales de discriminación e incluso de violencia», al mismo tiempo que, paradójicamente, son concebidos como «una amenaza para el equilibrio del Estado, sobre todo en los aspectos económico e identitario»¹⁹²⁶. Aspectos estos que, como hemos empezado señalando, generan la exclusión del individuo en la sociedad de acogida, al ser devaluado por no ensamblarse en el canon de ciudadano, lo que le convierte en vulnerable según la propia sociedad. Una sociedad que, en cuanto vulnerable y desvalido¹⁹²⁷, le brinda a su vez (sobre)protección¹⁹²⁸ en términos de políticas públicas. Una protección que el Código penal, con instrumentos como el art. 22.4 CP o el 510 CP, también aspira a conseguir. En definitiva, este estado natural de las

¹⁹²⁶ En detalle, véase LAURENZO COPELLO, «¿Vulnerables o vulnerados?», pp. 76-79.

¹⁹²⁷ Unas breves palabras de LAURENZO COPELLO servirán para afianzar aún más esta idea: «El discurso de la victimización sirve más bien para construir una imagen estereotipada y despectiva de los inmigrantes a los que se despoja de capacidad de decisión para convertirlos en una especie de “menores legales” incapaces de velar por sus propios intereses y necesitados de la tutela y guía del Estado». Pero, como se ha visto, ese es el mismo Estado que, «con la excusa de protegerlos frente a la explotación de terceros», se vale de mecanismos que restringen derechos (p.ej.: detención en centros de internamiento de extranjeros), a veces en exceso, y que sirven para que los inmigrantes no accedan a la sociedad o no se mantengan en ella. La autora llega a referirse a una «construcción jurídica asimétrica» del inmigrante respecto al autóctono, consolidando «una política de exclusión fuertemente apuntalada por el Derecho penal». LAURENZO COPELLO, «¿Vulnerables o vulnerados?», pp. 78-81 y 84.

¹⁹²⁸ En el extremo opuesto, NUSSBERGER recuerda que no hacer nada tampoco suele ser una solución válida para los grupos/colectivos vulnerables (*vulnerable groups*). Por tanto, todo discurre en una búsqueda de equilibrio constante entre la protección mínima exigible, con especial deferencia y atención puesta en la situación de estos colectivos, y la total ausencia de la misma. NUSSBERGER, *The European Court*, p. 101.

cosas, que apenas varía y se retroalimenta constantemente, genera perplejidad o extrañeza.

El Tribunal Supremo habla abiertamente de otorgar una «protección específica» a personas o grupos de personas a los que el legislador presupone una «especial vulnerabilidad» (STS 646/2018, de 14 de diciembre [FJ Único]; STS 47/2019, de 4 de febrero [FJ 2]; STS 185/2019, de 2 de abril [FJ 3])¹⁹²⁹. En este sentido, otros tribunales de justicia especifican que “(...) *no cualquier colectivo o grupo social de personas puede ser tributario de la protección que le dispensa la prohibición del denominado "discurso del odio", que debe circunscribirse a los colectivos vulnerables e históricamente discriminados en el contexto concreto en el que se emita el discurso*” (Auto de la AP de Barcelona 787/2018, de 12 de diciembre, FJ 2; Auto de la AP de Barcelona 844/2019, de 9 de mayo, FJ 2). En idéntico sentido se ha pronunciado también el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, incidiendo sobre este elemento de restricción típico: “[N]o cualquier colectivo o grupo social de personas puede ser víctima del delito del art. 510 CP, que por su propia definición típica solo puede referirse a aquellos que puedan considerarse vulnerables y se identifiquen como tales por razón de alguna condición personal o social” (Auto del TSJ de Cataluña 72/2018, de 28 de junio, FJ 5; reiterado en Auto de la AP de Barcelona 669/2018, de 25 de septiembre, FJ 3; Auto de la AP de Barcelona 419/2019, de 28 de mayo, FJ 2; SAP de Teruel 32/2020, de 18 de junio, FJ 4). Este criterio de interpretación de la norma penal¹⁹³⁰ es tan aplicable al art. 510 CP como lo era para el art. 22.4 CP.

En el caso particular del art. 510 CP, el Tribunal Supremo es claro cuando afirma que “(...) *el autor debe seleccionar a sus víctimas por motivos de intolerancia, y dentro de los colectivos vulnerables a los que alude la norma*” (STS 646/2018, de 14 de diciembre [FJ Único]; reproducida a su vez en STS 47/2019, de 4 de febrero [FJ 2]; STS 291/2020, de 10 de junio [FJ 3]). En concreto, este precepto apunta a la raza, antisemitismo,

¹⁹²⁹ Esto ha calado también, de un tiempo a esta parte, en la jurisprudencia menor. Véase la siguiente relación de sentencias que reproducen lo dictado por el Alto Tribunal: SAP de Barcelona 78/2019, de 14 de febrero [FJ 1]; SAP de Barcelona 299/2019, de 21 de mayo [FJ 2]; SAP de Barcelona 86/2020, de 5 de febrero [FJ 1]; SAP de Segovia 23/2020, de 13 de marzo [FJ 4]; SAP de Barcelona 468/2020, de 28 de septiembre [FJ 1]; SAP de Madrid 551/2020, de 17 de noviembre [FJ 3]; SAP de Valencia 468/2020, de 19 de noviembre [FJ 2]; SAP de Cantabria 288/2020, de 2 de diciembre [FJ 4].

¹⁹³⁰ El *Grupo de Estudios de Política Criminal* (GEPC) propone, eso sí, una redacción de la norma que recoja la vulnerabilidad del colectivo de forma inequívoca y sin margen para interpretaciones alternativas. De esta forma, se propone la introducción de una referencia a la incitación que se proyecte “*contra grupos vulnerables o sus miembros*”. Véase GEPC, *Una propuesta alternativa* (2019), pp. 33-36.

ideología, religión o creencias, situación familiar, etnia, nación, origen nacional, sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, enfermedad y discapacidad. Son marcas identitarias compartidas entre miembros de algunos grupos de personas que, como hemos hecho notar, vienen definidos por una vulnerabilidad real o percibida. Dotar a ciertos grupos de personas de una protección legal especial no depende de la expansión de categorías que se produzca en la normativa internacional, por lo que no hay nada parecido a un mandato de tipificación para el legislador español (Auto de la AP de Barcelona 787/2018, de 12 de diciembre, FJ 2). El marco nacional delimitará la situación de vulnerabilidad de la que parten ciertos grupos de personas, así como la gravedad de emplear formas comunicativas deshumanizantes o incitadoras contra los mismos¹⁹³¹. En cualquier caso, a la luz del movimiento que se viene produciendo en otros preceptos afines, parece posible afirmar que el listado de categorías protegidas en el art. 510 seguirá en expansión durante los próximos años.

Por último, la vulnerabilidad no sería tal si un acto comunicativo no condujera a una afectación supraindividual. Indudablemente, aquí estamos ante un elemento de restricción del tipo que consta expresamente incorporado al precepto. En concreto, el art. 510 CP recoge que toda conducta debe proyectarse contra el colectivo en su conjunto, contra partes del mismo, o contra una persona en particular, pero siendo esta última seleccionada por su pertenencia a un determinado colectivo («*persona en representación de*»)¹⁹³². En suma, sea cual fuere el caso, será preciso que estemos ante un discurso con cierta relevancia supraindividual, siquiera en términos potenciales, sobre todo el colectivo diana vulnerable (Auto de la AP de Barcelona 787/2018, de 12 de diciembre, FJ 3; reiterado en Auto de la AP de Barcelona 419/2019, de 28 de mayo, FJ 2; SAP de Barcelona 736/2019, de 31 de octubre, FJ 1/Único). Se trata, pues, de que la conducta sea expansiva al resto de miembros del colectivo diana, “*a modo de epidemia vírica*” (Auto de la AP de Girona 48/2019, de 30 de enero, FJ 1). Un colectivo diana respecto al cuál la sociedad se siente en deuda por las injusticias y tropelías a las que se viera sometido por

¹⁹³¹ El recurso a la sanción penal queda reservado, además, para los supuestos más graves de discurso deshumanizante o incitador dirigidos a colectivos diana que estén reflejados en la ley. En palabras de CORRECHER MIRA, se requiere una «mayor permeabilidad del grupo» para que el discurso pueda filtrarse y hacer estragos en la convivencia. CORRECHER MIRA, “La banalización”, p. 126.

¹⁹³² Recuérdese que esta última era la cláusula que generaba casos frontera entre el art. 510 CP y la agravante del art. 22.4 CP incorporada a un delito base relacionado con los delitos de expresión. Véase el apartado «1.5.3. Intersección con los delitos de expresión» del *Bloque I*.

décadas¹⁹³³. Según LANDA GOROSTIZA, el mensaje y su «resonancia» en los diferentes miembros de un grupo históricamente marginado y oprimido tiene que ver con que el acto discursivo en sí, aun dirigido a una persona en concreto, «evoca y refuerza todo el fenómeno histórico y actual de discriminación», lo cual produce una «fuerza social y expresiva muy superior»¹⁹³⁴. Con todo, según este autor, si bien el sentido originario de la norma penal parecía identificar claramente a los colectivos vulnerables como sujetos pasivos del delito, ello no obsta para que el art. 510 CP alcance actualmente a otros colectivos no vulnerables, incluso siendo mayoritarios o dominantes en nuestra sociedad. Eso sí, la conducta seguirá siendo más fácil que adquiriera relevancia penal cuando el acto expresivo comprometa a aquellos sectores poblacionales más frágiles o desvalidos por razón de alguna característica identitaria común que traiga consigo asociada un efecto estigmatizante. Un efecto que, como tal, perdure en la conciencia colectiva¹⁹³⁵.

En línea con todo lo anterior, el Tribunal Supremo entiende que la conducta típica “(...) no sólo atemoriza a la persona destinataria del mensaje, sino a todo el colectivo al cual pertenece, creando sentimientos de lesión de la dignidad, de inseguridad y de amenaza” (STS 646/2018, de 14 de diciembre, FJ Único; STS 47/2019, de 4 de febrero, FJ 2; STS 291/2020, de 10 de junio, FJ 3). En realidad, siguiendo estos mismos pronunciamientos, el rechazo frontal a un sector de la sociedad acaba por concernir a toda ella, por cuanto la afrenta se dirige a los valores de tolerancia y respeto que sirven de cimiento al ordenamiento jurídico de nuestro tiempo. Siguiendo a LANDA GOROSTIZA, la conducta punible consistente en la incitación a terceras personas al acto hostil, discriminatorio o violento hace frente a «discursos destinados a amplios sectores de la población para incidir negativamente en las relaciones de pacífica convivencia entre grupos y colectivos con afección potencial de sus derechos fundamentales»¹⁹³⁶ (posición doctrinal que recoge, por ejemplo, la posteriormente confirmada SAP de Barcelona 702/2018, de 8 de noviembre, FJ 9). Como ya sucediera con la agravante del art. 22.4 CP,

¹⁹³³ Expertos/as nacionales e internacionales sobre la materia se refieren a los tipos penales de discurso de odio como una vía para ofrecer una «segunda oportunidad» a quien en otra época quedó injusta y dolorosamente desprovisto de la primera. ARTÍCULO 19, *España: Informe del diálogo* (2020), p. 17.

¹⁹³⁴ En palabras de ALCÁCER GUIRAO, conductas como la difamación de colectivos representan un «efecto reflejo» de esa situación histórica de marginación y opresión. Véase: LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal*, p. 251; ALCÁCER GUIRAO, “Diversidad cultural, intolerancia”, p. 51; ALCÁCER GUIRAO, «Diversidad cultural, discurso del odio», p. 140

¹⁹³⁵ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, pp. 58 y 138.

¹⁹³⁶ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, p. 67.

estamos ante un plus delictivo consistente en la probabilidad cierta de un envenenamiento a gran escala del clima de relativa armonía social¹⁹³⁷.

Sabedores también de que el art. 510 CP está incardinado entre los delitos relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas (Cap. IV, Título XXI), parece lógico pensar que las conductas punibles afectarán en todo caso a quienes, perteneciendo a colectivos vulnerables, estén en posición de ejercer sus derechos fundamentales, si bien la inseguridad y desconfianza ciudadana que perciben hacen que decaiga su voluntad. De esta forma, debemos preguntarnos en qué medida los colectivos vulnerables (y, por tanto, cada uno de sus miembros) van a plantearse ejercer o no sus derechos fundamentales garantizados por la Constitución. En definitiva, hasta qué punto, en un determinado contexto crítico o límite, es creíble que la conducta expresiva tenga el recorrido suficiente como para retraer la voluntad de nuestros iguales. Las víctimas en potencia se encuentran en un estado de vigilia permanente, viniendo el discurso a agravar esa situación de partida y a hacer que se extremen al máximo las precauciones. Por ello, la generación de un riesgo, del que hablaremos más adelante, debe darse «en perspectiva» de una más que probable afectación a las relaciones de pacífica convivencia tras el tensionamiento añadido que suponga el discurso. Será preciso un elemento de acción comunicativa, y esa acción debe haberse puesto en marcha por el componente motivacional (p.ej.: motivo racista u homófobo) que la activa. En otras palabras, el autor era consciente que ponía en marcha una conducta de agresión –en sentido amplio– contra algún colectivo vulnerable. Ello en modo alguno obliga a realizar una investigación motivacional de autor profusa o innecesariamente amplia. La constatación de una puesta en marcha accionada por la motivación de autor y un contexto de consciencia del impacto que traerá el discurso consigo contra cierto colectivo debiere ser suficiente para superar el umbral fijado por el art. 510.1 y 2 CP.

3.3.2.2. Conductas típicas y generación de riesgo

El art. 510 CP es un precepto sumamente complejo y prolijo en detalles, lo que no siempre es sinónimo de acierto. De hecho, está desagregado en diferentes clases de conductas que crean la apariencia de orden, pero como se verá, estamos ante una muestra

¹⁹³⁷ El Tribunal Supremo, por su parte, hace alusión a los “*aditamentos referidos a la generación de un peligro a la convivencia*” (STS núm. 646/2018, de 14 de diciembre, FJ Único; reiterada en la STS 47/2019, de 4 de febrero, FJ 2, y la STS núm. 185/2019, de 2 de abril, FJ 2).

más de hipertrofia legislativa¹⁹³⁸. Tras la redacción dada por LO 1/2015, el desarrollo excesivo de su contenido y forma descuida el fin o sentido práctico que debiere guiar toda norma, incluida la penal. De hecho, resulta difícil su intelección, por lo que nada extraña que abunden las propuestas de corrección del tipo en aras a contener su ámbito de aplicación. Por facilitar su estudio y comprensión, partiremos de la idea de que estamos ante un tipo penal compuesto por dos grandes bloques o modelos conductuales: delito de incitación contra colectivos vulnerables (art. 510.1 CP)¹⁹³⁹ y delito de injuria colectiva o difamación de colectivos vulnerables (art. 510.2 CP)¹⁹⁴⁰. El legislador, aun cuando se toma cierta libertad en la organización interna de las conductas dentro del art. 510 CP, sigue un criterio espejo de formulación entre ambos bloques (arts. 510.1 y 510.2 CP), favoreciendo una carta de presentación pareja –o, a lo sumo, afín– de modalidades conductuales para cada bloque. Hasta tal punto se acercan ambos planos en simetría que, finalmente, se encuentran.

Desde el momento en que el delito de injuria/difamación colectiva “*promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación*” contra un determinado colectivo vulnerable se activa una regla penológica que agrava la responsabilidad penal de autor (art. 510.2 *in fine* CP). Al agravarla, lo que hace el legislador es equiparar ambas realidades¹⁹⁴¹, posibilitando la uniformidad del castigo (pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses). En este punto, LANDA GOROSTIZA habla de «misma unidad teleológica de protección»¹⁹⁴²,

¹⁹³⁸ En su concepción general de lo que debía entenderse por ciencia de la legislación, BENTHAM se refería al mal de la prolijidad y al remedio –fallido– que supone la partición o subdivisión formal. Sobre esta idea, el autor se explicaba en los siguientes términos: «El remedio contra esta prolijidad consiste en dividir tan complicadas provisiones en partes separadas. Pero al hacer esto se descubrirá que aumenta la longitud de toda la composición, no es posible conseguir la brevedad de las partes y al mismo tiempo la brevedad del todo». Más adelante, se proponen una serie de reglas a las que el legislador debiere atender para atajar realmente esta prolijidad dentro del arte de legislar. Entre ellas, por su especial interés para este apartado, cabe incidir especialmente en dos. En primer lugar, se deben evitar «repeticiones rutinarias de fórmulas inútiles». En segundo lugar, se dispone que «las listas de especies, una vez dadas, forman un término genérico» que después debe facilitar la sustitución y concisión en el lenguaje. BENTHAM, *Nomografía*, pp. 75-77.

¹⁹³⁹ De forma discutible, y seguramente quebrando el principio de proporcionalidad penal, este bloque acarrea una pena uniforme para todas las conductas previstas en él. En concreto, se fija prevé una pena de prisión de uno a cuatro años y una multa de seis a doce meses.

¹⁹⁴⁰ En principio, salvando lo que se dirá en breve sobre el art. 510.2 *in fine* CP, se prevé una pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses para las conductas de este bloque.

¹⁹⁴¹ Según AGUILAR GARCÍA, parece lógico que así sea, puesto que el hecho de que una conducta sea objetivamente adecuada para promover o favorecer un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación (art. 510.2 *in fine* CP), por regla general, constituirá antes que nada una incitación pública grave del art. 510.1.a) CP que, como tal, analizaremos en breve. AGUILAR GARCÍA, *Manual práctico*, p. 206.

¹⁹⁴² Véase: LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, p. 73; LANDA GOROSTIZA, «El discurso de odio criminalizado», pp. 233-234.

habiéndose creado un puente entre la idoneidad para incitar de palabra a terceros y la promoción de un clima deshumanizador de colectivos que sea especialmente idóneo para el paso al acto¹⁹⁴³. Por tanto, se atisban ya dos grandes carriles que absorben conductas punibles muy variadas. Todas ellas, aunque diferentes en origen, pueden llegar a aproximarse bajo un mismo paraguas penológico. Las singularidades de cada conducta punible será lo que pasemos a radiografiar en breve, cerrando este apartado precisamente con la cláusula que difumina las fronteras entre los dos bloques temáticos de referencia. Por cada conducta, se realizará una mención especial a la nota de publicidad. Ello se debe a la trascendencia e interés creciente que adquirirá pronto este elemento para el estudio en su conjunto¹⁹⁴⁴. No se busca, en cambio, agotar todos los aspectos relacionados con la redacción típica del art. 510 CP¹⁹⁴⁵. Este es el caso del tipo cualificado de conducta idónea para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor (art. 510.4 CP)¹⁹⁴⁶, de la inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito

¹⁹⁴³ Esta idea de equiparación de realidades discursivas (incitación y estigmatización), como hemos visto más arriba, también se extraía del análisis realizado en torno al TEDH. Véase el apartado «*b*) Estándar(es) de protección del TEDH: las diferentes formas discursivas de odio» *supra*.

¹⁹⁴⁴ Ampliamente, véase el tratamiento y desarrollo más pausado sobre esta cuestión en diferentes puntos del apartado «3.3.3. Modalidad comisiva online. El subtipo agravado del art. 510.3 CP y propuesta de *lege ferenda*» *infra*.

¹⁹⁴⁵ Nótese que, además, existen figuras afines cuyo análisis no tendrá más espacio que las breves líneas descriptivas que siguen. En primer lugar, encontramos las sanciones previstas para las personas jurídicas (art. 510 *bis* CP), sobre las que cabe destacar su compatibilidad con el subtipo agravado del art. 510.3 CP (modalidad comisiva online de las conductas previstas en el art. 510.1 y 2 CP). Se prevé una multa de dos a cinco años y, de forma facultativa, otras penas de entre aquellas previstas en el art. 33.7 (letras b) a g), ya que la a) se corresponde precisamente con la pena de multa), siguiendo en todo caso las reglas previstas en el art. 66 *bis* CP. En su caso, las penas en cuestión vendrían a ser la disolución de la persona jurídica, la suspensión de sus actividades, la clausura de locales y establecimientos, la prohibición de actividades, la inhabilitación para la obtención de subvenciones y ayudas públicas, y la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores. En segundo lugar, destaca la modalidad de asociación ilícita por estar dedicada al fomento, promoción o incitación directa o indirecta 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 (art. 515.4º CP).

¹⁹⁴⁶ Se determina, con carácter obligatorio, la apreciación de este subtipo agravado para toda conducta que, atendiendo a las circunstancias que la rodean, sea objetivamente idónea para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del colectivo protegido. En estos casos, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiendo elevarse hasta la superior en grado. Las críticas respecto a este precepto parten, antes que nada, de que se manipula lo dispuesto en la DM 2008/913/JAI. En efecto, este instrumento lo que estipulaba era que los Estados miembros podían libremente decidir castigar sólo aquellas conductas delictivas cuya materialización se llevara a cabo de modo que pudieran producir una perturbación para el orden público o que, de otro modo, fueran amenazadoras, abusivas o insultantes (art. 1.2 de la DM 2008/913/JAI). Lo que hace el legislador español es optar libremente por no condicionar con este requisito las conductas básicas del art. 510.1 y 2 CP, pero aprovechar la ocasión para crear un subtipo cualificado para las mismas (art. 510.4 CP) de carácter vinculante para el juzgador. A partir de aquí, las críticas circulan en diferentes direcciones. Destaca, como hace el GEPC, el empleo siempre tan problemático de realidades vagas y difusas, como es el caso de la paz pública y, en mayor grado, del grave sentimiento de inseguridad o temor. Como hemos dicho, la aplicación del art. 510.4 es preceptiva, pero las anteriores abstracciones vuelven un tanto impredecible su apreciación, lo que en última instancia puede

docente, deportivo y de tiempo libre (art. 510.5 CP)¹⁹⁴⁷ y de la obligación de destruir, borrar o inutilizar los efectos del delito (art. 510.6 CP)¹⁹⁴⁸. Si a todos estos añadidos se

derivar en arbitrariedad judicial. Por otro lado, nótese que la pena superior en grado para las previstas en el art. 510.1 o 510.2.b) *in fine* puede dispararse hasta los 6 años de pena de prisión. La desproporción es manifiesta, lo que no hace sino confirmar las dudas de legitimidad a su alrededor. Cuestión distinta pero igualmente preocupante será la de entrever posibles solapamientos entre el grave sentimiento de inseguridad o temor (art. 510.4 CP) y las diferentes fórmulas típicas que ya vienen recogidas en los tipos básicos. Por ejemplo, este sería el caso según ROIG TORRES de la promoción o favorecimiento de un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación (arts. 510.1.c) CP y 510.2.b) *in fine* CP), supuesto en que va de suyo que genere tal estado de inquietud o desasosiego pronunciado. Sobre el hecho de que el legislador haya optado por la “paz” pública en vez del “orden” público que prevé la DM 2008/913/JAI, más allá de su acierto o no, LANDA GOROSTIZA propone visualizar una escala de gravedad de afección al bien jurídico. Así, mientras las conductas básicas suponen una «potencial afectación del orden ideal de convivencia», el tipo cualificado del art. 510.4 CP será apreciable en esas mismas conductas que sean, a su vez, aptas para alterar «la tranquilidad y el sosiego de los ciudadanos en la convivencia». En este último supuesto, la idoneidad de alteración debe ser importante, hasta el punto de que quiebre definitivamente (y sin visos de solución) la confianza de un segmento de la población en sus instituciones, de las cuales cabría esperar un mínimo indispensable de seguridad para el ejercicio de derechos fundamentales y el desenvolvimiento sin angosturas de la vida en comunidad. Se trata, según este autor, de un escenario indiscutiblemente propicio y listo para la «explosión o enfrentamiento colectivo» de un momento a otro. En último término, especialmente importante para este estudio resulta la reflexión que nos traslada TERRADILLOS BASOCO. Según este autor, si una conducta básica del art. 510.1 o 2 CP adquiere la idoneidad requerida por el art. 510.4 CP para crear un grave sentimiento de inseguridad o temor como resultado de haber recurrido a la difusión que facilitan ciertos medios de comunicación de masas, como pudiera ser el caso de internet, por regla general el desvalor añadido del tipo cualificado del art. 510.4 CP (*lex consumens*) debiere verse entonces abarcado por el del art. 510.3 CP (*lex consumpta*). Véase: GEPC, *Una propuesta alternativa* (2019), pp. 41-42; ROIG TORRES, «Los delitos de racismo», pp. 1272-1273; LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, pp. 87-88; LANDA GOROSTIZA, «El discurso de odio criminalizado», p. 250; TERRADILLOS BASOCO, «Lección 28. Delitos», p. 331.

¹⁹⁴⁷ Se determina, con carácter obligatorio, la imposición de una pena acumulada de inhabilitación para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre. El tiempo será de entre tres y diez años superior al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta, siempre atendiendo debidamente la gravedad del delito, el número de los cometidos y las circunstancias que concurran en el delincuente. Esta medida privativa de derechos funciona como una pena principal vinculante (es decir, de preceptiva apreciación), integrándose así en el marco penal abstracto de cualquier conducta del art. 510 CP. Esta posibilidad existía, al menos si se concibe como pena accesoria (art. 53.1.3º CP). Esta última opción sería suficiente para el GEPC, proponiendo directamente la supresión del art. 510.5 CP. Lo cierto es que la pena privativa de libertad que actualmente recogen los arts. 510.1 CP (de 1 a 4 años) y 510.2 CP (de 6 meses a 2 años) son suficientemente elevadas, suponiendo todo añadido que supere las duraciones previstas una desproporción manifiesta y de justificación difícil si se atiende a la necesidad de resocializar al individuo. La pena accesoria asegura mayor discrecionalidad en su apreciación (es decir, se contempla aplicación facultativa dentro de un listado plural de penas accesorias, entre las que puede constar como única o acumulada a otras) y una pena que no se dilata en el tiempo superando la duración de la pena principal privativa de libertad (art. 33.6 CP). Según PORTILLA CONTRERAS, visto el actual art. 510.5 CP, lo que se pretende es convertir al individuo en inofensivo, neutralizando su capacidad influencia al mantenerle alejado de su ocupación profesional en el sector educativo. En palabras de autor, se introduce «la censura disfrazada de inhabilitación especial». En cambio, más que centrado en el inhabilitado, ROIG TORRES y TAMARIT SUMALLA recogen cómo la tramitación parlamentaria de la medida puso en evidencia un énfasis en el interés superior del menor y su consiguiente aislamiento respecto a externalidades (p.ej.: ideas racistas) poco favorecedoras a nivel formativo. Véase, sobre la propuesta de supresión antes referida, GEPC, *Una propuesta alternativa* (2019), p. 42. Véase también: PORTILLA CONTRERAS, «La represión penal», p. 410; PORTILLA CONTRERAS, «El retorno de la censura», p. 103; ROIG TORRES, «Los delitos de racismo», p. 1273; TAMARIT SUMALLA, «Artículo 510» (2016), pp. 1671-1672.

¹⁹⁴⁸ Se determina, con carácter obligatorio, la apreciación de una pena acumulada de destrucción, borrado o inutilización de libros, archivos, documentos, artículos o cualquier clase de soporte objeto del delito o por medio de las cuales se hubiera cometido. Además, cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos. A su vez, para el caso de que tales contenidos se difundieran exclusiva o preponderantemente a través de un portal de acceso

les diera aquí realmente el espacio que merecen, ello dificultaría la comprensión más focalizada en los tipos básicos que se aspira a conseguir. Nos conformaremos, por tanto, con una aproximación más modesta y, a la postre, también más funcional para estudiar más tarde el subtipo agravado del art. 510.3 CP¹⁹⁴⁹.

Por último, cabe recordar que toda conducta pública examinada deberá proyectarse contra un colectivo en su conjunto, contra partes del mismo, o contra una persona en particular, pero siendo esta última seleccionada por su pertenencia a un determinado colectivo («*persona en representación de*»). No está de más recordar que, junto a la nota de publicidad, esta última cuña referida supone una de las novedades más importantes que motiva la redacción de este estudio. Cualquiera de las conductas que siguen a continuación pueden recaer, según la redacción dada por LO 1/2015, sobre un único integrante del colectivo de referencia. Esto hace patente, como ya tuvo ocasión de adelantarse en el *Bloque I*, posibles interferencias entre la agravante del art. 22.4 CP y el art. 510 CP¹⁹⁵⁰. En cambio, la referencia previa a la reforma penal de 2015 a “*grupos o asociaciones*”, sin que aparentemente pudieran captarse casos de provocación dirigidos contra un único individuo integrante de dicho grupo o asociación, ofrecía una solución

a internet o servicio de la sociedad de la información, se prevé el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo. Esta medida privativa de derechos funciona como una pena principal vinculante (es decir, de preceptiva apreciación), integrándose así en el marco penal abstracto de cualquier conducta del art. 510 CP. Es conocida, por su inclemencia, la crítica efectuada por PORTILLA CONTRERAS hacia esta medida. Antes incluso de que entrara en vigor, este autor se refería a que el prelegislador efectuaba un «retorno a las hogueras, a la quema de libros, a la caza de brujas, a *Fahrenheit 451*». Tras la entrada en vigor del precepto, el autor va más allá y añade que el art. 510.6 «irradia el hedor de los Estados autoritarios», en lo que supone la mayor afrenta a la libertad de expresión desde la época franquista. Aunque es la crítica más representativa sobre el estado de opinión generalizado acerca de este precepto, no es ni mucho menos la única. Cabe apreciar que las reglas generales de comiso (art. 127 CP), como consecuencia accesoria a la pena, podrían ser suficientes para resolver los casos en que deba acordarse la pérdida de los instrumentos o efectos relacionados con el delito. Según la redacción alternativa propuesta por el GEPC, será suficiente con que, en casos extremos, sea posible —es decir, no obligatorio— neutralizar la difusión de ciertos contenidos mediante su retirada (esto es, no por la vía de su destrucción, borrado o inutilización). Siguiendo esta misma lógica, se plantea también la mera posibilidad de ordenar la interrupción de la prestación del servicio, lo que supone la retirada de la página web por parte del prestador del servicio de alojamiento que radique en España. Por su parte, el bloque de acceso a ciertas páginas supone impedir, por ejemplo, mediante orden dirigida a proveedores de acceso a internet (prestador de servicio de intermediación), que desde España sea posible acceder a una página web alojada en otro país. Para este último supuesto, claramente abocado a la excepcionalidad, se propone comprobar antes que estemos ante una reiteración de las conductas discursivas de odio y que la medida en cuestión sea proporcionada, eficiente u eficaz para el fin perseguido. Véase: GARROCHO SALCEDO/PORTILLA CONTRERAS, «Delitos de incitación», p. 941; PORTILLA CONTRERAS, «La represión penal», p. 411; PORTILLA CONTRERAS, «El retorno de la censura», pp. 103-104; GEPC, *Una propuesta alternativa* (2019), pp. 42-44.

¹⁹⁴⁹ Nos remitimos aquí al apartado «3.3.3. Modalidad comisiva online. El subtipo agravado del art. 510.3 CP y propuesta de lege ferenda» *infra*.

¹⁹⁵⁰ Se contiene algún ejemplo concreto sobre casos frontera de ciberodio en el último apartado del *Bloque I*, al cual nos remitimos para mayor detalle. Véase el apartado «1.5.3. Intersección con los delitos de expresión» del *Bloque I*.

más limpia de ordenación. Por ejemplo, LAMARCA PÉREZ indicaba en su día que los hechos o informaciones que afectaran a colectivos quedaban debidamente cubiertos por el art. 510.2 CP, mientras que si los mismos hechos o informaciones afectaban al individuo debería acudir a un delito común (p.ej.: injurias) agravado *ex art.* 22.4 CP¹⁹⁵¹. No obstante, la inseguridad jurídica que generaba el hecho de no conocer a ciencia cierta en qué momento las informaciones ofensivas trascendían la individualidad del sujeto era un aspecto importante. Por tanto, más que una novedad absoluta, lo que se ha tratado con la LO 1/2015 es de «ampliar el ámbito subjetivo de aplicación del precepto, evitando posibles resquicios derivados de una interpretación restrictiva del mismo»¹⁹⁵². Es decir, la posibilidad existía con anterioridad a la LO 1/2015¹⁹⁵³, pero ahora se vuelve más notoria e inexcusable para el operador jurídico¹⁹⁵⁴, adecuándose así a lo recogido en el art. 1.1 de la DM 2008/913/JAI.

a) Primer bloque de conductas punibles: la incitación (art. 510.1 CP)

Dentro del primer bloque de conductas se enmarcan el delito de incitación pública grave (art. 510.1.a) CP), el delito consistente en el castigo de las diferentes etapas de la cadena de difusión (p.ej.: difundir, publicar, producir, etc.) del material de incitación (p.ej.: libros, DVDs, panfletos, etc.) propio o ajeno (art. 510.1.b) CP), y el delito de conductas apoloéticas sobre crímenes de derecho penal internacional (art. 510.1.c) CP).

¹⁹⁵¹ LAMARCA PÉREZ, «Tema 24. Delitos» (2013), p. 801.

¹⁹⁵² FGE, *Circular 7/2019* (2019), p. 23.

¹⁹⁵³ Otra cosa bien distinta es que esa posibilidad fuera hartamente discutida. A modo de ejemplo, CANCIO MELIÁ entendía en su momento que no era suficiente con la afección individual a un miembro de alguno de los colectivos protegidos por el art. 510 CP (redacción anterior a la LO 1/2015), sino que la conducta debía estar dirigida a esos colectivos como seña de identidad propia del precepto. Cualquier otra interpretación, según DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, suponía ampliar en demasía el tipo e ir contra reo al conculcarse el principio de legalidad penal. En cambio, en opinión de CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, si bien el anterior art. 510 CP se refería únicamente a grupos o asociaciones, esa referencia también debía entenderse extensiva a los miembros de tales colectividades. Véase: CANCIO MELIÁ, «Artículo 510», p. 1275; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Delitos en el ejercicio de derechos», p. 508; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, pp. 366-367; CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, «Artículo 510», p. 2003.

¹⁹⁵⁴ Como recogía el Informe del Consejo Fiscal al *Anteproyecto de LO para la reforma del CP/1995 (octubre de 2012)*, no han faltado casos en que nuestros jueces y tribunales habrían concebido el sujeto pasivo de las conductas del art. 510 CP (anterior a la reforma penal de 2015) sin salirse un ápice de lo que marcaba el tenor literal de la norma (“grupos o asociaciones”, en ningún caso personas individualmente consideradas). Aparte de notar la sinrazón de esto último, DE VICENTE MARTÍNEZ valora muy positivamente el cambio introducido a este respecto por LO 1/2015. Véase: FGE, *Informe del Consejo Fiscal* (2012), pp. 304-305; DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio*, pp. 116-117.

a.1) *La incitación pública grave y su cadena de difusión (arts. 510.1.a) y b) CP)*

Según dispone el art. 510.1 CP, serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses “*quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad*” (art. 510.1.a) CP). Por otro lado, las mismas penas recaerán para quienes, en una fase aún más adelantada, “*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*” (art. 510.1.b CP) en iguales términos de cierre que ya estableciera el apartado anterior¹⁹⁵⁵.

Las modalidades o conductas delictivas recién referidas equivalen a delitos de valoración, o lo que es lo mismo, la adecuación típica de la conducta sólo es posible si esta última guarda un sentido concreto. Los diferentes verbos que guían las conductas (p.ej.: fomentar, promover o incitar en el caso del art. 510.1.a) CP; o producir, difundir o poseer con el fin de distribuir cualquier material idóneo para los fines referidos en el caso del art. 510.1.b) CP)¹⁹⁵⁶ aspiran a aclarar uno u otro sentido. Los denominados como elementos tendenciales son, precisamente, los auténticos «referentes de sentido» para identificar la conducta típica. Así lo recoge LANDA GOROSTIZA, quien entiende que el verbo típico de «incitar» constituye el verdadero sustrato de la prohibición penal

¹⁹⁵⁵ Según refleja alguna resolución judicial, la conducta del art. 510.1.b) CP es subsidiaria (subsidiariedad tácita [art. 8.2 CP]) respecto a la prevista en el apartado 1.a) CP, por lo que la conducta relativa a la cadena de difusión se aplicará sólo en defecto de la de incitación grave (Sentencia 419/2019 del JP Núm. 1 de Segovia, de 15 de noviembre [FJ 3]). Con todo, también pudiera defenderse que, en realidad, no estamos sino ante una progresión delictiva, ya que la conducta del apartado 1.b) constituirá a menudo un estadio intermedio respecto a la del apartado 1.a). En ese caso, procedería la aplicación del principio de consunción (art. 8.3 CP) para resolver el concurso de leyes que se plantea. Sea como fuere, en este epígrafe se dispensará un tratamiento conjunto de los arts. 510.1.a) y b) CP.

¹⁹⁵⁶ El sentido de una manifestación vendrá ataviado con una forma concreta, como pueda ser el lenguaje verbalizado (ej.: palabras vertidas por megafonía), mímico (ej.: señalar a una persona y realizar el gesto de sesgar el cuello) o escrito en sentido amplio (ej.: un *tweet* o una imagen superpuesta y suficientemente sugerente).

contenida en el art. 510.1.a) CP¹⁹⁵⁷, lo que supondrá una tendencia «a implicar a sectores crecientes de la población en el enfrentamiento colectivo»¹⁹⁵⁸. Precisamente, a este elemento tendencial aplica el criterio de idoneidad del discurso para mover la voluntad de terceros¹⁹⁵⁹, lo que supone que no todo discurso, por más que esté dirigido contra un miembro de algún colectivo vulnerable previsto por ley, deba cualificar automáticamente como discurso de odio. Eso sí, la idoneidad del discurso para mover voluntades podrá alcanzarse también a través de la incitación indirecta¹⁹⁶⁰, y no sólo a través de mensajes de contenido incontrovertible por su claridad expositiva (incitación directa). De ahí también que DEL ROSAL BLASCO critique la absoluta indeterminación a la que nos avocara el Tribunal Constitucional en su día (STC 235/2007, de 7 de noviembre)¹⁹⁶¹ y el

¹⁹⁵⁷ Como ha recogido en alguna que otra ocasión el Tribunal Supremo, “*lo que es objeto de castigo en los delitos de odio, no puede ser la expresión de una idea, sino cuando se haga de modo que incorporen una provocación al odio, a la discriminación, o a la violencia*” (STS 646/2018, de 14 de diciembre, FJ Único; STS 185/2019, de 2 de abril, FJ 3; STS 47/2019, de 4 de febrero, FJ 2).

¹⁹⁵⁸ Véase LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, pp. 67 y 68. A mayor abundamiento, sobre el sentido abstracto que guarda la acción declarativa, siendo referido en ocasiones como el contenido intelectual de aquello declarado, véase el apartado «3.1.1. Notas introductorias: rasgos destacados de los discursos de odio online y su idiosincrasia» *supra*.

¹⁹⁵⁹ Estamos ante un delito relacional, en la medida en que implica realizar necesariamente un chequeo de la interacción entre incitador y colectivo sobre el que se impacta. El primero tratará de ampliar el círculo de personas que vayan a movilizarse de manera eficaz, lo que requiere de impacto suficiente.

¹⁹⁶⁰ De esta opinión es también CUERDA ARNAU, «Lección XL. Delitos contra la Constitución», p. 754. No lo entiende así, en cambio, LAMARCA PÉREZ, quien cree desmesurada esta pretensión. LAMARCA PÉREZ, *Delitos* (5ª ed. - 2020), p. 999.

¹⁹⁶¹ Al hilo del análisis que se efectúa sobre el delito de negación del genocidio (anterior art. 607.2 CP), sobre el que luego incidiremos, el Tribunal Constitucional desliza brevemente la posible asociación del delito de provocación (art. 510 CP) con la incitación indirecta a la discriminación, odio o violencia: “*La literalidad del ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que hace al odio racial o antisemita se refiere, en el delito previsto en el art. 510 CP, castigado con penas superiores*” (FJ 6). Años después, eso sí, el Tribunal Supremo se pronunciaba en los siguientes términos: “*La utilización del término provocación ha conducido a sostener que es preciso que se cumplan los requisitos del artículo 18, salvo el relativo a que el hecho al que se provoca sea constitutivo de delito, ya que al incluir la provocación al odio se hace referencia a un sentimiento o emoción cuya mera existencia no es delictiva. En cualquier caso, es preciso que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos (...)*” (STS 259/2011, de 12 de abril, FJ 1.2).

Sobre el acierto que supuso asociar el delito de provocación (art. 510 CP) con la incitación indirecta, al margen de la posición que adoptara el Tribunal Supremo años después, véase el análisis de LANDA GOROSTIZA, “*Incitación al odio*”, pp. 336-340.

En cambio, VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU advierten de que la incitación indirecta apunta a la sanción penal de actos que ni tan siquiera alcanzan la categoría de preparatorios. Además, dado que existe un subtipo agravado centrado en el mayor desvalor que merecen unos hechos que “*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*” (art. 510.4 CP), de ahí deducen estos autores que tales efectos no son propios entonces de ningún tipo básico (arts. 510.1 y 2 CP), por lo que la incitación indirecta abriría las posibilidades de sanción penal hasta lo inimaginable. Véase, indistintamente: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, «Estado autoritario y adelantamiento», p. 374; VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, «Estado autoritario», p. 611.

legislador español en la actualidad (redacción dada al art. 510 CP por LO 1/2015)¹⁹⁶². La tipicidad de aquello equívoco o no explícito se vuelve impracticable según este autor¹⁹⁶³. En todo caso, parece evidente que cuanto menos frontal resulte una incitación (p.ej.: a través de divagaciones más o menos imprecisas) mayor dependencia habrá al contexto. De hecho, será el contexto el que marque la aptitud del discurso como medio para alcanzar un pretendido efecto llamada. El foco no debe ser tanto el tipo de incitación como la fuerza y significado que adquiere un determinado discurso inserto en su debido contexto¹⁹⁶⁴. Además, en cualquier caso, también conviene precisar que una expresión – en este caso, de incitación– para que sea directa tendría que ser «lo suficientemente específica». Es decir, lo directo no conecta necesariamente con lo explícito del lenguaje empleado, siendo así que «la expresión implícita también puede incitar directamente» a determinados actos (violentos o no), que luego detallaremos, «si en su contexto lingüístico y cultural es lo suficientemente clara para su audiencia»¹⁹⁶⁵. A este respecto, cabe notar que la STC 35/2020, de 25 de febrero, estimó que debe acometerse “(...) *la valoración de los elementos intencionales, circunstanciales y contextuales e incluso pragmático-lingüísticos que presidieron la emisión de los mensajes*” (FJ 5). Este último aspecto, sin duda, viene a reforzar la consideración anterior.

¹⁹⁶² Esto, en principio, acaba con la vacilación doctrinal acerca de si el art. 510.1 CP debía ser considerado como una modalidad de provocación prevista en el art. 18 CP (“*la provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito*”). Recuérdese que el delito de provocación a la discriminación contenido originariamente en el art. 165 *ter* CP/1973 por incorporación prevista por LO 4/1995, pronto pasó a ubicarse en el art. 510.1 CP a través de la LO 10/1995. Ahora bien, entre otras cuestiones, su nueva ubicación dejó atrás las notas de provocación directa y pública. Actualmente, tras la LO 1/2015, estas precisiones vuelven a constar expresamente referidas en el art. 510.1.a) CP. Con todo, ni mucho se ha acabado con las dudas que genera un suelo tan resbaladizo como la incitación indirecta. Como muestra, un botón. El GEPC propone reconducir las incitaciones del art. 510.1.a) CP a la figura de provocación estricta, en equivalencia lógica con las del art. 18.1 CP. Por tanto, la nueva redacción propuesta recoge una incitación “*pública y directa*” para el art. 510.1.a) CP. Véase GEPC, *Una propuesta alternativa* (2019), pp. 33-36.

¹⁹⁶³ DEL ROSAL BLASCO, «Capítulo 62. Delitos contra la Constitución», pp. 1423-1424. En la misma línea, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO alude a lo «perturbador» que resulta el reflejo expreso de la modalidad de incitación indirecta, al posibilitarse la sanción de conductas creadoras de climas hostiles. La inseguridad se adueña, definitivamente del nuevo art. 510.1.a) CP. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Principios de lesividad y conexos», p. 211.

¹⁹⁶⁴ En esta línea de razonamiento, me sumo al siguiente pronunciamiento del Tribunal Supremo en todos sus términos: “(...) *lo fundamental no es entrar en disquisiciones sobre si la provocación ha de ser directa o indirecta, adjetivos cuyos contornos no siempre no están claros, sino en precisar la eficacia de esa provocación, esto es, si es capaz de incitar al odio, la violencia o la discriminación (...). Dicho de otro modo, se considere directa o indirecta la incitación, lo que se ha de valorar es si encierra alguna suerte de provocación al tipo de violencia que se define en el art. 510 (...)*” (STS 675/2020, de 11 de diciembre, FJ 1).

¹⁹⁶⁵ ARTÍCULO 19, *España: delitos relacionados* (2020), p. 25 (en concreto, véase la nota al pie núm. 83 que consta en la página 32 a la que se nos remite).

Aunque el Tribunal Supremo ha alertado de que una excesiva circunstancialidad puede dificultar la determinación de lo delictivo (STS 646/2018, de 14 de diciembre, FJ Único; STS 47/2019, de 4 de febrero, FJ 2; STS 185/2019, de 2 de abril, FJ 3), no es menos cierto que este modo de proceder enlaza bien con la jurisprudencia del TEDH. Según reconoce y sintetiza la Audiencia Nacional, “(...) *la jurisprudencia del TEDH en aplicación del art. 10 [libertad de expresión] a casos de discurso del odio es casuística, de tal suerte que realiza un análisis de las circunstancias concretas del caso, atendiendo, eso sí, a una serie de parámetros más o menos comunes (naturaleza y forma del discurso, intencionalidad, contexto, potenciales efectos...)*” (SAN 4/2018, de 10 de julio FJ 3, confirmada a su vez por la STS 185/2019, de 2 de abril). Con todo, ante un casuismo desmedido hay que optar por perfilar los límites de lo punible mediante el afianzamiento de parámetros que puedan ser, a corto o medio plazo, compartidos. La circunstancialidad del caso concreto debe considerarse un añadido frente a elementos de examen que sean más generalizados y estén plenamente asentados en la jurisprudencia. Una articulación mínimamente coherente de tales criterios de contextualización se encuentra en el denominado *Plan de Rabat* (2012), como ya vimos¹⁹⁶⁶. Para la correcta identificación de una incitación constitutiva de discurso de odio punible, todo razonamiento judicial mínimamente diligente debiere implementar al caso concreto un conjunto de parámetros¹⁹⁶⁷ que permitan medir la peligrosidad –es decir, la gravedad– del discurso y valorar así la relevancia penal del mismo (test de relevancia).

¹⁹⁶⁶ En detalle, remitimos aquí al lector al apartado «3.2.1.4. *Plan de Rabat* (2012)» dentro del *supra*.

¹⁹⁶⁷ Recuérdense cómo, en función del caso, nuestros jueces y tribunales debieren referirse a los siguientes filtros de interés: 1.) Contexto. Un análisis del trasfondo socio-político en el que se inserta el discurso al tiempo de ser vertido. *Ej.: Discurso que llama a movilizarse contra los inmigrantes y que se produce en un momento de tensiones inter-étnicas graves por vandalismo y violencia en las calles los últimos días*; 2.) Orador. La posición o estatus que tiene la persona que emplea el discurso que hace fácilmente deducible una mayor capacidad de influencia sobre los demás. *Ej.: Un líder político, religioso o de una comunidad que arenga a tomar las calles*; 3.) Intención. El elemento subjetivo tendencial de la conducta, consistente en la voluntad o intencionalidad del autor de los hechos, debiere quedar de manifiesto. A falta de un reconocimiento expreso por parte del autor, un juicio de inferencia a través de las circunstancias concurrentes determinará este extremo. *Ej.: Discurso pronunciado por un reconocido simpatizante de extrema-derecha con esvásticas tatuadas*; 4.) Contenido y forma. De un análisis del lenguaje crudo y del estilo empleado podrá deducirse hasta qué punto se contiene un componente de provocación y es susceptible de mover voluntades. *Ej.: Esgrimir de forma contundente y sin paliativos contenido misógino, y que además llame a “parar” a la turba feminista supremacista que ocupa las calles*; 5.) Extensión o alcance del acto expresivo. Se deberán valorar aspectos como el número de potenciales receptores del mensaje, la mayor publicidad que facilitan ciertas vías de comunicación de masas, la cantidad y periodicidad de las comunicaciones, etc. *Ej.: Una cuenta abierta en Twitter que cuenta con miles de seguidores y que mantiene un goteo incesante de mensajes racistas*; 6.) Probabilidad, incluida la inminencia. Aunque un mínimo riesgo de daño siempre deba identificarse entre el discurso y los posibles actos materiales posteriores, esa relación de causalidad podrá ser más o menos evidente y, por ende, radicar más o menos consolidada. Se precisa una probabilidad reforzada o, dicho de otra forma, la inminencia del

Dejando a un lado el contexto, lo cierto es que el delito de incitación en verdad habla de “*fomentar, promover o incitar*”, por mucho que antes de la reforma operada por LO 1/2015 el legislador se refiriera a “*provocar*” como único verbo típico. Estas ramificaciones¹⁹⁶⁸ del elemento tendencial plantean un nuevo escenario que, a la vista de las diferentes propuestas existentes a día de hoy, perpetúan un debate enquistado en el tiempo. La cuestión, antes de la reforma de la ley penal, pasaba por dilucidar si esa provocación sólo era típica en la medida en que se incitara a la comisión de un delito concreto siguiendo el referente normativo de la provocación previsto en el art. 18 CP como acto preparatorio punible¹⁹⁶⁹. Volviendo al presente, que es el escenario normativo que realmente nos interesa analizar, una buena muestra de la falta de sintonía doctrinal viene bien reflejada por LANDA GOROSTIZA y ALCÁCER GUIRAO. El primero entiende que el actual art. 510 CP rompe definitivamente con aquellos que creen ver en los objetos de referencia (odio, hostilidad, discriminación o violencia) de la actividad incitadora una suerte de provocación en línea con aquella prevista en el art. 18 CP (interpretación por analogía). Según este autor, quien acostumbra a caracterizar la provocación o incitación propia del discurso de odio como *sui generis*, el art. 510.1.a) CP supera ampliamente el comportamiento delictivo de terceros como único referente de la incitación. Se va más allá porque hablaríamos de discursos que pueden simplemente «incidir negativamente en las relaciones de pacífica convivencia entre grupos y colectivos con afección potencial de sus derechos fundamentales»¹⁹⁷⁰. Recientemente, el Tribunal

peligro proyectado para poder dibujar el carácter típico de la conducta. *Ej.: En un clima de violencia organizada en las calles contra actitudes homófobas, hacer un llamamiento a delitos de sangre para dar por concluida la limpieza en las calles.*

¹⁹⁶⁸ Es crítica en este sentido TAPIA BALLESTEROS, quien considera que son imperceptibles las diferencias entre verbos típicos, cuestionando su utilidad al crear un escenario de aplicación incierta. TAPIA BALLESTEROS, “El discurso de odio”, p. 307.

¹⁹⁶⁹ Por ejemplo, sin desmerecer ninguna otra, una posición ecléctica es la que nos trasladaba QUINTERO OLIVARES. Según este autor, la función asignada al art. 510 CP era doble. En primer lugar, su tipificación posibilitaba que, al margen del delito en concreto (y, recuérdese, la provocación del art. 18 CP se aplica en aquellos delitos en que la ley lo prevea expresamente), se estableciera una sanción genérica para lo que no dejaban de ser, al menos en parte, modalidades de provocación en sentido jurídico-técnico (p.ej.: provocación al homicidio o lesiones) inspiradas en causas concretas (p.ej.: raza, etnia, origen nacional, etc.). En segundo lugar, el art. 510 CP posibilitaba que la provocación a ciertas actitudes –es decir, no necesariamente delictivas– como el odio, tuvieran cabida en una figura expresamente configurada para ello (incitación al odio). De lo contrario, como bien recoge este autor, esta mera posibilidad no sería nunca reconducible a la provocación “*a la perpetración de un delito*” del art. 18 CP. QUINTERO OLIVARES, *La justicia penal*, p. 101. En detalle, para una obra monográfica de referencia en torno a la institución de la provocación, véase DEL ROSAL BLASCO, *La provocación, passim*. En general, para un resumen de las diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales acerca de la posible vinculación del art. 510 CP, en su anterior redacción, con la provocación contenida en el art. 18 CP, véase: ALASTUEY DOBÓN, “La reforma”, pp. 3-6; ALASTUEY DOBÓN, “Discurso del odio”, pp. 8-15.

¹⁹⁷⁰ LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, p. 67. Antes de la reforma, VÁZQUEZ IRUZUBIETA criticaba el empleo del verbo “*provocar*” que era empleado por el legislador en el art. 510 CP. La razón

Supremo también parece acoger esta visión que, según afirma, sería más respetuosa con los estándares europeos e internacionales. En palabras del Alto Tribunal, “*no hay razón que lleve a una interpretación que quede condicionada por la definición de provocación para delinquir que da nuestro CP en su art. 18 CP, sino que estamos ante una idea de provocación propia*”, por lo que la provocación del art. 510.1.a) CP “*podría ser llevada a cabo mediante cualquier forma de expresión que difunda, induzca, incite, favorezca, facilite o promueva la violencia, el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otro tipo de discriminación basada en la intolerancia*” (STS 675/2020, de 11 de diciembre, FJ 1).

El segundo de los autores referido, en cambio, sostiene que el sentido de la conducta –es decir, la incitación– debe aspirar a estimular, involucrar y mover la voluntad de terceros hacia actividades positivas específicas (agresivas, discriminatorias u hostiles) que adquieran una dimensión delictiva. Los referentes de la actividad incitadora pasarían a ser los delitos de “*violencia física*” o “*agresiones*”¹⁹⁷¹, los delitos de “*discriminación*” (arts. 314, 511 y 512 CP) y los delitos por actos “*hostiles*” (es decir, manifestaciones externalizadas de odio que sean igualmente delictivas, tales como las amenazas, las coacciones o el hostigamiento)¹⁹⁷². Con todo, como sugieren diferentes expertos en la materia, la doctrina que ha sentado el Tribunal Supremo también podría estar

detrás de la crítica tenía que ver con el significado de esa palabra, en contraste con el de “*incitar*”. A lo que el sujeto activo aspira, teniendo en cuenta los objetos sobre los que recaería la acción (discriminación, odio o violencia), era a incitar a terceros, es decir, a «convencer y encender los ánimos de las personas». La provocación, por regla general, tiende a manifestarse tras esta primera acción, pero la conducta punible del art. 510.1 CP, en todo caso y según sostiene este autor, debería pivotar en torno a la acción de incitar (así ha sucedido finalmente tras la reforma por LO 1/2015). VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Comentario al Código penal*, pp. 976-977.

¹⁹⁷¹ Como ya apuntara en su día BERNAL DEL CASTILLO, tratando de realizar una interpretación restrictiva del anterior art. 510 CP, la “*violencia*” como objeto de la provocación típica debiere entenderse como una remisión que realiza el legislador a la comisión de determinados delitos que incorporen un componente de violencia física o material; en concreto, una remisión a aquellas figuras delictivas que admitan una agresión física al bien jurídico. Posteriormente, este autor concluye que tales figuras delictivas serían las relacionadas con delitos contra la vida, la integridad física, y contra algunos delitos contra el patrimonio (en concreto, en los casos de robo con violencia en las personas o fuerza en las cosas). En definitiva, la provocación a la violencia cabe en supuestos en que exista la posibilidad de cometer el delito a través de medios violentos. BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, pp. 79-81.

¹⁹⁷² Como puede comprobarse, falta la incitación al “*odio*” como referente de incitación punible. Su ausencia queda justificada, según este y otros muchos autores, porque el hecho de tratar de engendrar sentimientos o emociones en terceros, independientemente del grado de intensidad que se alcance, no genera una lesión o puesta en peligro mínima del bien jurídico (*nulla necessitas sine iniuria*) como para ganar relevancia penal. A pesar de todo, AMADEO GADEA y COLINA OQUENDO se hacen eco de la SAP de Barcelona, de 5 de marzo de 2008 (FJ 4), para reflejar que la provocación al odio podría ser punible si interpretáramos que las injurias, en verdad, representan un acto de odio que puede constituir delito. Véase: ALCÁCER GUIRAO, *La libertad del odio*, pp. 227-228; AMADEO GADEA, *Código penal. Parte especial*, pp. 850-851; AMADEO GADEA, *Código penal. Doctrina*, p. 833; COLINA OQUENDO, «Comentario al art. 510 CP», p. 2440.

favoreciendo una visión diametralmente opuesta. Según adujo el Alto Tribunal, la peligrosidad para el bien jurídico se da por supuesta siempre que estemos ante “*un mensaje con un contenido propio del discurso de odio*”; y, prosigue, “*la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio (...) ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación*” (STS 72/2018, de 9 de febrero, FJ Único). De esta forma, al margen de lo equivocado del planteamiento, no parece precisarse de prueba alguna para confirmar que la conducta sea idónea para alcanzar resultados que contravengan la norma penal¹⁹⁷³.

Por si todo lo anterior no fuera suficiente, el estándar de intencionalidad es el elemento subjetivo del tipo penal que parte de la doctrina viene reivindicando para que salpique la práctica judicial. En concreto, nuestros jueces y tribunales suscriben la tesis de que la incitación grave se ocupará siempre de acciones provocadas finalísticamente¹⁹⁷⁴. El dolo genérico (acto volitivo consciente) será suficiente. El dolo básico, afirma 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 de febrero, FJ Único).

Precisamente, este último supuesto podría darse a menudo en el fragor de discusiones acaloradas y subidas de tono en redes sociales¹⁹⁷⁵. Sin embargo, el Alto Tribunal ya había tenido ocasión de afinar más este criterio para evitar supuestas ausencias de dolo en la mayoría de encuentros –y, sobre todo, desencuentros– en la red. Reproducimos a continuación un breve extracto de la STS 846/2015, de 30 de diciembre, que resulta de notable interés: “*Por más que los medios de comunicación modernos de la mano de las*

¹⁹⁷³ ARTÍCULO 19, *España: Informe del diálogo* (2020), pp. 15-16.

¹⁹⁷⁴ Con todo, recuérdese que la *RPG Núm. 15* (2015) de la ECRI superaba en algunos aspectos lo estipulado en el *Plan de Rabat* (2012). En concreto, decíamos que la modalidad intencional del discurso de odio podía ser prescindible, abriendo así la puerta a un delito culposo grave (es decir, una imprudencia que situábamos entre el dolo eventual y la imprudencia consciente). En detalle, véase el epígrafe «*c) Recomendación de Política General Núm. 15 (2015) de la ECRI*», del apartado «*3.2.2.1. Consejo de Europa*» *supra*.

¹⁹⁷⁵ Nótese que, además de la preferencia de aplicación del art. 22.4 CP con respecto al art. 510 CP que reivindicábamos en el *Bloque I* de este estudio, la imposibilidad de aplicación del art. 510 debido a la falta de dolo no se traducirá, automáticamente, en un delito de injurias agravado por el art. 22.4 CP. Como explica VELASCO NÚÑEZ, este tipo de desahogos online entre dos personas que no se conocen entre sí y que no vuelve a producirse deberían quedar impunes. Estaríamos ante una infracción de bagatela, que no precisa de intervención penal por ser la afección al bien jurídico protegido de una entidad mínima e irrelevante. Véase: VELASCO NÚÑEZ, *Delitos tecnológicos*, pp. 294-295; VELASCO NÚÑEZ/SANCHÍS CRESPO, *Delincuencia informática*, p. 210. Véase también el apartado «*1.5.3. Intersección con los delitos de expresión*» del *Bloque I*.

TICs aceleren la difusión de mensajes escritos hasta acercarlos en su dinámica a las manifestaciones verbales por su rápida génesis y transmisión inmediata, sigue siendo factor relevante a la hora de evaluar el tipo subjetivo y el contexto que se trate de expresiones escritas: exigen en todo caso cierta mayor reflexión pues se prestan a ser releídas antes de la difusión” (FJ 4). De lo anterior se infiere que, en un contexto tan propicio para la irreflexión, la presunción a desvirtuar debiera ser justo la contraria. Es decir, que el usuario ha de haber procedido a una reflexión mínima antes escribir y pulsar el botón de publicar un comentario o un *tweet*. En palabras de la FGE, “*no es asumible de forma acrítica la alegación de la reacción espontánea o incontrolable*”. Asimismo, aparte de lo anterior, deberá valorarse de forma oportuna la “*conciencia de la utilización de un medio idóneo para alcanzar una mayor difusión del mensaje*”, la “*reiteración o no de la conducta, en la misma o en distintas fechas*”, y que de lo expresado no quepa entender “*una posible interpretación racional diferente*”¹⁹⁷⁶.

En cualquier caso, volviendo al tipo subjetivo del art. 510 CP, lo que parece claro es que la jurisprudencia no exige un elemento subjetivo adicional a modo de dolo específico, (re)duplicado o reforzado de autor. No obstante, como decíamos, diferentes voces vienen reclamando que la conducta de incitación, para ser grave (y, por tanto, punible), no quede desprovista de esa intención reforzada de autor (dolo específico)¹⁹⁷⁷. Recuérdesse aquí que, según las claves que proporciona la *RPG núm. 15 (2015)* para valorar la existencia del elemento intencional, se alude al hecho de realizar un llamamiento explícito a terceros para ejecutar los actos oportunos, o su inferencia a través del lenguaje burdo empleado y otras circunstancias atinentes al caso (p.ej.: la conducta previa del orador)¹⁹⁷⁸. Con todo, al margen de entender incluso como prescindible este elemento intencional, también se aclara que “*la intencionalidad no siempre es fácil de demostrar, especialmente cuando*

¹⁹⁷⁶ Cabe notar también que, por ejemplo, un único comentario publicado en un lugar de la red que se sepa frecuentado por personas u organizaciones que hagan de la promoción de la intolerancia su causa común, será valorado también de forma oportuna para dibujar el dolo de autor. En detalle, véase FGE, *Circular 7/2019 (2019)*, pp. 25-26.

¹⁹⁷⁷ Véase: ARTÍCULO 19, *España: Informe del diálogo (2020)*, pp. 16-17; ARTÍCULO 19, *España: delitos relacionados (2020)*, p. 24. Todo esto, como decimos, en sentido contrario a la interpretación judicial. De hecho, la FGE también dejó constancia de sus dudas acerca del estándar de intencionalidad: “*No se puede desconocer la dificultad que, tradicionalmente, ha existido para valorar la concurrencia de un sentimiento tan íntimo como es la intención que guía al sujeto activo de un hecho delictivo, para lo que debe recurrirse al juicio de inferencia a través de la prueba indiciaria*”. FGE, *Circular 7/2019 (2019)*, p. 25.

¹⁹⁷⁸ ECRI, *Recomendación y memorándum explicativo (2017)*, párr. 15 (memorándum explicativo). Véase también el epígrafe «c) *Recomendación de Política General Núm. 15 (2015) de la ECRI*», del apartado «3.2.2.1. Consejo de Europa» *supra*.

las observaciones tienen que ver de forma ostensible con hechos pretendidos o cuando se utiliza un lenguaje codificado”¹⁹⁷⁹. Por ejemplo, los *emojis* codifican mensajes cada uno de ellos, transportando información mundialmente reconocible. Son, se dice, sustitutos naturales de los gestos, cuyos significados son también muy variados y dependientes del contexto. Por tanto, al hilo de lo que se viene desarrollando, una cosa será partir de una presunción de reflexión mínima y voluntariedad de la acción, y otra muy diferente será la necesidad de acreditar (normalmente, de forma indiciaria) la voluntad de incitar del orador detrás de uno o varios comentarios de su autoría en Internet. El juicio de certeza acerca de este último elemento se antojará complejo y poco o nada concluyente. En general, podría concluirse que depende de dónde se vierta la incitación y en qué contexto se haga, será o no creíble especular sobre acontecimientos posteriores, y ello al margen del mal gusto que susciten.

Precisamente, sobre estos acontecimientos posteriores bascula el juicio de peligrosidad *ex ante* que viene siendo requerido, lo cual tampoco parece estar exento de críticas. En principio, de la incitación grave debe desprenderse un riesgo que, aunque proyectado en abstracto, haga previsible una más que probable inminencia de acción (nexo causal suficientemente afianzado). Se trata de la aptitud para la generación de una situación de peligro seria y realista en abstracto, que además sea próxima/inminente (provocación del «paso al acto»)¹⁹⁸⁰. Esta aptitud discursiva, en todo caso, estará estrechamente ligada al elemento tendencial de la conducta, puesto que sólo así entiende el Tribunal Constitucional que ésta podría llegar a ser legítimamente proscrita, como consecuencia de haber quedado fuera del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de expresión¹⁹⁸¹. En suma, desde un análisis de peligrosidad *ex ante*, habría de determinarse qué capacidad tiene el discurso, a juicio de cualquier observador imparcial, para concluir si este tipo de soflamas, puestas al trasluz de un contexto determinado, tienen un impacto tal sobre un público que hiciera indudable que se adheriría a voluntad. Sin prácticamente latencia entre el estímulo y el resultado. En cualquier caso, no siendo preciso verificar ese resultado, el referente de certeza al que se debe aspirar respecto al encadenamiento causal

¹⁹⁷⁹ ECRI, *Recomendación y memorándum explicativo* (2017), párr. 15 (memorándum explicativo).

¹⁹⁸⁰ De esta forma, “(...) resultará preciso que, por las circunstancias del caso, el discurso genere un riesgo real y efectivo de producción de dichos actos. Esto es, de la incitación han de predicarse los requisitos de concreción, idoneidad y capacidad, y entre la incitación y la acción debe mediar el elemento de inminencia”. AAP de Barcelona 892/2016, de 29 de noviembre, FJ 1.

¹⁹⁸¹ Para un análisis sobre las bases de constitucionalidad (STC 235/2007, de 7 de noviembre) afincadas en su día en torno a los elementos tendenciales de la conducta, véase LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, pp. 50-57.

enlaza con un prácticamente seguro efecto explosivo de ingredientes mezclados entre sí. Este efecto, como decimos, se deduce de la experiencia de un observador imparcial, pero “*sin apenas margen de error*” respecto al encadenamiento causal de ingredientes y resultado explosivo final (Sentencia 357/2017 del JP Núm. 26 de Barcelona, de 10 de octubre, FJ 5), incluida la probabilidad de que esto último suceda. De ahí que exista una corriente de opinión crítica con el *statu quo* de una interpretación jurisprudencial entregada por completo a la consideración de la incitación grave (art. 510.1.a) CP) como un delito de peligro abstracto. Se defiende, en definitiva, que se transite hacia la consideración del castigo exclusivamente para aquellos casos en que exista una aptitud para la generación de una situación de peligro inminente y seria¹⁹⁸².

En esta línea, de forma aguda, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO invita al lector a reflexionar acerca de si pudiera darse esa situación de peligro inminente y seria prescindiendo de una incitación clara. Así, prosigue, podría valorarse si un discurso lo suficientemente recurrente contra un colectivo vulnerable puede llegar a equipararse con una incitación clara. La razón, según este autor, residiría en que se deja a ese colectivo «a los pies de los caballos»¹⁹⁸³. En el contexto de una crítica más amplia a los delitos de peligro abstracto, MOCCIA constata que la aparición de este tipo de figuras se vendría dando de forma más acusada en «determinados sectores de tutela», como sucede con los bienes jurídicos de naturaleza supraindividual. Asimismo, advierte, en la mayoría de estos supuestos el principio de lesividad u ofensividad para el bien jurídico de esta naturaleza se tambalea, dado que la ofensa será percibida como el «resultado de efectos combinados de conductas diferenciadas, respecto de las cuales parece difícil la verificación del nexo etiológico»¹⁹⁸⁴.

¹⁹⁸² Véase, entre otros, ARTÍCULO 19, *España: Informe del diálogo* (2020), pp. 15-16. Poniendo en valor lo inmediato y lo concreto del peligro, como componentes que deben interesar al Derecho penal al examinar la posibilidad real o probabilidad de daño, véase BAIGÚN, *Los delitos de peligro*, pp. 1-23.

Nótese que hablamos aquí de la aptitud para generar una situación de peligro seria e inminente, no en cambio de que exista un peligro real, serio e inminente para los sujetos pasivos de la conducta (personas o colectivos diana), a modo de «antesala de la violencia». Esta lectura extremadamente restrictiva que acostumbraba a plantearse por doctrina y jurisprudencia fue oportunamente denunciada por AGUILAR GARCÍA. Este autor, Fiscal Coordinador del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona, era contrario a dejar tan amplios márgenes de impunidad para otras muchas manifestaciones de discursos de odio que debían quedar, a su entender, igualmente expuestas a sanción penal. AGUILAR GARCÍA, “La reforma del art. 510 del Código Penal”, pp. 3-8.

¹⁹⁸³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Principios de lesividad y conexos», pp. 208-209.

¹⁹⁸⁴ En detalle, dentro de una crítica más amplia sobre la configuración de delitos de peligro abstracto, véase MOCCIA, *El Derecho penal*, pp. 195-200. Más adelante, cuando analicemos el segundo bloque de conductas del precepto (art. 510.2.a) y b) CP), retomaremos esta idea. En cualquier caso, lo aquí expuesto no prejuzga el hecho de que, estando ante un acto comunicativo con afección colectiva, entremos en el

Precisamente, sobre los condiciones para la gestación del peligro proscrito o, si se quiere, sobre los indicadores que ayudan a determinar cuándo un discurso de odio cualifica como auténtico «discurso peligroso», el test de relevancia del riesgo contenido en el *Plan de Rabat* (2012)¹⁹⁸⁵, absorbido posteriormente por la *RPG Núm. 15* (2015) para acercarlo a la realidad europea, constituye un instrumento de referencia en manos de jueces y tribunales. Entre los indicadores, al menos para este estudio, ocupa un lugar destacado el del medio empleado. A este respecto, un canal como Internet “(...) *no solo es particularmente idóneo para la difusión de los contenidos, sino que también por su consolidación pública (no se vierten en un contexto de debate o discusión que permita la réplica inmediata)*” (SAP de Barcelona 702/2008, de 8 de noviembre). Asimismo, también podría destacarse su influencia en el sentido de “(...) *ser la única o principal fuente de noticias para el auditorio relevante*” (Auto de la AP de Barcelona 787/2018, de 12 de diciembre, FJ 2). Más allá del medio concreto empleado, otros indicadores imprimirán mayor verosimilitud a la peligrosidad del acto discursivo, como bien pudiera ser la existencia de focos de violencia que se acredite guarden relación con lo expresado, o el discurso vertido con ocasión de que se produjeran tales actos violentos (STC 35/2020, de 25 de febrero, FJ 4).

Ya en el art. 510.1.b) CP, encontramos la cadena de difusión (en un primer momento, la «producción» y la «elaboración» del material, y, posteriormente, la «posesión con la finalidad de distribuir», la «facilitación de acceso a terceros», la «distribución», la «difusión» y la «venta» del mismo) de material idóneo para la incitación grave. En esta figura delictiva, que no tiene precedentes, lo que se manifiesta es una «voluntad tendencial de incitación»¹⁹⁸⁶. Esto nos sitúa en un escalón inferior respecto a la incitación¹⁹⁸⁷ propiamente dicha como elemento tendencial, es decir, como aptitud del

terreno del delito continuado (*delictum continuatum*). En ese caso, cada discurso llena por sí mismo las exigencias del tipo, pero el Derecho penal devolverá una mirada unitaria. Es decir, la pluralidad de acciones discursivas de odio constituirá un único delito (art. 74.1 CP). No obstante, cabe matizar que se acostumbra a exceptuar la aplicación del delito continuado a aquellos tipos legales que contienen ya un listado predefinido de verbos típicos plurales (p.ej.: el art. 510.1.b) CP, que sanciona a quienes “*produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan*” escritos u otra clase de material o soporte).

¹⁹⁸⁵ Nos remitimos aquí a lo desarrollado en el apartado «3.2.1.4. *Plan de Rabat* (2012)» *supra*.

¹⁹⁸⁶ LANDA GOROSTIZA, *El delito de odio* (2017).

¹⁹⁸⁷ Nótese que el desatino legislativo es importante si observamos la más absoluta coincidencia de la pena entre la incitación grave (art. 510.1.a) CP) y su cadena de difusión (art. 510.1.b) CP), por más que esta última represente un escenario previo o de preparación de la primera. La puesta en contacto con el bien jurídico protegido será bastante más remota, por lo que la desproporción del castigo es evidente. Se trata, como suele observarse, de la capacidad potencial de puesta en peligro del bien jurídico. Así lo entiende PORTILLA CONTRERAS, quien sostiene que sólo sería posible una equiparación de pena entre los arts.

discurso para implicar a terceros que puedan llegar a sumarse, de muy diferentes maneras (incluso, como hemos visto, ni tan siquiera delictivas), a un enfrentamiento intergrupual abierto¹⁹⁸⁸. No se trata de una voluntad tendencial de incitación cualquiera, sino de aquella cuya capacidad objetiva *ex ante* se percibe como profunda o intensa, de tal forma que la violencia, hostilidad, odio o discriminación del material sirvan, no cabe la menor duda (es decir, objetivamente), de cauce eficaz para una emulación a gran escala de comportamientos de ese mismo signo (violentos, hostiles, odiosos o discriminatorios) contra un colectivo¹⁹⁸⁹.

Las críticas, por lo general, aciertan al señalar que se ha ido mucho más lejos de lo que venía previsto tanto por la DM 2008/913/JAI¹⁹⁹⁰ como por las bases de constitucionalidad sentadas por el Tribunal Constitucional. El hecho de que simplemente obre en poder de uno material apto o idóneo para la incitación grave, como podría ser el caso de producir

510.1.a) y b) si la conducta del apartado b) se concibiera, en contra incluso de lo que marcan los estándares europeos (DM 2008/913/JAI), como una «modalidad expresa y concreta» de la del apartado a), o una serie de medios para llegar a ese mismo apartado a) del precepto. Véase: PORTILLA CONTRERAS, «La represión penal», pp. 401-402; PORTILLA CONTRERAS, «El retorno de la censura», p. 98.

¹⁹⁸⁸ En esta línea de opinión, DEL ROSAL BLASCO y PORTILLA CONTRERAS conciben las conductas incardinables en el art. 510.1.b) CP como de auténticos actos previos/preparatorios al propio acto preparatorio de la incitación. Actos previos/preparatorios que, como tales, plantean que conductas de muy diferente signo poseen capacidad objetiva *ex ante* para, llegado el caso, desplegar la fuerza discursiva en terceros de una incitación grave. Es, en definitiva, lo que LANDA GOROSTIZA denomina como «material enlatado y listo para consumo», dentro de un contexto muerto y con un juicio probabilístico más difícil realizar en comparación con el de la incitación grave del art. 510.1.a) CP. Véase: DEL ROSAL BLASCO, «Capítulo 62. Delitos contra la Constitución», p. 1425; PORTILLA CONTRERAS, «La represión penal», p. 402; PORTILLA CONTRERAS, «El retorno de la censura», p. 99; LANDA GOROSTIZA, *El delito de odio* (2017); LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, pp. 74 y 140; LANDA GOROSTIZA, «El discurso de odio criminalizado», p. 235.

¹⁹⁸⁹ Véase: LANDA GOROSTIZA, *El delito de odio* (2017); LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, p. 140; LANDA GOROSTIZA, «El discurso de odio criminalizado», p. 236.

¹⁹⁹⁰ Recuérdese que la DM 2008/913/JAI entendía que debía considerarse delito la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en función de ciertas características identitarias, cuando el acto se cometa «*mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales*» (art. 1.b) de la DM 2008/913/JAI). Esta conducta, en principio, podría ser perfectamente subsumible en el art. 510.1.a) CP según advierte DEL ROSAL BLASCO. De hecho, en el art. 510.1.b) no se castiga una incitación grave empleando ciertos medios, sean escritos, imágenes u otros materiales (conductas provocadoras), sino que se castiga, entre otras conductas, la producción o elaboración de material, y/o la posesión con la finalidad de distribuirlo (conductas de favorecimiento), cuando ese material está inactivo, pero resulte ser objetivamente idóneo para desplegar una tal incitación grave. En otras palabras, la DM 2008/913/JAI demanda una incitación efectiva. Al margen de lo anterior, en el acto legislativo europeo tampoco se contempla la sanción de actos de incitación indirecta. Por último, si bien la DM 2008/913/JAI pedía garantizar la sanción de la complicidad en la incitación grave (art. 2.2 en relación con el art. 1.a) de la DM 2008/913/JAI) o la incitación grave llevada a cabo mediante escritos, imágenes u otros materiales (art. 2.2 en relación con el art. 1.b) de la DM 2008/913/JAI), lo cierto es que no exigía que se llevara a cabo como modalidad punible autónoma dentro del tipo penal. Podía, según el GEPC, haberse sancionado la participación a través de las reglas de la Parte General del Código penal. Véase, entre otros: DEL ROSAL BLASCO, «Capítulo 62. Delitos contra la Constitución», p. 1425; PORTILLA CONTRERAS, «La represión penal», pp. 401-402; PORTILLA CONTRERAS, «El retorno de la censura», p. 98; GEPC, *Una propuesta alternativa*, p. 37.

o elaborar material y/o llegar a poseer dicho material con la finalidad de distribuirlo, situaría la estrategia preventiva del Derecho penal fuera de los márgenes constitucionalmente admisibles. Como señaló la STC 235/2007, de 7 de noviembre, “(...) *una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades* [muy singularmente, la de la libertad de expresión] (...), *la constitucionalidad, a priori, del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del art. 607.2 CP* [esto es, el delito de negación del genocidio¹⁹⁹¹, reubicado tras la LO 1/2015 en el art. 510 CP]; *a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado*” (FJ 8). La mera negación de los delitos de genocidio, sin expresar juicios de valor sobre hechos históricos, supone a juicio del Tribunal una extralimitación del legislador. No cabe sostener la constitucionalidad del art. 607.2 CP sobre un elemento no expreso (es decir, la idoneidad del discurso para crear actitudes de hostilidad hacia el colectivo judío), forzando así su conformidad a la Constitución. Por tanto, si de la conducta no se colige siquiera un peligro potencial para el bien jurídico protegido, la consecuencia es que la negación de los delitos de genocidio resulta nula e inconstitucional a ojos del Tribunal.

En el actual art. 510.1.b) CP, en cambio, se incorpora la cláusula de idoneidad de forma expresa (es decir, materiales “*que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar*”). No obstante, cabe preguntarnos ahora si la falta de difusión del material (es decir, del material objetivamente idóneo “*para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia*”), incluso si se demuestra una finalidad de distribución posterior, es suficiente como para salvar la constitucionalidad de, al menos, parte del contenido típico¹⁹⁹² del art. 510.1.b) CP¹⁹⁹³. Esta misma pregunta se hacen VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, quienes reflexionan

¹⁹⁹¹ Este artículo requería de cierta depuración interna, puesto que su ámbito de aplicación era bastante más complejo y arrastraba, desde hacía tiempo, bastantes dudas acerca de su legitimidad. Este precepto estaba orientado a proscribir actos de difusión, realizados por cualquier medio, de ideas o doctrinas que negasen o justificasen los delitos de genocidio, así como para aquellos casos en que se pretendiese la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparasen prácticas genocidas.

¹⁹⁹² En concreto del contenido que tiene que ver con la producción y la elaboración del material idóneo, o, directamente, con la posesión con la finalidad de distribuir.

¹⁹⁹³ Según ROIG TORRES, en la medida en que no ha mediado ninguna acción más allá de la gestación o posesión del material idóneo, aun cuando se tenga la finalidad de distribuirlo posteriormente, se está ante una fase adelantada a la que el Tribunal Constitucional entendiera en su día como admisible en términos constitucionales. ROIG TORRES, «Los delitos de racismo», p. 1265.

alrededor de esta posibilidad y determinan que, si bien la opción político-criminal de nuestro legislador puede ser legítima, su conformidad constitucional quizás pase por implantar un estándar de interpretación más acusado que lo que sugerirían los términos legales empleados¹⁹⁹⁴. Para ello, plantean atender el criterio que sigue el Tribunal Constitucional sobre el delito de tenencia ilícita de armas (art. 563 CP) en la STC 24/2004, de 24 de febrero: “[L]a intervención penal sólo resultará justificada en los supuestos en que el arma objeto de la tenencia posea una especial potencialidad lesiva y, además, la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias tales que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana. Esa especial peligrosidad del arma y de las circunstancias de su tenencia deben valorarse con criterios objetivos y en atención a las múltiples circunstancias concurrentes en cada caso, sin que corresponda a este Tribunal su especificación. Esta pauta interpretativa resulta acorde, por lo demás, con la línea que, generalmente, viene siguiendo el Tribunal Supremo en la aplicación del precepto en cuestión” (FJ 7). Precisamente, ajustándose también a la doctrina constitucional, el Tribunal Supremo entendió en su día que las conductas de mero favorecimiento (p.ej.: la posesión con la finalidad de distribuirlo), que no fueran, en definitiva, conductas provocadoras, no quedaban integradas en el tipo penal (STS 259/2011, de 12 de abril)¹⁹⁹⁵.

Por último, la incitación (y su cadena de difusión) debe poder ser caracterizada como pública. El discurso debe estar en disposición de producir un envenenamiento del espacio

¹⁹⁹⁴ En detalle, véase: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, «Estado autoritario y adelantamiento», p. 375; VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, «Estado autoritario», pp. 612-613.

¹⁹⁹⁵ En concreto, véase el siguiente pronunciamiento de interés: “[T]ratándose de editores o libreros, la posesión de algunos ejemplares de tales obras [que nieguen o justifiquen el genocidio], en mayor o menor número, con la finalidad de proceder a su venta, o a su distribución, al igual que ocurriría si se tratara de otras muchas obras posibles de temática similar, o incluso contraria en su sentido más profundo aunque igualmente discriminatoria y excluyente, no supone por sí misma un acto de difusión de las ideas más allá del mero hecho de poner sus soportes documentales a disposición de los posibles usuarios, y por lo tanto, nada distinto de lo esperable de su dedicación profesional, sin que, aunque contengan alguna forma de justificación del genocidio, se aprecie solo por ello una incitación directa al odio, la discriminación o la violencia contra esos grupos, o indirecta a la comisión de actos constitutivos de genocidio, y sin que tampoco, aunque en esas obras se contengan conceptos, ideas o doctrinas discriminatorias u ofensivas para grupos de personas, pueda apreciarse que solo con esos actos de difusión se venga a crear un clima de hostilidad que suponga un peligro cierto de concreción en actos específicos de violencia contra aquellos. No se describe en los hechos probados, como sería necesario para aplicar el tipo, ningún acto de promoción, publicidad, defensa pública, recomendación, ensalzamiento, incitación o similares imputados a los acusados que vinieran referidos a la bondad de las ideas o doctrinas contenidas en los libros que editaban, distribuían o vendían en razón de su contenido filonazi, discriminatorio o proclive al genocidio o justificativo del mismo, o a la conveniencia de adquirirlos para conocimiento y desarrollo de aquellas, o que aconsejaran de alguna forma su puesta en práctica, que pudieran considerarse como actividades de difusión, que tuvieran mayor alcance y fueran distintas del hecho de editar determinadas obras o de disponer de ejemplares a disposición de los eventuales clientes” (STS 259/2011, de 12 de abril, FJ 1.10).

público. Se trata de un elemento de restricción del tipo que, mientras consta expresamente en la redacción dada para el art. 510.1.a) CP, se debiera deducir por inferencia para el caso del art. 510.1.b) CP. Trataremos ambos supuestos de forma ordenada y separada, si bien el material propio de la etapa más adelantada del delito (cadena de difusión), más allá de sus singularidades, conservará la misma caracterización pública que el material que, de alguna manera, despliega ya sus efectos una vez ha sido producido, facilitado a terceros el acceso, distribuido, etc. El elemento tendencial se mantiene intacto, por más que no se ponga en marcha y escale hacia la incitación grave del art. 510.1.a) CP (progresión delictiva).

Para el primero de los casos (art. 510.1.a) CP), lo determinante será que el discurso incitador se proyecte y penetre en el espacio público. Una vez desplegado ante una audiencia receptora más o menos amplia (colectividad), parece razonable pensar que debiere llegar a impactar sobre la misma. Todo ello sin perjuicio de que se concrete o no esa movilización de voluntades. Esto permitirá lograr un alcance mínimamente relevante como para elevar el riesgo de acciones agresivas, discriminatorias u hostiles. Se refuerza, en definitiva, la peligrosidad de la conducta. En otras palabras, la publicidad sirve para cribar aquellos discursos con significancia penal de aquellos otros que directamente no la tienen, incluso siendo de una gravedad equiparable en abstracto¹⁹⁹⁶. Asimismo, una interpretación de este precepto de conformidad con la doctrina que rodea la provocación como acto preparatorio punible (art. 18 CP), según alcanza a entender TAMARIT SUMALLA, involucrará necesariamente la publicidad propia de aquellas conductas que desplieguen sus efectos a un amplio y relativamente indeterminado número de personas a través de Internet. Esto no parece un rasgo novedoso en absoluto, ya que este mismo criterio de autor también aplica a la regulación del art. 510 CP anterior a la reforma operada por LO 1/2015¹⁹⁹⁷.

¹⁹⁹⁶ Las mismas proclamas, con la misma fuerza, y con la misma carga vertida en espacios semi-públicos o privados deberían estar excluidas del tipo. Ello no obsta para que estos casos se registren como incidentes de odio desde instancias policiales y den lugar a otro tipo de actuaciones (ej.: infracciones administrativas) que tengan su propio recorrido.

¹⁹⁹⁷ En concreto, TAMARIT SUMALLA apuesta por interpretar este precepto partiendo siempre de la doctrina que rodea la provocación como acto preparatorio punible (art. 18 CP). Este autor, antes incluso de la reforma del Código penal por LO 1/2015, defendía ya que la provocación debía entenderse de conformidad con aquella otra incardinada en el art. 18 CP. Por tanto, siendo la del art. 510 CP una mera extensión punible de la del art. 18 CP, la primera debía interpretarse conforme a las pautas más generales estipuladas durante años para la segunda. Véase: TAMARIT SUMALLA, «Artículo 510» (1996), p. 2080; TAMARIT SUMALLA, «Artículo 510» (2016), p. 1665.

Para el segundo de los casos (art. 510.1.b) CP), LANDA GOROSTIZA ofrece valiosos criterios de interpretación. En concreto, este autor se refiere a un tipo de incitación que no es frontal. Y no lo es no por aspectos discursivos que impidan aprehender de forma nítida el mensaje, sino porque el material está «enlatado». Un material que se mantiene en ese estado de forma indefinida, pero radicando ya en un canal comunicativo. Un ejemplo podría ser que alguien elabore un vídeo muy detallado sobre cómo matar a las mujeres y que ese video lo deje a disposición de cualquiera, o que esa misma persona realice copias o lo deje en determinados servidores en la red¹⁹⁹⁸. En otras palabras, el material ya se ha puesto en circulación y constituye una oferta de incitación latente, es decir, a la espera de que terceros se topen con ella o la atiendan debidamente. Con todo, no será preciso realizar un juicio de probabilidad sobre su activación, sino que basta con que se ponga a disposición del espacio comunicativo.

Por lo demás, como criterio corrector, allí donde evidentemente el sujeto activo haya producido sustanciales cantidades de material, esto es, donde exista un componente de masividad en la producción, podría tener la conducta relevancia jurídico-penal. Dentro del control de idoneidad de dicho material, al margen de la cantidad de los ejemplares, también habría que atender al tipo de soporte, a la implicación de quién produce o distribuye, etcétera¹⁹⁹⁹. El criterio, al fin y al cabo, es el de analizar la efectividad de ese material en abstracto. En otras palabras, determinar la aptitud del mensaje para mover voluntades de terceros (elemento tendencial) a una escala tal que ponga en jaque la libre voluntad de los miembros de ciertos colectivos para ejercer sus derechos fundamentales. Por todo ello, el juicio valorativo es ciertamente más complejo en esta modalidad adelantada de incitación. En definitiva, para dotar la conducta de una relevancia penal mínima, tiene que existir un material elaborado y consolidado de suficiente entidad (componente de masividad).

¹⁹⁹⁸ LANDA GOROSTIZA, *El delito de odio* (2017).

¹⁹⁹⁹ LANDA GOROSTIZA, *El delito de odio* (2017). En esta línea, VÁZQUEZ IRUZUBIETA entiende que la posesión de «un ejemplar o dos» de material idóneo para la incitación grave, haciendo además uso de «cualquier soporte» (y sin que, por tanto, se deduzca un especial celo en la elección de uno u otro), pone de manifiesto que la conducta está planteada para un consumo propio de ese material, por lo que resultará atípica. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código penal comentado*, p. 720.

a.2) *Las conductas apologéticas de crímenes de derecho penal internacional (arts. 510.1.c) CP)*

El art. 510.1.c) CP sanciona a quienes “*públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos*”.

El carácter incitador de las diferentes conductas vinculadas al negacionismo, siendo también de lo más variado sus referentes de sentido (p.ej.: negar, trivializar gravemente o enaltecer)²⁰⁰⁰, se mantiene como fundamento último del injusto penal. Es decir, con este precepto, el legislador otorga carta de naturaleza propia a una modalidad singular de incitación que, por lo demás, mantiene la necesidad de que el discurso sea idóneo para que la audiencia ceda a la voluntad del orador (capacidad de incitación). Si bien el pronunciamiento conecta con la regulación normativa anterior más dispersa, ahora refundida en torno al art. 510 CP, la necesidad de verificar ese trasfondo incitador dentro de la prohibición penal queda explicitada en la STS 259/2011, de 12 de abril²⁰⁰¹. Al hablar

²⁰⁰⁰ La *negación*, como tal (negación absoluta o *stricto sensu*), supone primero una puesta en cuestión de un hecho para, acto seguido, negar su existencia (p.ej.: afirmar que la existencia de campos de exterminio nazis es producto de la ensoñación, que no existió tal cosa). La RPG Núm. 15 (2015), en concreto, se refiere a “*cuestionar o admitir dudas, de forma parcial o total, sobre el hecho histórico*”. En cuanto a la *trivialización grave*, que no flagrante como en verdad recoge el art. 1.c) y d) de la DM 2008/913/JAI, supone la relativización cuantitativa (p.ej.: mostrar reservas sobre los datos conocidos y reducir considerablemente, desde una apreciación subjetiva, el número de víctimas del Holocausto judío) o cualitativa (p.ej.: calificar el Holocausto judío de evento histórico intrascendente) de acontecimientos, prestándose así a ser un concepto hasta cierto punto graduable. Volviendo a la RPG Núm. 15 (2015), la trivialización supone “*hacer que algo parezca que no tiene importancia o es insignificante*”. A su vez, este mismo documento contempla el *enaltecimiento* como “*la alabanza o exaltación de una persona por haber hecho algo*”. En la misma línea, el Tribunal Supremo define este último término como “*ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo*” (STS 149/2007, de 26 de febrero, FJ 5). En concreto, “*el que enaltece (...) otorga a los delitos (...) y a los que en ellos intervienen -autores y partícipes- la condición de modelo a seguir, otorgándoles un valor de asimilación al orden jurídico, pese a contradecirlo frontalmente*” (STS 180/2012, de 14 de marzo, FJ 5). Véase: FRONZA, *Memory*, p. 16; ECRI, *Recomendación y memorándum explicativo* (2017), párr. 7 (memorándum explicativo). Citando también la RPG Núm. 15 (2015), así como una relación de sentencias del Tribunal Supremo a efectos de definir algunos de los conceptos anteriores, en lo que ya es una jurisprudencia consolidada, véase FGE, *Circular 7/2019* (2019), pp. 51 y 58.

²⁰⁰¹ En concreto, véase el siguiente pronunciamiento de interés en la STS 259/2011, de 12 de abril: “[A]ún siendo contundentemente rechazables por su directa ofensa a la dignidad humana cualesquiera ideas que

de una modalidad particular de incitación, no nos estaríamos refiriendo a una incitación al uso, sino a aquella realizada a través de formas apologéticas *sui generis* del genocidio y otros crímenes muy graves. En este punto, nos detendremos brevemente en el concepto de apología para observar luego sus singularidades dentro del art. 510.1.c) CP.

En general, sin entrar en la profundidad que el asunto merece, partiremos de la posición de DEL ROSAL BLASCO sobre lo que constituye apología punible. En concreto, este autor explicaba que toda apología punible será aquella en que «se alabe, elogie o defienda, con ánimo incitador, un hecho delictivo –como entidad abstracta o ya cometido efectivamente– o a sus culpables –entendiendo «culpables» no en sentido técnico, sino como sujetos activos–»²⁰⁰². Para este autor, en contra de lo que muchos otros pretendían hacer ver, la apología no sería una suerte de incitación indirecta –a través de la alabanza, elogio o defensa ya referidas– a cometer un delito, constituyendo así el reverso de una incitación directa propia de la provocación²⁰⁰³. Lo que sin duda alguna constituye es una incitación a terceros²⁰⁰⁴, dado que esa voluntad –es decir, la voluntad incitadora (ánimo

de alguna forma se muestren favorables a tal clase de actos o sean condescendientes con los mismos, no basta para incurrir en la conducta punible (...) con difundir ideas o doctrinas que justifiquen el delito de genocidio, o que mediante afirmaciones u opiniones favorables simplemente lo disculpen o lo vengán a considerar un mal menor. Es preciso, además, que, bien por la forma y ámbito de la difusión, y por su contenido, vengán a constituir una incitación indirecta a su comisión o que, en atención a todo ello, supongan la creación de un clima de opinión o de sentimientos que den lugar a un peligro cierto de comisión de actos concretos de discriminación, odio o violencia contra los grupos o los integrantes de los mismos” (FJ 1.7).

²⁰⁰² Véase: DEL ROSAL BLASCO, *La provocación*, pp. 193-194; DEL ROSAL BLASCO, «La apología delictiva», p. 208. Como recogía el propio autor, la doctrina que asume que las conductas apologéticas únicamente pueden tener como referente un delito consumado (*apología* que despliega su efecto *ex post facto*), es la misma doctrina que vincula la *provocación* con el hecho futuro, favoreciendo así la distinción entre ambas figuras. Otra vía interpretativa sería aquella que abre en España GONZÁLEZ GUITIÁN, quien argüía que la apología trasladaba «un peligro de ejecución de algún delito más o menos próximo al elogiado, pero no precisado». De esta forma, «la esencia de la apología consiste en crear un *clima* favorable a una futura pero imprecisa ejecución de delitos». DEL ROSAL BLASCO, entre otras consideraciones de interés, entiende que si asumiéramos la tesis anterior la división debiere hacerse entre la incitación a un delito preciso (provocación) o a uno impreciso (apología). Según entiende, debemos abstenernos de caracterizar a la apología como si de una llamada a delinquir genérica se tratara. El delito no debe adolecer de la más absoluta indeterminación, sino que debe poder identificarse siquiera de forma abstracta (p.ej.: un delito de genocidio por razones étnicas, sin referencias que posibiliten conectar tal referencia a un determinado suceso histórico). Además, la alabanza, elogio o defensa de los culpables del delito sólo sería objeto de sanción si la eficacia incitadora fuera equiparable a la alabanza, elogio o defensa realizada directamente al delito ejecutado por esa persona. La imprecisión que supone hablar de un delinquir en genérico imposibilitaría también el juicio analítico acerca de la efectividad de la alabanza, elogio o defensa del hipotético culpable. Sobre estas disquisiciones doctrinales, mostrando, como vemos, su desacuerdo, véase: DEL ROSAL BLASCO, *La provocación*, pp. 186-192; DEL ROSAL BLASCO, «La apología delictiva», pp. 198-206. Véase también GONZÁLEZ GUITIÁN, “La apología”, p. 396.

²⁰⁰³ En detalle, véase: DEL ROSAL BLASCO, *La provocación*, pp. 192-195; DEL ROSAL BLASCO, «La apología delictiva», pp. 206-208.

²⁰⁰⁴ Esto último también puede matizarse, al menos en el plano conceptual. Según CUERDA ARNAU y VIVES ANTÓN, la finalidad de influir sobre la voluntad de terceros no es óbice para seguir hablando de apología. Como tal, la apología no es un concepto natural o prejurídico, por lo que no queda necesariamente

incitador)– resulta inferida por vía interpretativa y supone un elemento subjetivo específico que late detrás de toda conducta apologética²⁰⁰⁵. Aun así, justo es decir que la apología representa una incitación más alambicada, por lo vaporosa que resulta a la hora de evidenciar la voluntad de encender los ánimos de terceras personas a través de fórmulas discursivas como la alabanza o el elogio, para así provocar acto seguido las adhesiones a su causa²⁰⁰⁶.

Por otro lado, este autor no rehúye el debate acerca de si la apología puede ser vista como un delito autónomo²⁰⁰⁷. El principal valedor de esta visión en nuestro país fue GONZÁLEZ GUITIÁN²⁰⁰⁸, quien encauza la apología no ya como una especie de provocación, esto es, como un acto preparatorio, sino como figura delictiva singular e independiente. Esta autonomía vendría dada porque la conducta apologética supone, en realidad, la puesta en peligro de bienes jurídicos tales como el orden público o la paz social. Lógicamente, lo anterior depende por completo de que, como se ha venido defendiendo ampliamente por la doctrina española, la apología sea pública para ser punible. Este último aspecto parece incontrovertible, siguiendo a REBOLLO VARGAS²⁰⁰⁹. Con todo, ello le vale de “excusa” a este último autor para trazar una línea de distinción entre la apología, como una forma de provocación (art. 18.1.II CP)

preconfigurada de una u otra manera (incitación directa o indirecta). Por ejemplo, como recoge MAQUEDA ABREU, bastaría con «transferir el propio pensamiento a la conciencia de otro» para poder hablar propiamente de conducta apologética. No será preciso una búsqueda por influir en la voluntad de otros, como es el caso de la provocación, dado que se trata de una actividad expresiva que simplemente se dirige «al intelecto» de terceros. Tampoco será preciso la «génesis de otro pensamiento» en terceros, por lo que también marca distancias respecto de la propaganda. Lo que sí puede predicarse de la apología, según MAQUEDA ABREU, es la «capacidad objetiva de generar adhesiones», con total independencia de la voluntad del sujeto. En cualquier caso, otra cosa bien distinta es que el legislador, más allá del concepto de apología hasta ahora descrito en genérico, entienda libremente que es legítimo y acorde a la Constitución considerar como punible alguna modalidad de incitación en concreto. En detalle, véase: CUERDA ARNAU, “Observaciones”, pp. 101-110; VIVES ANTÓN, *Fundamentos*, pp. 818-819; MAQUEDA ABREU, “Algunas reflexiones”, pp. 26-27.

²⁰⁰⁵ Y, con la entrada del actual Código penal en vigor, esta exigencia se vuelve si cabe más evidente. En concreto, el art. 18.1.II CP dispone que la apología punible será aquella que “*por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito*”. Según DEL ROSAL BLASCO, esto implica necesariamente que el dolo abarque también esa idoneidad del discurso para constituir una incitación directa, lo que presupone la exigencia de voluntad o ánimo incitador en el individuo que lleva a cabo esa acción apologeta. Véase: DEL ROSAL BLASCO, *La provocación*, pp. 192-193; DEL ROSAL BLASCO, «La apología delictiva», pp. 207 y 209-210.

²⁰⁰⁶ Aunque ya se ha comentado con anterioridad, para conocer la diferencia entre incitación (fase anterior) y provocación (fase posterior) en el art. 510 CP, véase nuevamente VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Comentario al Código penal*, pp. 976-977.

²⁰⁰⁷ DEL ROSAL BLASCO, *La provocación*, pp. 187-193; DEL ROSAL BLASCO, «La apología delictiva», pp. 200-208.

²⁰⁰⁸ En detalle, véase GONZÁLEZ GUITIÁN, “La apología”, *passim*.

²⁰⁰⁹ Sobre la publicidad como requisito esencial de las conductas apologéticas, más allá de la deseable claridad legal al respecto, véase REBOLLO VARGAS, *La provocación*, pp. 117-120.

indubitadamente pública y con un destinatario colectivo, y la provocación (art. 18.1.I CP), cuyo destinatario final también puede serlo un/os individuo/s concreto/s²⁰¹⁰.

Con todo lo anterior en mente, se intuye ya cómo en el art. 510.1.c) CP estamos ante una forma apologética *sui generis* (sentido no técnico) que está, a su vez, dentro de una modalidad de provocación (art. 510.1 CP) que, al menos para parte de la doctrina, es también considerada especial por desvincularse de su naturaleza de acto preparatorio punible (art. 18 CP). Antes que nada, en palabras de BARQUÍN SANZ, siempre será diferente la exposición de ideas o doctrinas que, por ejemplo, ensalcen el genocidio o enaltezcan a sus autores (apología propia), de aquellas otras que, como también reza el actual art. 510.1.c) CP, nieguen o trivialicen gravemente el genocidio (apología impropia). Sobre estas últimas, en concreto, el autor habla de un «encomio de los actos criminales» más alejado respecto al elogio o alabanza que propiamente configuran la apología en estricta consideración jurídico-penal. En suma, abriéndose ante nosotros un sinfín de interrogantes sobre su procedencia, supone «un apoyo indirecto, general y abstracto a través de la defensa de ideologías que suelen ir aparejadas con dichos actos»²⁰¹¹. En concreto, de entre las diferentes dudas que se plantean sobre la legitimidad de su castigo, CUERDA ARNAU destaca lo difícil que resulta observar su capacidad incitadora, llegando a decir que no constituyen una «apología manifiesta», todo lo más representan «meros síntomas de una encubierta aprobación del delito de genocidio»²⁰¹².

Según aclara LANDA GOROSTIZA, el mensaje apologético del genocidio (art. 510.1.c) CP), al menos del judío (*Shoah*), traslada un significado en términos socio-históricos tan vivo e imperecedero en la conciencia colectiva que resulta fácilmente aprehensible por la sociedad en su conjunto cuando tales discursos negacionistas entran en contacto con ella²⁰¹³. Estos mensajes parecen evocar, hasta el punto de extrañar o

²⁰¹⁰ Sobre el carácter individualizado o colectivo de los destinatarios en la provocación, véase REBOLLO VARGAS, *La provocación*, pp. 83-88.

²⁰¹¹ BARQUÍN SANZ, «Apología», p. 377.

²⁰¹² CUERDA ARNAU, «Observaciones», pp. 114-115. En este sentido, también muy crítica, LAURENZO COPELLO se refería al «rechazo moral» que generan las palabras como fundamento último de punición. Esto último incluso aun no descartándose la posibilidad de que exista una peligrosidad ciertamente remota entre lo que se expresa y la lesión del bien jurídico. Véase, indistintamente: LAURENZO COPELLO, «La discriminación», p. 269; LAURENZO COPELLO, «Marco de protección», pp. 263-264.

²⁰¹³ En palabras de este autor, los discursos negacionistas a los que nos venimos refiriendo no parten de la nada, sino de «un recorrido histórico consolidado e identificable: su simbología y lugares comunes están acuñados y su mención, en consecuencia, tiene un efecto comunicativo inmediato y evidente». Véase: LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, pp. 76-77; LANDA GOROSTIZA, «El discurso de odio criminalizado», p. 238; LANDA GOROSTIZA, *El delito de odio* (2017).

reivindicar, el programa neonazi de eliminación del enemigo común. En otras palabras, la particularidad de esta propaganda consiste precisamente en que, sin necesidad de atender a un contexto demasiado rico en detalles, la sociedad española capta fácilmente de las palabras empleadas ese significado concreto. Por ello, insiste este autor, se trata de un precepto muy delicado, ya que de entre todos los que componen el art. 510 CP es el que más se acerca a una auténtica prohibición de contenidos. O, dicho de otra forma, a la «tabuización» de palabras²⁰¹⁴, por lo evidentes que resultan.

Con todo, cabe notar que el precepto que nos ocupa (art. 510.1.c) CP) se adentra también en constelaciones de casos alejados de las circunstancias que rodearon al Holocausto judío. Ciertamente es que, durante la década de los noventa, este suceso histórico puso en marcha la tipificación penal de muy diferentes estructuras discursivas (p.ej.: justificar, banalizar, trivializar, etc.) con el sello del discurso negacionista en común (delito de negacionismo original o restringido). Estas figuras –en el caso español, el art. 137 bis b) CP/1973²⁰¹⁵– se desgajaron de la apología de la discriminación racial²⁰¹⁶ que, hasta entonces, cubría tales supuestos negacionistas²⁰¹⁷. La expansión hacia otras realidades negadas no tardaría, e incluso países como España fueron pioneros en su decisión político-criminal de no restringir el delito de negacionismo ni tan siquiera a otras realidades en paralelo al problema judío dentro del fenómeno nacionalsocialista (p.ej.: la exterminación nazi de romaníes en Europa). De ahí que las declaraciones relacionadas

²⁰¹⁴ Véase: LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, pp. 77 y 141; LANDA GOROSTIZA, «El discurso de odio criminalizado», p. 238; LANDA GOROSTIZA, *El delito de odio* (2017).

²⁰¹⁵ Este precepto se introdujo por LO 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio. Apenas estuvo en vigor un año y escasos días, ya que el CP/1973 y casi todas sus modificaciones posteriores serían derogadas con la entrada en escena del Código penal actualmente vigente (Disposición Derogatoria Única, 1.a) CP) y cuya tramitación se llevó a cabo en paralelo a la ley antes referida. Sea como fuere, el recién incorporado art. 137 bis b) CP/1973 estipulaba lo siguiente: “*La apología de los delitos tipificados en el artículo anterior [delitos de genocidio] se castigará con la pena inferior en dos grados a las respectivamente establecidas en el mismo. La apología existe cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen, enaltezcan a su autor, nieguen, banalicen o justifiquen los hechos tipificados en el artículo anterior, o pretendan la rehabilitación o constitución de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio, siempre que tales conductas, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito*”.

²⁰¹⁶ Al art. 165 ter del CP/1973, pariente lejano del actual art. 510 CP, elevaba a la categoría de delito a quienes “*provoquen o inciten, directamente o mediante la apología, a través de medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por motivos referentes a su origen racial, étnico o nacional, o a su ideología, religión o creencias*”.

²⁰¹⁷ Para BARQUÍN SANZ, incluso, estas concreciones negacionistas caían ya dentro del ámbito aplicativo de la provocación para delinquir como figura genérica. El art. 4.III CP/1973 estipulaba que existe provocación “*cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito*”, como bien pudiera ser el caso de un delito de genocidio que ya se contenía en el art. 137 bis CP/1973. BARQUÍN SANZ, «Apología», p. 379.

con otros genocidios, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra (p.ej.: genocidio y crímenes de guerra en la antigua Yugoslavia, genocidio ruandés, etc.) quedaran abarcadas por los diferentes tipos penales (delito de negacionismo derivado o en sentido amplio) que fueron equiparándose en las legislaciones penales europeas²⁰¹⁸. Al menos el delito de negacionismo respecto a crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra sí que supone una novedad importante del art. 510.1.c) CP, precepto en que parece reubicarse ahora el art. 607.2 CP anterior a la reforma operada por LO 1/2015²⁰¹⁹.

Por lo demás, cabe notar que la *justificación* del genocidio queda volatizada de la configuración de conductas que propone el art. 510.1.c) CP. Sorprende su ausencia porque era la conducta que menos problemas de constitucionalidad presentaba siguiendo la propia STC 235/2007, de 7 de noviembre²⁰²⁰, que a su vez la contempla como una manifestación clara de discurso del odio punible²⁰²¹.

Además, en un intento de adecuarse al umbral de constitucionalidad fijado por la STC 235/2007, de 7 de noviembre, la *negación* de estos crímenes graves (delito de negacionismo *stricto sensu*) trae ahora consigo la exigencia de que “*se promueva o*

²⁰¹⁸ Ampliamente, sobre los orígenes y desarrollo de esta figura desde el marco supranacional y comparado, nos remitimos a: FRONZA, *Memory*, pp. 3-69; FRONZA, *El delito de negacionismo*, pp. 29-60. Nótese, a su vez, que la DM 2008/913/JAI del Consejo de Europa ya demandaba la adecuación de la legislación penal nacional en esta dirección (art. 1.1.c) de la DM 2008/913/JAI).

²⁰¹⁹ Este precepto, sin entrar en más consideraciones, atrajo la atención de la doctrina. Una doctrina que, justo es decirlo, fue especialmente crítica. FEIJOO SÁNCHEZ cifraba el mínimo peligro exigible para su castigo en la acción de «preparar psicológicamente a las masas en favor del genocidio por medio de la propaganda». FEIJOO SÁNCHEZ, “Reflexiones”, p. 2273.

²⁰²⁰ En concreto, véase el siguiente pronunciamiento de interés dentro de la STC 235/2007, de 7 de noviembre: “*Tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal (...)*” (FJ 9).

²⁰²¹ Como se verá *infra*, la justificación parece haber migrado al art. 510.2.b) CP, generando no poca incertidumbre. Más adelante, al estudiar este precepto, se pondrá en evidencia este y otros detalles que faciliten la comprensión (y dimensión) del problema. En cualquier caso, véase una interesante propuesta correctora de *lege lata* en: LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, p. 78 (en concreto, véase nota al pie núm. 145); LANDA GOROSTIZA, «El discurso de odio criminalizado», p. 239 (en concreto, véase nota al pie núm. 38). En cambio, PORTILLA CONTRERAS cree que el legislador se estaría refiriendo a la justificación de los delitos contra la comunidad internacional al mencionar, equívocamente, el enaltecimiento de delitos. Según la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, la proximidad existe más bien entre la acción de justificar y la de trivializar gravemente. Véase: PORTILLA CONTRERAS, «La represión penal», p. 404; PORTILLA CONTRERAS, «El retorno de la censura», p. 100; FGE, *Circular 7/2019* (2019), p. 52.

favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación” (art. 510.1.c) CP)²⁰²². Aquí se «condensa», según LANDA GOROSTIZA, el elemento tendencial clave –y necesariamente presente, según mandato constitucional– en todas las conductas que conforman el art. 510 CP²⁰²³. Aun así, esto dista mucho de la afirmación de que tales conductas “*puedan incitar a la violencia o al odio*”, tal y como establece la DM 2008/913/JAI del Consejo de Europa. Falta la esencia misma de la apología que hemos visto más arriba, es decir, la voluntad de incitar (ánimo incitador) como elemento subjetivo especial. La apología del art. 510.1.c) queda así desnaturalizada, manteniendo únicamente los verbos típicos (negar, trivializar gravemente o enaltecer) que nos recuerdan a ella. A todo lo anterior apunta PORTILLA CONTRERAS, barajando diferentes razones que pudieron motivar la redacción finalmente dada para el art. 510.1.c) CP. Por un lado, el hecho de que la apología se diluya por completo podría deberse a que el art. 615 CP sigue acaparando el espacio aplicativo correspondiente a los actos preparatorios –en concreto, a la incitación directa– del delito de genocidio, entre otros delitos graves (delitos contra la comunidad internacional)²⁰²⁴. Por otro lado, sería posible asumir que el legislador español pretendía en realidad introducir la apología como delito autónomo precisamente para descargarse de tener que exigir el ánimo incitador. En ese caso, suponiendo que estemos ante una apología autónomamente considerada²⁰²⁵, supondrá el castigo de la incitación indirecta (es decir, la puesta en peligro cierto que deviene de abrir el camino para la gestación hipotética y posterior de «un clima de hostilidad que pueda culminar en actos violentos o discriminatorios»), si es que no supone

²⁰²² Recuérdese que la STC 235/2007, de 7 de noviembre requirió que la conducta negacionista objeto de sanción “*fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado*” (FJ 8), además de que tercie el “*ensalzamiento de los genocidas*” o, en su caso, el “*descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas*” (FJ 6).

²⁰²³ Véase: LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, p. 79; LANDA GOROSTIZA, «El discurso de odio criminalizado», p. 240.

²⁰²⁴ En concreto el art. 615 CP dispone que “*la provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos previstos en los capítulos anteriores de este Título [Título XXIV, relativo a los delitos contra la comunidad internacional (delitos contra el Derecho de gentes, delitos de genocidio, delitos de lesa humanidad y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado)] se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería a los mismos*”. Este artículo sanciona la provocación, aun a través de manifestaciones apologéticas, que sea directa e idónea para la comisión de delitos graves contra la comunidad internacional (STS 259/2011, de 12 de abril, FJ 1.2).

²⁰²⁵ En contra, el *Grupo de Estudios de Política Criminal* (GEPC) insta a que sea considerada como una apología vinculada al art. 18 CP. A su vez, ARTÍCULO 19 cree que el art. 510.1.c) CP debe reconciliarse con el derecho penal internacional, debiendo castigar única y exclusivamente la incitación directa al genocidio. Además, sirva como ejemplo la caracterización de la apología que nos traslada la RPG Núm. 15 (2015), dentro ya del ámbito regional europeo, presentándola como un “*apoyo intencionado y activo*”. Véase: ARTÍCULO 19, *España: delitos relacionados* (2020), pp. 25-26; GEPC, *Una propuesta alternativa* (2019), pp. 37-39; ECRI, *Recomendación y memorándum explicativo* (2017), párr. 7 (memorándum explicativo).

simplemente el castigo del «germen previo» (promoción o favorecimiento de un clima) a lo que constituye una auténtica incitación indirecta²⁰²⁶.

En cualquier caso, lo anterior enlaza con las pautas marcadas por la STS 259/2011, de 12 de abril, indicándose al respecto que “*no se trata de exigir la concurrencia de un contexto de crisis, en el que los bienes jurídicos ya estuvieran en peligro, que resultaría incrementado por la conducta cuestionada, sino de examinar la potencialidad de la conducta para la creación del peligro*” (FJ 1.8). Una peligrosidad, como decimos, objetivamente idónea *ex ante* y desde la perspectiva de un observador imparcial para engendrar dicho ambiente hostil futuro (escenario prebélico o antesala del Holocausto). Poco antes, el Alto Tribunal precisa que la existencia del peligro pasa a depender “*(...) tanto del contenido de lo difundido como de la forma en que se hace la difusión, sin que pueda dejar de valorarse la sociedad o el ámbito social, al que se dirigen los actos cuestionados*” (FJ 1.8). Esto nos vuelve a conectar con los criterios de valoración del riesgo, en este caso para la creación de un clima hostil, que se desprenden del *Plan de Rabat* (2012) y de la *RPG Núm. 15* (2015) de la ECRI. De hecho, LANDA GOROSTIZA se pregunta por la diferencia real, más allá de lo estrictamente gramatical, que separa a la incitación al odio (art. 510.1.a) CP) y a la incitación, adquiriendo una forma apologética (incitación indirecta), a un clima de odio (art. 510.1.c) CP). En ambos casos, será el contexto el que marque la gravedad del discurso y, por ende, la peligrosidad cierta que deriva del mismo²⁰²⁷.

Por último, a lo largo de este apartado se ha enfatizado en diferentes ocasiones que la publicidad constituye un elemento central de toda forma apologética. No hay disenso al respecto, como sí que ocurre en relación con otros elementos (p.ej.: voluntad de incitación como elemento subjetivo, naturaleza directa o indirecta de la incitación, etc.). Sin ánimo de incidir mucho más en esta cuestión, parece conveniente dejar aquí recogido un fragmento muy sugerente que se extrae de la STS 259/2011, de 12 de abril: “*Para que el bien jurídico protegido pudiera verse afectado a causa de la difusión de esta clase de ideas o doctrinas, sería preciso que el autor acudiera a medios que no solo facilitarían la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de*

²⁰²⁶ Véase: PORTILLA CONTRERAS, «La represión penal», pp. 403-405; PORTILLA CONTRERAS, «El retorno de la censura», pp. 99-101; PORTILLA CONTRERAS, «Incitación al odio», pp. 332-333.

²⁰²⁷ Véase: LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, p. 79 (en concreto, véase nota al pie núm. 146); LANDA GOROSTIZA, «El discurso de odio criminalizado», pp. 240-241 (en concreto, véase nota al pie núm. 39).

personas, o que lo hicieran más intensamente, sino que, además, pudieran, por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover sus sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes. No se trata, pues, solo de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege” (FJ 1.8). Como vemos, no se trata de una publicidad al uso, sino de una forma de proyectar al exterior la conducta que vendrá especialmente reforzada o cualificada²⁰²⁸. Sin ella, será imposible sostener el criterio de la idoneidad abstracta del discurso en la dirección pretendida de crear un ambiente hostil futuro que precipite, en su caso, diferentes actos violentos o discriminatorios. Dicho de otra forma, el carácter de la conducta no depende únicamente de que el discurso adquiriera una dimensión pública, sino también de la capacidad del propio mensaje para alcanzar, infiltrarse y penetrar, con todas las consecuencias expuestas, en un «círculo potencialmente amplio e indeterminado de personas»²⁰²⁹. La importancia de esta última afirmación, como decimos, se verá más adelante.

b) Segundo bloque de conductas punibles: la difamación o injurias colectivas (art. 510.2 CP)

Dentro del segundo bloque de conductas se enmarcan el delito de injuria/difamación colectiva de odio junto con una cadena de difusión (art. 510.2.a) CP), equiparable a la que ya venía referida en el primer bloque de conductas punibles, y el delito de conductas apologéticas de delitos de odio (art. 510.2.b) CP).

b.1) La injuria/difamación colectiva pública y su cadena de difusión (art. 510.2.a) CP)

Según reza el art. 510.2.a) CP, serán castigados “*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*

²⁰²⁸ Este punto volverá a ganar interés en el subepígrafe «a.2) Elementos que configuran la agravación», del epígrafe «a) Doctrina española: ¿un desatino legislativo?», del apartado «3.3.3.2. Estudio doctrinal y jurisprudencial (art. 510.3 CP)» *infra*.

²⁰²⁹ Véase: FRONZA, *Memory*, p. 18; FRONZA, *El delito de negacionismo*, p. 44.

discapacidad”. Al mismo nivel, a diferencia de lo que ocurría con la organización interna de las conductas previstas para primer bloque (arts. 510.1.a) y b) CP), se sanciona a 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 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*”. Cualquier de las conductas antedichas acarrea, eso sí, una pena de seis meses a dos años de prisión y multa de seis a doce meses.

Empezando por el final, la pena que lleva asociada este precepto supone un cambio de criterio novedoso respecto a la regulación anterior a la LO 1/2015²⁰³⁰. Se obtiene así una rebaja de sanción en abstracto respecto a la prevista en el actual art. 510.1.a) CP. En resumen, se refuerza la idea de una escalera del odio inserta dentro del art. 510 CP. El art. 510.2.a) CP²⁰³¹, sea como materialización de actos de humillación, menosprecio o descrédito²⁰³² por motivos discriminatorios, o por la cadena de difusión adelantada a tales actos, actúa como tipo privilegiado que ocupa los primeros peldaños de esa escalera organizada en función de la gravedad del discurso y, como veremos, de la afectación más o menos lejana al bien jurídico protegido. Con todo, este es un planteamiento muy

²⁰³⁰ E, incluso, respecto a los diferentes textos que se dieron a conocer del *Anteproyecto de LO para la reforma del CP/1995* (julio de 2012, octubre de 2012 y abril de 2013).

²⁰³¹ Cabe dejar sentado, de antemano, que no existe conducta equivalente a la del art. 510.2.a) CP en la DM 2008/913/JAI. El legislador, más bien, se ha nutrido de diferentes resoluciones del Tribunal Constitucional para conformar esta conducta punible ubicada fuera de los márgenes del derecho constitucionalmente garantizado a la libertad de expresión. Una conducta que, como refleja bien la dicción del art. 510.2.a) CP, se hace girar en torno a un elemento subjetivo de menosprecio y humillación la dignidad de un individuo, en tanto que es integrante del grupo o colectivo que se denuesta. En primer lugar, en la STC 214/1991, de 11 de noviembre se alude a que el derecho a la libertad de expresión no garantiza, en modo alguno, “(...) el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social” (FJ 8). En concreto, se hace notar que “(...) el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean” (FJ 8). En segundo lugar, la STC 176/1995, de 11 de diciembre, deja también desprovista de protección constitucional la acción expresiva de “(...) buscar deliberadamente y sin escrúpulo alguno el vilipendio del pueblo judío, con menosprecio de sus cualidades para conseguir así el desmerecimiento en la consideración ajena, elemento determinante de la infamia o la deshonra” (FJ 5).

²⁰³² Según doctrina consolidada, por *humillación* se entenderá el hecho de “herir el amor propio o dignidad de alguien”, o lo que es lo mismo, “pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo”; el *menosprecio* supone “poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén”; y, finalmente, el *descrédito* es concebido como la “diminución o pérdida de la reputación de las personas o del valor y estima de las cosas” (entre otras, véase la STS 656/2007, de 17 de julio, FJ 2). Así también lo recoge la FGE, *Circular 7/2019* (2019), pp. 54-55.

discutido dentro de una doctrina claramente dividida. En general, podría decirse que caben diferentes lecturas en torno a este precepto, lo que determina muy diferentes puntos de vista sobre su sentido de tutela. Partiendo del planteamiento anterior encontramos, por ejemplo, a LANDA GOROSTIZA²⁰³³.

Según este autor, el art. 510.2.a) CP nos plantea un escenario adelantado al de la incitación grave (art. 510.1 CP) o las conductas apologéticas con capacidad incitadora (art. 510.1.c) CP). Se apunta, de este modo, al uso de un lenguaje insultante y demonizador de colectivos, el cual prepara el terreno para poner en el disparadero de salida al colectivo diana. En concreto, se solivianta a terceros para generar en ellos actitudes que, a la postre, puedan o no concretarse en conductas delictivas agresivas, hostiles o discriminatorias. En cualquier caso, asumiendo una visión finalista de los discursos insultantes, habrá de comprobarse hasta qué punto la fuerza discursiva es tal que estimule y allane el camino para la devaluación de la imagen pública de un colectivo. Una imagen que podrá ser aprovechada para incitaciones graves del art. 510.1 CP, o para otros discursos con esa capacidad incitadora inmanente. En otras palabras, habrá que ver hasta qué punto se va preparando la deshumanización de los integrantes del colectivo por razón de su pertenencia al mismo. No se trata, en ningún caso, de afecciones discriminatorias puntuales a al honor de un individuo²⁰³⁴. Se trata, según entendemos, de buscar el aislamiento social del grupo, a modo de caída lenta por el precipicio. Según este autor, esto se consigue mediante la quiebra de autoestima o el estatus de persona respetable en igualdad de condiciones (conductas humillantes), mediante la realización de adscripciones o etiquetas devaluadoras y discriminatorias (conductas de menosprecio), o a través del vaciamiento del valor como persona (conductas de descrédito). En todo caso, para LANDA GOROSTIZA, la conducta debe asentarse sobre la base de una «orientación de agresión grupal», o de lo contrario la conducta debería redirigirse a otros

²⁰³³ A mayor abundamiento, puesto que en lo sucesivo se realizará un esfuerzo de síntesis de la tesis de autor, véase: LANDA GOROSTIZA, *El delito de odio* (2017); LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, pp. 80-83; LANDA GOROSTIZA, «El discurso de odio criminalizado», pp. 242-246.

²⁰³⁴ En adelante, según lo concibe DE PABLO SERRANO, el honor será entendido como la «legítima expectativa de reconocimiento que merece todo ciudadano en tanto que miembro de pleno derecho de una comunidad jurídica y en atención al modo personal de conducción y al plan de vida que haya elegido libremente, a partir del cual (del reconocimiento) pueda el individuo tomar parte en condiciones de paridad participativa en el contexto de las interacciones sociales y en el entorno comunicativo». Eso sí, DE PABLO SERRANO/TAPIA BALLESTEROS no descartan que el honor, así entendido y por sí mismo, pueda llegar a concebirse como el bien jurídico protegido en los discursos de odio. Véase: DE PABLO SERRANO, *Honor, injurias*, p. 243; DE PABLO SERRANO/TAPIA BALLESTEROS, «Discurso del odio», pp. 2-3.

tipos penales (p.ej.: injurias, trato inhumano o degradante, etc.)²⁰³⁵. Por tanto, se deduce con facilidad que la injuria colectiva de odio debe golpear de forma notable sobre el sujeto pasivo como para poder visualizar claramente ese riesgo mayor.

Por lo demás, volviendo al punto de partida, autoras como ROIG TORRES o TAPIA BALLESTEROS no entienden por qué el legislador –en el último momento– decide rebajar la sanción a imponer al infractor del art. 510.2.a) CP²⁰³⁶. En concreto, la lógica pasaría a ser ahora la de plantearnos este precepto como un delito de lesión, a diferencia de los delitos de peligro que se contienen en las restantes conductas del art. 510 CP. Este apartado aglutinaría así, con independencia de su acierto, las diferentes etapas del *iter criminis* que culminarán con la lesión o menoscabo efectivo del bien jurídico (infracción de resultado)²⁰³⁷. La cadena de difusión supondrá un delito de peligro abstracto, igual que lo recogido para el art. 510.1.b) CP, si bien aquí estaríamos ante una puesta en peligro de una lesión efectiva dirigida a otro interés jurídicamente relevante de referencia, que ya adelantamos que girará fundamentalmente en torno a la dignidad²⁰³⁸ o la integridad moral²⁰³⁹ de la persona. Siendo así, la lesión efectiva de alguien humillado o menospreciado *de facto* no puede acarrear menor pena que la mera aptitud para la generación de una situación de peligro seria y realista en abstracto, por mucho que ésta sea próxima/inminente (art. 510.1.a) CP). Ni qué decir tiene respecto a la puesta en

²⁰³⁵ Véase: LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, p. 82; LANDA GOROSTIZA, «El discurso de odio criminalizado», p. 244.

²⁰³⁶ En detalle véase: ROIG TORRES, «Los delitos de racismo», pp. 1269-1270; TAPIA BALLESTEROS, «Artículo 510», p. 194. Reivindicando para el art. 510.2.a) CP, cuando menos, la misma pena que la recogida en el art. 510.1 CP, véase también OSUNA CERESO, «Los delitos de odio», p. 76.

²⁰³⁷ Ahora bien, se ha dicho también que estamos en realidad ante un delito que no necesita de resultado material y que se agota tan pronto como se realice la acción humillante o de menosprecio o descrédito. Es decir, se trata de un delito de mera actividad. PORTILLA CONTRERAS, «La represión penal», p. 406.

²⁰³⁸ A ello contribuye, seguro, el hecho de que el actual art. 510.2.a) CP contemple en su redacción actual la proscripción de la lesión a la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito. Para la FGE y para CAMARERO GONZÁLEZ, quien lo venía demandando, este aspecto representa un «gran acierto». No opina lo mismo ALASTUEY DOBÓN, debido a la imprecisión que supone hablar de lesión de la dignidad. Según recoge DE PABLO SERRANO, honor y dignidad estarían estrechamente relacionados, sin que ello implique que deban proponerse equiparaciones que los hagan indistinguibles o que el honor sea concebido como una proyección de segundo orden respecto a la dignidad humana. La dignidad, eso sí, es indisociable de la mera existencia humana (valor existencial). El honor, por otro lado, es un «derecho que corresponde a todo ciudadano por su condición de ser humano y que, junto a los otros derechos, con los que guarda una relación simétrica de subordinación o derivación respecto de la dignidad, contribuye a dotar de contenido a la dignidad y a realizarla dinámicamente». Véase: FGE, *Informe del Consejo Fiscal* (2012), p. 308; CAMARERO GONZÁLEZ, «Algunas notas», p. 15; CAMARERO GONZÁLEZ, «Delitos de odio», p. 2810; ALASTUEY DOBÓN, «La reforma», p. 13; ALASTUEY DOBÓN, «Discurso del odio», p. 32; DE PABLO SERRANO, *Honor, injurias*, p. 243.

²⁰³⁹ Basta aquí con apuntar que «(...) el núcleo del ataque a la integridad moral es la sensación de humillación y de cosificación que tiene la víctima porque resulta agredida en lo que es más esencial del individuo: su dignidad de ser humano merecedor de respeto por su condición humana» (STS 19/2015, de 22 de enero, FJ 2).

peligro cierto que deriva de abrir el camino para la gestación hipotética y posterior de «un clima de hostilidad que pueda culminar en actos violentos o discriminatorios» (art. 510.1.c) CP). Ambas son realidades alejadas, en mayor o menor medida, de una lesión efectiva como la que nos traslada el art. 510.2.a) CP). Una lesión efectiva no sobre la dignidad del grupo, sino más bien sobre el «derecho de cada individuo a tener como propios los ideales o valores del grupo al que pertenece y sentir como parte de su propia dignidad la dignidad colectiva de ese mismo grupo»²⁰⁴⁰. Pues bien, la corriente doctrinal dominante en nuestro país es precisamente la que sugiere que estamos ante un delito de lesión fáctico, real o de hecho a la dignidad de una individualidad conformada, en parte, a raíz de la pertenencia a un colectivo vulnerable.

En este punto, dado que los delitos de injurias y calumnias son ampliamente concebidos como delitos de lesión (menoscabo fáctico, real o de hecho del honor, y no de mera aptitud de la conducta para conseguirlo), como argumentábamos en el *Bloque I*, ello propicia que se difuminen las fronteras entre el art. 510.2.a) CP y los delitos de injurias o incluso los delitos contra la integridad moral. De hecho, nada sorprende que se trate de emparentar este precepto, sobre todo, con comportamientos injuriosos²⁰⁴¹. Esta inercia

²⁰⁴⁰ QUINTERO OLIVARES, «Libertad de expresión y honor», p. 156. Esta es, en lo sustancial, lo que sostuvo nuestro Tribunal Constitucional en la STC 214/1991, de 11 de noviembre: “*La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 C.E.), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean*” (FJ 8). El honor, si es que no emana directamente de la dignidad humana (tal y como refleja la resolución anterior), ha acostumbrado incluso a equipararse a la misma. Su importancia para este estudio, en tanto bien jurídico protegido para algunos delitos de expresión, se verá en las líneas que siguen. No obstante, cabe insistir en que, al igual que la dignidad, está «socialmente condicionado», y es dependiente del «concreto grupo social al que la víctima pertenece». De hecho, la persona que profesa una religión concreta y actúa conforme a ella, por poner un ejemplo, «es portadora de determinadas misiones, destinataria de concretas expectativas y pretensiones». En suma, el individuo es un conglomerado sumamente complejo de esferas individuales y colectivas superpuestas que conforman su identidad o percepción de sí mismo. MUÑOZ CONDE, «Libertad de expresión», p. 846.

²⁰⁴¹ Por ejemplo, PORTILLA CONTRERAS o GARROCHO SALCEDO aluden al art. 510.2.a) CP como una injuria o un atentado a la integridad moral que estaría cualificado por la finalidad o contenido discriminatorio. Desde otro ángulo, de la injuria se ha dicho que es una «incitación al rechazo social de una persona o un desprecio o vejación de la misma». Así lo venía considerando MUÑOZ CONDE, con lo que el delito de injuria (art. 208 CP) se aproximaba, y mucho, a la injuria colectiva provocadora que castigaba el art. 510.2 CP anterior a la reforma penal de 2015. Quizás, ambos preceptos quepan en lo que VIVES ANTÓN se refiere como «discurso de la exclusión», siendo la articulación del lenguaje la que niega la condición de conciudadano a un individuo, hasta el extremo de poder rechazar también su condición como persona. Véase: PORTILLA CONTRERAS, «La represión penal», p. 406; GARROCHO SALCEDO, «Delitos relacionados», p. 1998; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 242; MUÑOZ CONDE/MARTÍNEZ GONZÁLEZ, «Calumnia e injuria», p. 224; VIVES ANTÓN, *Fundamentos*, pp. 1066-1072.

asociativa se viene dando, como se ha tenido ocasión de apuntar en el *Bloque I*²⁰⁴², desde el art. 510.2 CP anterior a la reforma por LO 1/2015, que se refería a la difusión de “*informaciones injuriosas*”²⁰⁴³. Aclarábamos también que se trataba entonces de un precepto ligado a la difusión de informaciones/hechos, no en cambio respecto a opiniones o juicios de valor. Asimismo, entre otras consideraciones, debía enfatizarse la caracterización pública del art. 510.2 CP, frente a modalidades de injurias que no precisaban de dicho componente. Pues bien, como alerta GARROCHO SALCEDO, con el actual art. 510.2.a) CP en la mano, sucesor del anterior art. 510.2 CP, se abre el arco punible no sólo a informaciones injuriosas (hechos), sino también a comportamientos expresivos, como puedan ser opiniones, ideas o pensamientos, que sean humillantes o desacrediten a colectivos²⁰⁴⁴. El sentido de tutela de la norma también se amplía, al menos formalmente, respecto al art. 510.2 CP, desde el momento en que cubre los comportamientos expresivos que conciernen no sólo a “*grupos o asociaciones*”, sino también a cualquier persona determinada por razón de su pertenencia al grupo.

Por lo demás, según la corriente dominante antes referida, el actual art. 510.2.a) CP se desplegará ante conductas que menoscaben la dignidad de la persona. Ahora bien, no puede obviarse que la fricción entre el art. 510.2.a) CP y el art. 208 CP deriva precisamente de que estemos ante injurias de una gravedad notable, insistiendo aquí GARROCHO SALCEDO en un umbral de gravedad común de partida²⁰⁴⁵. Si bien ya sabemos que la nota de publicidad es propia sólo de algunas injurias exteriorizadas (y no de otras), esta característica es la que realmente podría estar comprometiendo al operador jurídico en la calificación jurídica entre ambos preceptos²⁰⁴⁶. Esto se ve claro con

²⁰⁴² Sobre los espacios comunes entre el delito de injurias y el delito de discurso de odio punible (art. 510 CP), nos remitimos aquí a lo desarrollado *in extenso* en el apartado «1.5.3. Intersección con los delitos de expresión» del *Bloque I*.

²⁰⁴³ Según recogía el art. 510.2 CP, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses “(…) los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”. Sobre este precepto, véase lo contenido en el apartado «1.5.3. Intersección con los delitos de expresión» del *Bloque I*.

²⁰⁴⁴ Además, el umbral de gravedad de la humillación o el descrédito del art. 510.2.a) CP tendrá que ser, como mínimo, del mismo nivel que aquél exigible al delito de injurias (art. 208 CP). GARROCHO SALCEDO, «Delitos relacionados», p. 1998.

²⁰⁴⁵ Nótese que, de no ser así, esta autora advierte de que quebraría el principio de proporcionalidad penal. GARROCHO SALCEDO, «Delitos relacionados», p. 1998.

²⁰⁴⁶ No obstante, a expensas de lo que se desarrollará en el apartado «3.3.3. Modalidad comisiva online. El subtipo agravado del art. 510.3 CP y propuesta de *lege ferenda*» *infra*, podemos simplemente dejar anotado cómo la SAP de Madrid 551/2020, de 17 de noviembre, volatiliza la necesidad de exigir la publicidad de la conducta para el art. 510.2.a) CP. En concreto, reproducimos a continuación un breve extracto: “[L]a figura delictiva contemplada en el inciso primero del art. 510.2.a) se caracteriza porque la conducta típica

pronunciamientos como el de la Sentencia 140/2021 del JP Núm. 4 de Castellón de la Plana, de 27 de abril, cuando se refiere a que las expresiones injuriosas realizadas “*delante de mucha gente*”, pasan entonces a ser humillantes y cabe asimismo calificarlas de graves (FJ 2). Por otro lado, según la SAP de Barcelona 299/2019, de 21 de mayo, confirma el castigo para unas expresiones²⁰⁴⁷ que superan el umbral típico del art. 510.2.a) CP, entre otras cosas, porque la conducta se perfecciona “*(...) frente a una multiplicidad de personas, lo que comporta un potencial lesivo mucho mayor por el escarnio público que supone*” (FJ 2). En otro orden de ideas, entendemos, lo que se viene a decir aquí es que tanto las injurias (art. 208 CP) como las injurias colectivas discriminatorias (art. 510.2.a) CP) son graves porque son públicas. Y, también hemos dicho, debemos partir de un mismo umbral de gravedad compartido.

En suma, parece evidente que con la reforma por LO 1/2015 se ha ido un paso más allá, acentuando la complejidad que ya existía en esta materia. El art. 510.2.a) CP pasaría a ser una forma más perfeccionada y especial de los comportamientos expresivos injuriosos realizados con publicidad, a resolver a través del concurso de normas²⁰⁴⁸. Más complejo será, como desarrollábamos en el *Bloque I*, saber cuándo opera la agravante del art. 22.4 CP en detrimento del art. 510.2.a) CP²⁰⁴⁹. A nuestro modo de ver, cabría rescatar

no requiere de la nota de publicidad que explícita o implícitamente se exige en el resto de modalidades contempladas en el precepto. (...) En consonancia, no todas las conductas que puedan incardinarse en el inciso primero del apartado 2.a) plantean un conflicto con el derecho fundamental a la libertad de expresión, que sí es recurrente en el resto de modalidades” (FJ 3). Éste, a nuestro juicio, sería un ejemplo claro de inidoneidad de la conducta para afectar al colectivo, por lo que perfectamente podría motivar una inadmisión a trámite o el sobreseimiento de la causa. A falta de un espacio público donde desplegar la conducta del art. 510.2.a) CP, cuesta pensar en una posible repercusión del mensaje. De hecho, acertadamente, otras sentencias hablan de un discurso tendencialmente dirigido a demonizar al colectivo “*frente a la opinión pública*” (Auto de la AP de Barcelona 787/2018, de 12 de diciembre, FJ 3; SAP de Barcelona 736/2019, de 31 de octubre, FJ 1).

Por otro lado, cuando la conducta se dirija a un individuo en concreto (en representación del colectivo), la SAP de Madrid 551/2020, de 17 de noviembre, parte de que el inciso primero del art. 510.2.a) CP nada dice sobre la gravedad de la humillación, menosprecio y descrédito (FJ 3). Mientras tanto, por poner un ejemplo opuesto, la SAP de León 376/2020, de 12 de noviembre, entiende que el precepto está pensado para conductas “*de grave desprecio y humillación*” (FJ 2), lo que motiva la absolución del acusado.

²⁰⁴⁷ En concreto, eran expresiones vertidas en un grupo de *WhatsApp* de unas sesenta personas. Entre ellas, destacan dos: «*Perdona por no mandarte a tu país en patera no con manguitos a ver si te ahogas Moroooo [sic]*»; y «*Yo por mí te metía fuego Morooooo [sic]*». Expresiones, según se dice, cuyo contenido era “*claramente discriminatorio, humillante y vejatorio*”, rebajando con mucho la estima humana de la persona y lesionando directamente su dignidad (SAP de Barcelona 299/2019, de 21 de mayo, FJ 2).

²⁰⁴⁸ Nótese que, más allá del caso paradigmático de las injurias, el concurso de normas también puede darse entre el trato inhumano o degradante (art. 173.1 CP) y la injuria/difamación colectiva pública (art. 510.2.a) CP). En estos casos, como recoge la SAP de Barcelona 230/2020, de 24 de febrero, la disyuntiva se resolverá también conforme al principio de especialidad (art. 8.1 CP). En particular, el art. 510.2.a) CP abarcaría todos los elementos típicos del art. 173.1 CP y, además, “*detalla concretos modos de ataque a la integridad moral*” (FJ 4).

²⁰⁴⁹ En detalle, véase el apartado «*1.5.3. Intersección con los delitos de expresión*» del *Bloque I*.

aquí las palabras de KERN²⁰⁵⁰, quien insistía en que es importante identificar un «contenido particularmente despreciativo» del sentido de lo manifestado (contenido intelectual o sentido objetivo de la manifestación). Este sentido objetivo de las conductas previstas en el art. 510.2.a) CP –es decir, su elemento tendencial– enlazará con acciones de estereotipar, atribuir males sociales a otro/s, etc. Debemos, en definitiva, abstraernos del contenido de ciertas palabras (p.ej.: los insultos burdos). O, como dice el propio autor, «debemos atrevernos a liberarnos de la palabra»²⁰⁵¹. Las conductas asociadas al art. 510.2.a) CP no suponen un agravio automático (menoscabo al honor de una persona) por el mero uso de determinadas palabras. El análisis de lo expresado debe hilar más fino, observando no sólo que exista una voluntad finalista de afección supraindividual, que sería común al art. 510 CP y al delito base agravado por el art. 22.4 CP, sino también al empleo de fórmulas expresivas que guíen la conducta y que entrañen humillación, menosprecio o descrédito con el propósito de impactar en la imagen grupal. La lógica no es que se constate un menoscabo efectivo del bien jurídico y se sume a ello una posible repercusión grupal derivada del uso ciertos términos (delito de injurias junto con la agravante del art. 22.4 CP), sino que pueda darse una acción expresiva con un ropaje o revestimiento muy concreto –es decir, de humillación, menosprecio o descrédito– y que ello suponga de por sí un peligro remoto para un bien jurídico de base colectiva (p.ej.: la seguridad existencial del colectivo)²⁰⁵². La perspectiva de partida es tan diferente que no se entraría siquiera a valorar el concurso de normas.

En cualquier caso, lo que parece evidente es que todo lo anterior genera un estado de confusión en el operador jurídico que, hasta cierto punto, nace como hemos visto de una interpretación muy concreta del art. 510.2.a) CP (delito de injuria como delito de resultado, siendo el bien jurídico protegido la dignidad de la persona). Cerrar el paso a esta interpretación, hoy dominante, supondría no sólo reconducir el precepto a una consideración de delito de peligro en línea con las restantes conductas punibles del art. 510.1 CP y 510.2.b) CP, sino también facilitar un sentido de protección del bien jurídico permeable a todo el art. 510 CP. Se procuraría así una interpretación de *lege lata* que

²⁰⁵⁰ Véase la explicación recogida en el apartado «3.1.1. Notas introductorias: rasgos destacados de los discursos de odio online y su idiosincrasia» *supra*.

²⁰⁵¹ En detalle, véase KERN, *Los delitos de expresión*, pp. 31-37.

²⁰⁵² Aun sin hacer referencia a la agravante genérica del art. 22.4 CP, algo parecido podría estar sugiriendo el Auto de la AP de Girona 48/2019, de 30 de enero: “*El delito de odio [en referencia al art. 510 CP] no puede confundirse con otro delito individual de ofensa, pues requiere que exista un grupo discriminado o amenazado como sujeto pasivo (...) y que el delito se realice como una incitación a la lesión de derechos de los miembros de ese grupo*” (FJ 1).

uniformice o «cosa» todas las conductas del art. 510.1 y 2 CP de tal forma que sean vistas como diferentes estadios situados a una distancia más o menos alejada con respecto a la afección a un bien jurídico protegido compartido.

Esta posición enlaza directamente con la tesis de LANDA GOROSTIZA antes introducida. Pero es que, además, esta tesis empieza a tener cierta acogida y aceptación en la jurisprudencia. De antemano, y bajo la etiqueta de «injurias colectivas de odio», en el Auto de la AP de Barcelona 787/2018, de 12 de diciembre²⁰⁵³, se argumenta que el art. 510.2.a) CP debe ser interpretado de forma restrictiva, puesto que sólo así el precepto “*se acomoda a la finalidad teleológica de la reforma*” y, a su vez, “*permite evitar problemas concursales insolubles con otros tipos delictivos*” (FJ 3). Así las cosas, la exégesis del precepto no cambia, en lo sustancial, de la tesis doctrinal minoritaria antedicha. En concreto, se aclara que “*la conducta ha de revestir especial gravedad y ha de ir tendencialmente dirigida a demonizar al colectivo frente a la opinión pública, construyendo la imagen del grupo y de sus miembros como seres inferiores carentes de dignidad*” (FJ 3). Se trata pues de un precepto eminentemente valorativo, con los peligros que ello entraña²⁰⁵⁴. De forma totalmente coincidente con la tesis del autor antes referido, la SAP de Madrid 625/2019, de 21 de noviembre, volvería a insistir en una interpretación restrictiva aduciendo que estamos ante “*(...) una injuria colectiva dirigida a menospreciar la dignidad de un determinado colectivo [diana] especialmente vulnerable que "busque segregar a un grupo para justificar su inferioridad y convalidar futuras agresiones" (LANDA GOROSTIZA), es decir que produzcan una afección de tal intensidad que entrañe un potencial agresivo para con el "colectivo diana" en clave de seguridad existencial*” (FJ 5). Por último, la SAP de Barcelona 230/2020, de 24 de febrero, sitúa la clave en el peligro *ex ante* que conlleva la conducta para el bien jurídico por el hecho de, eso sí, “*(...) atentar contra la dignidad de una o más personas por los motivos típicos, profiriendo expresiones injuriosas o amenazantes contra las mismas, humillándolas, despreciándolas y en suma denigrándolas*” (FJ 6). Lo anterior justifica,

²⁰⁵³ Los términos empleados en esta resolución serían reproducidos, posteriormente, por la SAP de Barcelona 736/2019, de 31 de octubre (FJ 1).

²⁰⁵⁴ DEL ROSAL BLASCO, «Capítulo 62. Delitos contra la Constitución», p. 1427. De hecho, para atajar la «banalización del núcleo de prohibición» del precepto, la FGE entendía que la redacción típica de toda conducta punible ex art. 510 CP debía exigir un «mínimo potencial de eficacia incitadora de comportamientos discriminadores». Y, si bien actualmente no consta recogido nada que haga sospechar lo anterior, autores como TERRADILLOS BASOCO entienden que el art. 510.2.a) CP castiga conductas «ya idóneas objetivamente» para provocar al odio o violencia. Véase: FGE, *Memoria* (2012), p. 1261; TERRADILLOS BASOCO, «Lección 28. Delitos», p. 330.

siguiendo con la resolución anterior, la pena de hasta dos años de prisión para el discurso de odio (art. 510.2.a) CP) frente a unas injurias hechas con publicidad que, como mucho, podrían alcanzar una pena de multa de hasta catorce meses (art. 209 CP). Se precisa, como vemos, algo más que el simple menoscabo de la dignidad de una persona (foco individual).

En definitiva, aunque todavía escasos, existen pronunciamientos que toman la delantera en ofrecer una dirección diferente a la que postula la corriente dominante sobre la tutela de la dignidad a través de la configuración de un delito de resultado. El art. 510.2.a) CP dejaría de ser, en definitiva, una *rara avis* dentro del elenco de conductas de propio art. 510 CP.

b.2) Las conductas apologéticas de delitos de odio (art. 510.2.b) CP) y la cláusula de cierre y de equiparación penológica entre el segundo bloque (difamación/injurias colectivas) y el primero (incitación)

El art. 510.2.b) CP sanciona a quienes “*enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución*”. Mientras que estas conductas acarrearán una pena de seis meses a dos años de prisión y multa de seis a doce meses, para el caso de que con ese actuar “*se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos*” la pena de prisión se vería incrementada –fijándose un marco de uno a cuatro años– y se mantendría inalterada la pena de multa de seis a doce meses.

Esta cláusula de cierre, como puede observarse, es idéntica a la que se contiene embebida dentro del art. 510.1.c) CP (conductas apologéticas de crímenes de derecho penal internacional). En este caso, en cambio, aparece como elemento extraño o accidental a la conducta. La razón estriba en que así se mantienen perfectamente reconocibles los dos bloques temático-conductuales de los que se nutre el art. 510 CP, sin descartar una equiparación plena –cuando menos penológica– entre ambas realidades (incitación contra colectivos vulnerables del art. 510.1 CP e injuria colectiva o difamación

de colectivos vulnerables del art. 510.2 CP). La cláusula sobre la promoción o favorecimiento de un clima es la que encierra, en ambos bloques (arts. 510.1 y 2 CP), el elemento tendencial de la conducta²⁰⁵⁵, por mucho que sea objeto de críticas al volverse extraordinariamente tenue –o casi inexistente– la voluntad de incitación del sujeto activo. Esto último, decíamos, evidenciaba que estábamos ante una apología *sui generis* o desnaturalizada²⁰⁵⁶. Además, a diferencia de lo que sucedía con el art. 510.1.c) CP, no se contiene en el art. 510.2.b) CP requisito alguno sobre la idoneidad de del discurso en una u otra dirección. En definitiva, se amplía considerablemente y sin ningún tipo de sostén las áreas discursivas potencialmente punibles²⁰⁵⁷.

A falta de propuestas interpretativas que corrijan lo que el precepto parece que quiere dar a entender, lo cierto es que sería suficiente con probar que la conducta era de enaltecimiento o justificación de ciertos delitos. Aparentemente, como decimos, el riesgo asociado a la conducta no es que sea de menor entidad, sino que directamente se pierde para el caso de que unos hechos se incardinan en el art. 510.2.b) CP, pero no puedan reconducirse a su cláusula final agravatoria (art. 510.2 CP *in fine*). Si en el art. 510.1.c) CP decíamos que se debía dar el «germen previo» (promoción o favorecimiento de un clima) a lo que constituía una auténtica incitación indirecta, en el caso del art. 510.2.b) CP el adelantamiento sería mucho mayor (y el riesgo asociado al enaltecimiento y/o justificación de los delitos de odio inapreciable). En otras palabras, nos situamos ya indiscutiblemente lejos de los parámetros de constitucionalidad estudiados en anteriores conductas.

Como cabía esperar, sin poder socorrer siquiera a la DM 2008/913/JAI, puesto que nada dice al respecto, ese salto al vacío ha sido duramente criticado por la doctrina²⁰⁵⁸.

²⁰⁵⁵ Al menos el elemento tendencial principal, puesto que más adelante veremos cómo se hace preciso incorporar elementos de restricción al tipo básico del art. 510.2.b) CP que nos empujen a hablar, por ejemplo, de un ánimo tendencial de difusión.

²⁰⁵⁶ En detalle, por las similitudes y coincidencia parcial entre los arts. 510.1.c) y 510.2.b) CP, nos remitimos aquí a todo lo desarrollado en el epígrafe «a.2) *Las conductas apologéticas de crímenes de derecho penal internacional (arts. 510.1.c) CP)*» *supra*.

²⁰⁵⁷ Al igual que sucedía en el caso del art. 510.2.a) CP, podríamos reproducir aquí también la misma idea. Y es que, para contrarrestar la posible «banalización del núcleo de prohibición», la FGE proponía que la redacción típica de toda conducta punible *ex art. 510 CP* exigiera un «mínimo potencial de eficacia incitadora de comportamientos discriminadores». Y, si bien actualmente no consta recogido nada que haga sospechar lo anterior, autores como TERRADILLOS BASOCO entienden que el art. 510.2.b) CP castiga conductas «ya idóneas objetivamente» para provocar al odio o violencia. Véase: FGE, *Memoria* (2012), p. 1261; TERRADILLOS BASOCO, «Lección 28. Delitos», p. 330.

²⁰⁵⁸ A modo ilustrativo, entre muchas otras críticas que recibe, PORTILLA CONTRERAS tacha esta figura penal de «claramente inconstitucional». Lo que está claro es que, a falta de referencias típicas claras y/o de una interpretación conforme a la Constitución, la solución pasa seguro por la derogación del precepto.

En general, ante un precepto tan aparentemente desbocado en alcance, lo lógico es ofrecer pautas interpretativas correctoras en el sentido de restringir su ámbito aplicativo. Este ejercicio, del que se dará buena muestra en las líneas que siguen, busca evitar interferencias ilegítimas con el contenido esencial mínimo (parcela normativa intangible para el legislador penal) del derecho fundamental a la libertad de expresión.

Por todo lo anteriormente expuesto, la *Fiscalía General del Estado* cree que lo único que resta exigir a la conducta es la entidad o relevancia suficiente a través de la concreta forma de comisión exigida por el art. 510.2.b) CP (“*por cualquier medio de expresión pública o de difusión*”) y la afección, al menos potencial, al bien jurídico protegido²⁰⁵⁹. Según alcanzo a entender, lo que podría estar sugiriéndose sería la necesidad de acreditar un ánimo tendencial de difusión²⁰⁶⁰. Haciendo una analogía con la publicidad requerida para las injurias graves (art. 209 CP), la jurisprudencia ha establecido en alguna ocasión que será precisa “*una acción idónea para facilitar que un amplio número de personas, por su propia naturaleza indeterminado, puedan acceder a la información emitida*” (SAP de Valladolid 134/2014, de 24 de marzo, FJ 2; SAP de Ciudad Real 122/2014, de 24 de octubre, FJ 2). Es decir, la aptitud del medio comisivo como vehículo para hacer llegar las palabras y ahondar desproporcionadamente en el riesgo que ello supone para el bien jurídico protegido. Sin embargo, según la temprana STS de 28 de febrero de 1989, que compila a su vez otros pronunciamientos anteriores en el tiempo, esa acción idónea haciendo uso de medios objetivamente válidos a tal fin (art. 211 CP)²⁰⁶¹ se debía nutrir del ánimo tendencial de difusión, el cual “*no existe si se produce incidentalmente o por causas independientes de la voluntad del procesado*”, dado que “*la publicidad ha de entrar en la mente del culpable y ser buscada con el deliberado propósito de que la afrenta tenga la mayor difusión posible*” (FJ 4). De hecho, es indiferente que exista una

Véase: PORTILLA CONTRERAS, «La represión penal», p. 409; PORTILLA CONTRERAS, «El retorno de la censura», p. 102.

²⁰⁵⁹ FGE, *Circular 7/2019* (2019), p. 59. En cualquier caso, entendemos, se trata de unos mimbres muy débiles sobre los que hacer sostener todo el peso de la conducta punible.

²⁰⁶⁰ No parece entenderlo así DEL ROSAL BLASCO, quien entiende que enaltecer “*por cualquier medio de expresión pública o de difusión*” (art. 510.2.b) CP) y enaltecer “*públicamente*” (art. 510.1.c) CP) son expresiones perfectamente equiparables. Es decir, el art. 510.2.b) CP «no añade ni quita nada». DEL ROSAL BLASCO, «Capítulo 62. Delitos contra la Constitución», p. 1428.

²⁰⁶¹ Según el art. 211 CP, “*la calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante*”.

reacción de terceros que sirva para poner en evidencia el alcance de la conducta y predicar así su publicidad «real»²⁰⁶².

El enaltecimiento²⁰⁶³ y la justificación²⁰⁶⁴ se desplegarán no ya sobre delitos contra la comunidad internacional (o sobre la figura de su autor), como sucedía en el art. 510.1.c) CP, sino sobre delitos cometidos por motivos discriminatorios (o sobre la figura de su autor y/o de quienes se hacen partícipes de la ejecución²⁰⁶⁵). Y, según LANDA GOROSTIZA, no sobre cualquier delito²⁰⁶⁶. En primer lugar, el referente delictivo debiere ser aquél que se hubiera cometido *de facto*, dejando de lado cualquier llamado a delinquir formulado en genérico (apología *in genere*). Asimismo, entiende, todo lo que se aleje de un delito concreto²⁰⁶⁷ y sentenciado en firme es abrir el tipo de forma peligrosa

²⁰⁶² Esta lógica, como se verá más adelante, está ya inserta en el subtipo agravado del art. 510.3 CP. Aun así, ello no ha impedido que los arts. 510.2.b) CP y 510.3 CP se apliquen conjuntamente en la que es, hasta la fecha, la única condena por el primero de ellos (SAP de Madrid 7/2020, de 8 de enero). Esta sentencia de conformidad, además, tiene su origen en unos *tweets* despiadados contra una víctima de violencia machista. Tal y como consta en los hechos probados, se denigra la memoria de la mujer asesinada y se pretende disculpar y exculpar al hombre que fuera su pareja y verdugo. Sobre el subtipo agravado del art. 510.3 CP, véase el tratamiento más pausado que recibirá en diferentes puntos del apartado «3.3.3. Modalidad comisiva online. El subtipo agravado del art. 510.3 CP y propuesta de lege ferenda» *infra*.

²⁰⁶³ Sobre este término, véase lo reflejado en el epígrafe «a.2) Las conductas apologéticas de crímenes de derecho penal internacional (arts. 510.1.c) CP)» *supra*.

²⁰⁶⁴ La justificación enlaza con la intención de tratar de demostrar la legitimidad de un acontecimiento o, cuando menos, la imposibilidad de evitarlo (p.ej.: la *Shoah* fue un hecho desafortunado, pero inevitable). El Tribunal Supremo alude a que el verbo justificar implica que el sujeto, a través del discurso (u otro/s acto/s material/es), “*hace aparecer como acciones ilícitas legítimas, aquello que sólo es un comportamiento criminal*” (STS 149/2007, de 26 de febrero, FJ 5). Véase FRONZA, *Memory*, p. 16. Citando una relación de sentencias posteriores del Tribunal Supremo a efectos de definir el concepto anterior, en lo que ya es una jurisprudencia consolidada, véase FGE, *Circular 7/2019* (2019), p. 58.

²⁰⁶⁵ Esta sutil diferencia con respecto al art. 510.1.c) CP, entiende TAMARIT SUMALLA, sería producto de una técnica legislativa deficiente. La falta de coherencia interna del art. 510 CP se hace, una vez más, evidente. En cualquier caso, AGUILAR GARCÍA asumía para el art. 510.1.c) CP que sujetos partícipes equiparados al autor *ex art.* 28 CP (en relación con el art. 61 CP), como es el caso del inductor y del cooperador necesario, también quedarían comprendidos. No lo estaría, en cambio, el cómplice. Véase: TAMARIT SUMALLA, «Artículo 510» (2016), p. 1671; AGUILAR GARCÍA, *Manual práctico*, p. 204.

²⁰⁶⁶ Entiéndase la referencia a «cualquier delito» en sentido restringido, puesto que únicamente conectaría con un catálogo cerrado de figuras de odio o antidiscriminatorias que, este mismo autor, considera más claramente (arts. 510, 511, 512, 314, 515.4º, 522 a 526, 160.3, 170.1, 174, y 197.5 CP, además de aquellos delitos agravados con el art. 22.4 CP) o con bastantes más reservas (arts. 173, 173.2º, 153, 205 y ss., 542 CP) objeto de alguna fórmula apologética (justificación y/o enaltecimiento) propia del art. 510.2.b) CP. Véase: LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, pp. 84-85; LANDA GOROSTIZA, «El discurso de odio criminalizado», pp. 247-248.

²⁰⁶⁷ Nótese que la DM 2008/913/JAI, en particular, se refiere a la sanción de la apología de delitos más perfilados todavía. Es decir, los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 1.1.c) de la DM 2008/913/JAI) y los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945 (art. 1.1.d) de la DM 2008/913/JAI). El art. 510.2.b) CP, en cambio, habla de cualquier delito que hubiera sido cometido por motivos discriminatorios. En suma, se percibe claramente la libertad de criterio del legislador español a la hora de configurar este tipo penal. DÍEZ RIPOLLÉS, en cambio, apunta a otra hipótesis de partida, pero valiendo igual la conclusión anterior. Según este autor, lo que pide la DM 2008/913/JAI en su art. 4 es garantizar una agravante de discriminación (en concreto, racismo y xenofobia) para delitos diferentes a los que ya se han apuntado (o, alternativamente,

en términos de legitimidad de sanción penal. Todo lo más, «fuerza incitadora» (incitación indirecta) mediante, habrá supuestos de delitos justificados o autores enaltecidos que no estén ensamblados en un caso concreto pero que, siendo identificables en abstracto (p.ej.: justificar un delito de injurias agravadas vía art. 22.4 CP), se reconduzcan a una incitación grave (art. 510.2 CP *in fine*/510.1.a) CP)²⁰⁶⁸. El contexto será, una vez más, el que imprima a la conducta la fuerza incitadora mínima exigible que permita plantearnos ese otro escenario alternativo, a modo de escalón superior en términos de reproche penal²⁰⁶⁹.

3.3.2.3. Bien jurídico protegido: encrucijada dogmática

Las propuestas sobre la naturaleza del bien jurídico protegido resultan de lo más variopintas en la doctrina española. En general, algunas propuestas se asientan sobre una concepción de la igualdad y no discriminación centrada –o, si se quiere, volcada– en el individuo (modelo jurídico individualista). De alguna manera, estas propuestas quedan contaminadas por la tendencia ya vista para el caso del art. 22.4 CP de «tener bajo control» el alcance de nuestro marco penal antidiscriminatorio²⁰⁷⁰. Es decir, se busca atender una fenomenología de discriminación individualizada y, en apariencia, desligada de un interés jurídico más amplio o de dimensiones estructurales. Otras propuestas, en cambio, circulan en la dirección de proteger un interés colectivo, pudiendo éste ser más o menos difuso. Finalmente, también proliferan alternativas híbridas o mixtas (propuestas individual-colectivas), con matices importantes entre ellas según sus respectivas líneas de argumentación. A todo ello dedicaremos este apartado, sin que se aspire a reflejar una imagen completa y/o exhaustiva del estado de la cuestión. Bastará con trasladar al lector un marco general al que acostumbran a sumarse las diferentes voces doctrinales y jurisprudenciales. Se tratará, en definitiva, de poner cierto orden a fin de poder encajar

que los tribunales nacionales tengan en cuenta la motivación discriminatoria a la hora de determinar la sanción a imponer). En cualquier caso, DÍEZ RIPOLLÉS recuerda que en el ordenamiento penal español se contempla ya la agravante del art. 22.4 CP para este tipo de supuestos, por lo que el legislador no hace sino «manipular» lo contenido en la DM 2008/913/JAI. DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal*, p. 1456.

²⁰⁶⁸ Este autor, a su vez, hace notar que las conductas relacionadas con el enaltecimiento de delitos contra la comunidad internacional, en principio incardinables en el art. 510.1.c) CP (apología de delitos de genocidio y otros crímenes graves), no están excluidas del art. 510.2. b) CP (apología de delitos de odio). Por tanto, puede darse la circunstancia de que sea la ausencia de esa «fuerza incitadora» la que marque que una conducta caiga de lleno en el art. 510.2.b) CP (o, de otro modo, en el art. 510.1.c) CP). Véase: LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, pp. 84-85; LANDA GOROSTIZA, «El discurso de odio criminalizado», pp. 246 y 248.

²⁰⁶⁹ Asimismo, como es de suponer, nada extraña que proliferen propuestas doctrinales que demanden refundir en un único precepto la captación de discursos realizados a través de fórmulas apologeticas (arts. 510.1.c) y 510.2.b) CP). Estas propuestas, como mínimo, exigirán que se contemple una fuerza incitadora mínima, si no ya una clara y directa como pide el GEPC, *Una propuesta alternativa* (2019), pp. 37-39.

²⁰⁷⁰ En detalle, véase el apartado «1.5.3. Intersección con los delitos de expresión» del *Bloque I*.

dentro de este marco general las diferentes propuestas interpretativas en torno al art. 510 CP que ya existan o que puedan llegar a desarrollarse a futuro.

Para empezar, el consenso más amplio que nace de la dogmática jurídico-penal es el de otorgar a la acción incitadora (art. 510.1 CP) o difamatoria (art. 510.2 CP) una dimensión individual. Ésta puede ser única o un suelo común (y mínimo) sobre el que partir hacia otras propuestas de interpretación no circunscritas necesariamente a bienes jurídicos personales. En cualquier caso, salvo por el menoscabo efectivo del bien jurídico al que parece apuntar el art. 510.2.a) CP (exceptuando, a su vez, la cadena de difusión adelantada a tales actos), lo que se plantea es una tutela anticipada que salga «en defensa» de los derechos e intereses individuales (fase previa a la lesión efectiva)²⁰⁷¹. En general, el derecho a la igualdad y a la no discriminación dominan la escena de propuestas doctrinales construidas alrededor de un bien jurídico de titularidad individual. Sin embargo, expone la *Fiscalía General del Estado*, el trato desigual y discriminatorio son meros ramales de una afrenta mayor a la dignidad humana. Por tanto, no sólo será preciso un trato desigual y discriminatorio²⁰⁷², sino también un entendimiento amplio de la acción u omisión desde el desprecio que supone para ese valor innato a la condición humana. Un valor, el de la dignidad de la persona, que nos sitúa en un plano existencial, por lo que “*se reconoce y protege pero que no se otorga*”²⁰⁷³. En este punto, acostumbran a realizarse precisiones importantes, por cuanto ya hemos dicho que esta dimensión individual (igualdad, no discriminación, dignidad y/o, incluso, honor) suele servir de suelo común para desarrollar configuraciones de bien/es jurídico/s más complejas. Repasemos algunas posturas referenciales al respecto.

En primer lugar, CÁMARA ARROYO se adscribe claramente al sector doctrinal que concibe estas conductas como atentados a la *dignidad* de la persona, pero aclara que esto

²⁰⁷¹ Otra cosa será, como veremos más adelante, dilucidar si «mediante la incriminación anticipada de conductas peligrosas para bienes jurídicos individuales, se está [en realidad] dispensando protección a bienes jurídicos colectivos, configurados a partir de aquellos pero que se diferencian de ellos, cuyo contenido debería ser precisado caso por caso». Véase, indistintamente: ALONSO ÁLAMO, “Derecho penal mínimo”, p. 31; ALONSO ÁLAMO, «Derecho penal mínimo», p. 313.

²⁰⁷² Entiéndase por trato desigual y discriminatorio, según la FGE, “(...) una diferencia de trato que no responde a una justificación objetiva, razonable, necesaria y proporcionada”. FGE, *Circular 7/2019* (2019), p. 8. A mayor abundamiento, por la íntima conexión que se establece con el principio de igualdad y la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, o cualquier otra circunstancia personal o social (art. 14.1 CE), nos remitimos a lo desarrollado en el epígrafe «b) Rasgos generales de la evolución jurisprudencial del principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE)», del apartado «1.5.1.1. Trazado histórico de gestación» del *Bloque I*.

²⁰⁷³ Ampliamente, véase FGE, *Circular 7/2019* (2019), pp. 5-8.

es tan sólo un mínimo innegociable. En concreto, habla de un bien jurídico eminentemente personal, como sería el caso de la dignidad y la «igualdad ante la individualidad humana», sin que exista impedimento para que se sumen otros bienes jurídicos que trasciendan a la persona. En cualquier caso, la persona es el centro. Y lo es porque, a juicio de autor, si se pone el centro de gravedad en otro extremo (p.ej.: protección del orden social democrático), la expansión de afectaciones posibles al bien jurídico sería impracticable²⁰⁷⁴. Es tan personalista la noción de dignidad que, como bien apunta ALONSO ÁLAMO, los ataques a la misma son siempre ataques a la singularidad de una persona, incluso aunque la acción esté motivada por la pertenencia de la misma a un grupo²⁰⁷⁵. Según la autora, «la dignidad vulnerada es siempre la dignidad de otro», por lo que al Derecho penal sólo debe preocuparle este contexto interpersonal²⁰⁷⁶. En opinión personal, fiar todo (o gran parte) del peso a bienes jurídicos de naturaleza tan vaga, relativa e imprecisa como la dignidad supone también correr el riesgo de que la justicia lo instrumentalice para un uso abusivo²⁰⁷⁷. La aplicación de la ley puede quedar contaminada fácilmente por lecturas ideologizadas y sesgadas en exceso. De hecho, nada sorprende que los aplicadores de la ley traten de argumentar que el lenguaje ofensivo empleado por el acusado supone un daño dotado de relevancia penal. Aparentemente, como alerta LAURENZO COPELLO, basta con la aptitud del discurso para «generar conflictividad social o para desestabilizar los valores políticos y sociales imperantes»²⁰⁷⁸. Ello supone atender a la actitud intolerante del emisor del mensaje, a menudo de ideología extremista, así como a la sensibilidad de la víctima. En definitiva, se corre el riesgo de vaciar por completo el derecho a la libertad de expresión. Según entendemos, en numerosas ocasiones se socorre a la dignidad de la persona porque existe un espacio lo suficientemente amplio y difuso como para fundamentar la condena con relativa holgura o cintura valorativa. En delitos como la provocación a la discriminación, ALONSO ÁLAMO admite que siempre hay un «sustrato de desigualdad contrario a la dignidad de la persona», pero que no por ello debe verse indubitadamente afectada esta última²⁰⁷⁹.

²⁰⁷⁴ Véase: CÁMARA ARROYO, “El concepto de delitos de odio”, pp. 172 y 175; CÁMARA ARROYO, “Delitos de odio”, p. 7

²⁰⁷⁵ ALONSO ÁLAMO, «Derecho penal y dignidad humana», p. 323.

²⁰⁷⁶ ALONSO ÁLAMO, «Derecho penal y dignidad humana», pp. 307-309.

²⁰⁷⁷ Para un estudio exhaustivo acerca las dudas que genera la protección penal de la dignidad, incluyendo asimismo las voces que niegan de plano su consideración de bien jurídico protegido, nos remitimos a ALONSO ÁLAMO, «Derecho penal y dignidad humana», pp. 298-307. Véase también una crítica sobre la dignidad humana instalada como bien jurídico en el art. 510 CP (previo a la reforma por LO 1/2015) en LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 274-285.

²⁰⁷⁸ LAURENZO COPELLO, «No es odio, es discriminación», pp. 268-269.

²⁰⁷⁹ ALONSO ÁLAMO, «Derecho penal y dignidad humana», p. 327.

Esto ocurrirá, eso sí, cuando se cosifique a la víctima. No obstante, este tipo de delitos relativos al discurso de odio adquieren otro sentido de tutela menos personalista, como veremos más adelante. Por de pronto, vamos a continuar con los ejemplos que comprometen, si acaso de forma parcial pero indubitadamente preferente, al bien jurídico individual –o, en su caso, como se verá a continuación– a la dimensión individual del bien jurídico protegido.

Desde otro enfoque, salvando referencias iniciales más bien vagas y/o crípticas en torno a la lesión de la *igualdad*²⁰⁸⁰ del individuo, TAPIA BALLESTEROS se refiere más bien al *valor a no ser discriminado* como bien jurídico protegido. Otra cosa será, como apunta la autora, que puedan tutelarse otros bienes jurídicos (p.ej.: la integridad física o la vida) en un segundo plano y de forma añadida una vez observado el contexto que rodea la conducta²⁰⁸¹. La puesta en peligro del valor a no ser discriminado podrá conllevar, parece intuirse, una puesta en peligro de alguna lesión efectiva contra la integridad física o la vida, entre muchas otras, por lo que estos y otros bienes jurídicos también se verían tangencial y remotamente afectados. De cualquier forma, nos interesa resaltar aquí la doble dimensión cumulativa que asocia esta autora con el bien jurídico protegido del valor a no ser discriminado. Es decir, además de saber que las conductas del art. 510 CP se dirigen a una víctima directa e inmediata (dimensión individual), no debe desatenderse el hecho de que la misma circunstancia que ha motivado la conducta es compartida por otros miembros que componen el colectivo de referencia (dimensión colectiva). No obstante, matiza, esta afectación no supone hablar de un bien jurídico supraindividual. Eso sí, la afectación al componente estructural del colectivo se producirá igual, si bien será un efecto derivado del acto discriminatorio individualizado²⁰⁸².

²⁰⁸⁰ Por ejemplo, TAMARIT SUMALLA apuntar en esta dirección el año que entraba en vigor el vigente CP/1995: «En el caso de la discriminación, la tipificación de los atentados a la igualdad cometidos por particulares obedece precisamente a la constatación de que la efectiva realización de este principio constitucional encuentra mayores dificultades en las relaciones entre particulares que frente al Estado. Similares consideraciones pueden hacerse a propósito de las nuevas variaciones de la discriminación introducidas en los arts. 510 y 512 del Código de 1995». Otro ejemplo es el de LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, quienes directamente se refieren a conductas que atentan contra el derecho a la igualdad. Véase: TAMARIT SUMALLA, «Artículo 510» (1996), p. 2076; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995*, p. 197. Para otros ejemplos de esta tendencia inicial consistente en vincular el bien jurídico protegido con el principio constitucional de igualdad, véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, p. 355.

²⁰⁸¹ Esto será así, según GARCÍA ÁLVAREZ, para el caso de la provocación a la violencia. En cambio, la provocación a la discriminación supondrá que el objeto de protección sea simplemente el derecho a no ser discriminado. GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho penal y la discriminación*, pp. 257-258.

²⁰⁸² Véase: TAPIA BALLESTEROS, «Artículo 510», pp. 184-185; TAPIA BALLESTEROS, «El discurso de odio», pp. 290-291.

Entre otros, BERNAL DEL CASTILLO entendía también que el «objeto directo, principal e inmediato de protección» sería, en cualquier caso, el *derecho a la no discriminación*²⁰⁸³. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO recoge también el *derecho a no ser discriminado*, sin esconder que los efectos que derivan de un trato desigual fundado en determinadas características identitarias de la persona alcanzarán y sacudirán también a la dignidad humana²⁰⁸⁴. Para BORJA JIMÉNEZ, por su parte, el «objeto directo de tutela» es la *dignidad humana*, pero, eso sí, proyectada en el *derecho a recibir un trato no discriminatorio*²⁰⁸⁵.

A su vez, para este último autor, el delito de injurias colectivas (en referencia al art. 510.2 CP anterior a la LO 1/2015) supone que pase a tutelarse la *dignidad humana desde una perspectiva colectiva/plural* frente al «menosprecio de los elementos propios de la diferenciación [p.ej.: color de piel, religión, etc.] de los diversos grupos humanos»²⁰⁸⁶. Así también GÓMEZ MARTÍN, quien alude al *honor o dignidad de los colectivos*²⁰⁸⁷ por razones discriminatorias. Desde otra lógica, pero incidiendo en que es precisamente la afección a la dignidad humana lo que supone que una injuria cualifique a injuria colectiva del art. 510.2 CP (dicho de otra forma, el ataque al honor de otro no supondría *per se* una afección a su dignidad), entiende que el objeto de tutela es el *derecho a una personalidad de igual valor (punto en el que se unen la dignidad y la igualdad de las personas) dentro de la comunidad social*²⁰⁸⁸. Según GARCÍA ÁLVAREZ, cuya postura tampoco migra, al menos en apariencia, hacia lo colectivo, lo tutelado será el *honor* junto con el *derecho a no ser discriminado*²⁰⁸⁹. Todo lo anterior nos sirve ahora de avanzadilla

²⁰⁸³ BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 76.

²⁰⁸⁴ En detalle, véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, pp. 355-362.

²⁰⁸⁵ En detalle, véase BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad*, pp. 334-345.

²⁰⁸⁶ En detalle, véase BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad*, pp. 306-310.

²⁰⁸⁷ Antes de la reforma por LO 1/2015 (art. 510.2 CP) véase GÓMEZ MARTÍN, «¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad?», p. 220. Después de la reforma por LO 1/2015 (art. 510.2.a) CP), véase indistintamente: GÓMEZ MARTÍN, «Comentario al artículo 510 CP» (2015), p. 1603; GÓMEZ MARTÍN, «V. Delitos de discriminación (arts. 510-512)» (2015), p. 209; AGUILAR GARCÍA (dir.), *Manual práctico* (2015), p. 205; GÓMEZ MARTÍN, «Incitación al odio y género», p. 14; GÓMEZ MARTÍN, «Incitación al odio y a la discriminación», p. 198; GÓMEZ MARTÍN, «Los delitos de odio en las redes sociales», p. 17; GÓMEZ MARTÍN, *Delitos de discriminación*, p. 171; GÓMEZ MARTÍN, «Incitación al odio y género», p. 190; GÓMEZ MARTÍN, «V. Delitos de discriminación (arts. 510-512)» (2019), p. 220; GÓMEZ MARTÍN, «Delitos de odio y Derecho penal de autor», p. 102.

²⁰⁸⁸ CAMARERO GONZÁLEZ, «Algunas notas», p. 15.

²⁰⁸⁹ Cuando habla de honor, seguramente esta autora se esté refiriendo a la protección del honor del grupo o asociación, siguiendo la terminología del anterior art. 510.2 CP, pero dispensando así una protección indirecta a cada miembro del grupo o asociación. Por tanto, estaría hablando de una protección indirecta del honor individual. Sólo así se entiende que, acto seguido, la autora cuestione directamente la viabilidad del precepto al disponer el operador jurídico del art. 22.4 CP que podría vincularse en cualquier momento a un delito de injurias. En detalle, véase GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho penal y la discriminación*, pp.

para incorporar aquí lo propuesto por DE PABLO SERRANO, quien entiende posible situar el *honor*²⁰⁹⁰ –en general, es decir, sin circunscribirse al actual art. 510.2.a) CP– como bien jurídico protegido. De esta forma, un reconocimiento pleno del individuo supondrá necesariamente una «aceptación positiva» de características identitarias tales como la etnia, raza, género u orientación sexual (dimensión o proyección individual). Esto supone emprender el camino hacia el reconocimiento social (dimensión o proyección colectiva). De este modo, podría hablarse incluso del *honor colectivo*²⁰⁹¹ como interés a proteger, siendo así que «no sólo vendría a sancionar la discriminación injusta que han sufrido esas personas individualmente consideradas, sino que restablece la igualdad de sus grupos para una participación equitativa en el entramado comunicativo»²⁰⁹².

Precisamente, este restablecimiento de la igualdad de grupos queda también inserto en la propuesta de PORTILLA CONTRERAS. Este autor cree ver en el tipo penal del art. 510.1.a) CP diferentes bienes jurídicos a proteger en función de cuál sea el objeto de referencia (odio, hostilidad, discriminación o violencia) de la actividad incitadora. Por ejemplo, en el caso de la incitación a la discriminación, lo que se protege es el *derecho a la igualdad del colectivo* afectado por el móvil discriminatorio. En cambio, en el caso de la incitación a la violencia, se protegería el derecho a la igualdad del colectivo y, a su vez, la *seguridad del grupo*. Respecto a la incitación a la hostilidad o al odio, no se protegen

262-265. Sobre esta cuestión, aunque sin mencionar a la autora referida, véase también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, p. 378.

²⁰⁹⁰ El honor, según este autor, entendido como la «legítima expectativa de reconocimiento que merece todo ciudadano en tanto que miembro de pleno derecho de una comunidad jurídica y en atención al modo personal de conducción y al plan de vida que haya elegido libremente, a partir del cual (del reconocimiento) pueda el individuo tomar parte en condiciones de paridad participativa en el contexto de las interacciones sociales y en el entorno comunicativo». DE PABLO SERRANO, *Honor, injurias*, p. 243.

²⁰⁹¹ El honor colectivo, como bien jurídico en general, cobra sentido desde el momento en que existan situaciones que, quedando afectadas una pluralidad de personas –y no necesariamente todo un grupo o colectividad– sobresale un bien jurídico diferente a la suma de los bienes jurídicos individuales (honor de la persona). En otras palabras, el honor se «colectiviza». Según ALONSO ÁLAMO, de este concreto escenario nace el interés colectivo que, cumpliendo como cumple una concreta función social, el Derecho penal puede aspirar a proteger. Ahora bien, al menos desde una concepción amplia, tendrá la consideración de bien jurídico colectivo el resultado de reconfigurar bienes jurídicos individuales (honor de la persona) que adquieran una nueva dimensión colectiva (honor colectivo). Esta dimensión colectiva, en el caso concreto del honor, se habría logrado a través de la imperiosa necesidad que precipita el devenir histórico de la humanidad. Reproducimos a continuación unas breves palabras de la autora sobre este particular: «El honor, por ejemplo, después de experimentar un proceso de democratización y reconocerse a todos, dejando de ser privilegio de los miembros de determinadas castas o grupos, experimenta una nueva transformación en el Estado democrático y se le reconoce a grupos o colectivos como tales (por razón de raza, etnia, cultura, religión, etc.)». Véase, indistintamente: ALONSO ÁLAMO, «Derecho penal mínimo», pp. 31 y 35-36; ALONSO ÁLAMO, «Derecho penal mínimo», pp. 313 y 320-322.

²⁰⁹² Para la posición atribuida a este autor, véase DE PABLO SERRANO/TAPIA BALLESTEROS, «Discurso del odio», pp. 2-3.

ninguno de los bienes jurídicos anteriores. Se trata, simple y llanamente, de «censura de frases, mensajes, opiniones, hechos, que podrían llegar a ser un germen de actos preparatorios relativos a la discriminación o violencia por móviles discriminatorios». En otro orden de ideas, se sanciona el «favorecimiento de ambientes hostiles que en un futuro puede generar las condiciones que hagan posible la realización de comportamientos discriminatorios o violentos por móviles discriminatorios». En una fase tan adelantada de las barreras penales (el «peligro del peligro abstracto para la igualdad y seguridad del grupo»), este autor no concibe afección de bien jurídico alguno. Más bien se trata de «una excusa para reprimir la libertad de expresión». Todo lo más, lo que pudiera darse es una afección a la dignidad como bien jurídico protegido por el art. 510.2.a) CP²⁰⁹³. Por otro lado, prosigue, resulta «improbable» que las conductas de negación, trivialización o enaltecimiento previstas en el art. 510.1.c) CP tengan la capacidad/aptitud de poner en peligro próximo la igualdad del colectivo a la seguridad del grupo. Ni que decir tienen las conductas del art. 510.2.b) CP, que sólo con la cláusula contenida *in fine* pasarían a equipararse a las conductas del art. 510.1.c) CP²⁰⁹⁴.

Como vemos, además de estar ante un tipo penal con uno o varios bienes jurídicos a proteger en función de cuál sea la conducta concreta de la que se parta dentro del art. 510.1.a) CP, se vulneran ya bienes jurídicos de carácter no personal (derecho a la igualdad del colectivo y, en su caso, seguridad del grupo). La excepción dentro del art. 510 CP en su conjunto seguiría siendo la afección a la dignidad del art. 510.2.a) CP. El deslizamiento hacia una visión del bien jurídico colectivo como objeto preferente de tutela puede verse también en RODRÍGUEZ YAGÜE. Esta autora, además, tampoco concibe el equivalente al art. 510.2.a) CP actual, es decir, el art. 510.2 CP (anterior a la reforma de 2015) que proscibía las “*informaciones injuriosas*”, como una afectación a la dignidad de la persona. Según esta autora, un continuo e incesante uso de manifestaciones de contenido injurioso «puede contribuir, si no crear por sí sola» que se afiancen estereotipos negativos que puedan legitimar o convalidar a futuro todo tipo de actos impredecibles de índole discriminatoria contra integrantes de ciertos colectivos. Se ataja, en definitiva, la

²⁰⁹³ Nótese que, en relación con el art. 510.2.a) CP, como ya se adelantó en el último apartado del *Bloque I*, PORTILLA CONTRERAS sostiene que no sólo se protege el derecho al honor o a la integridad moral del afectado, sino también la dignidad de la víctima y el derecho a la igualdad del colectivo al que ésta pertenece. De esta misma opinión es también OTERO GONZÁLEZ. Véase: PORTILLA CONTRERAS, «La represión penal», p. 406; GARROCHO SALCEDO/PORTILLA CONTRERAS, «Delitos de incitación», p. 936; OTERO GONZÁLEZ, «Delitos contra el honor», pp. 1548-1549.

²⁰⁹⁴ Véase: PORTILLA CONTRERAS, «La represión penal», p. 385; PORTILLA CONTRERAS, «El retorno de la censura», p. 92; PORTILLA CONTRERAS, «Incitación al odio», pp. 336-339.

repercusión que puedan tener unos comportamientos aparentemente inocuos en el momento, pero de resultados impredecibles a futuro. Más que el orden público o la paz pública, lo que se aspira es a ofrecer una protección *ad hoc* para determinados grupos sociales. En suma, se trata de dispensar protección a la *dimensión colectiva del derecho a la no discriminación*²⁰⁹⁵.

Esto es importante, dado que supone, como hemos visto *supra*, distanciarnos definitivamente de problemas concursales habituales que se han visto incrementados por la nueva redacción dada al art. 510.2.a) CP²⁰⁹⁶. Supone reconducir todo el art. 510 CP, tanto antes como después de la redacción dada por la LO 1/2015, a un bien jurídico colectivo que sea protegido desde la óptica compartida del peligro abstracto²⁰⁹⁷. Se propone así una visión unitaria y sistemática que, además de ordenar en un único sentido todas las conductas del art. 510 CP, pueda ayudar también a hacerlo más reconocible – para el operador jurídico– frente a delitos de expresión, como las injurias, agravadas por el art. 22.4 CP. El art. 22.4 CP otorgará una dimensión supraindividual a la acción expresiva individualizada, a modo de reverberación en lo grupal de la acción individual, pero el art. 510 CP se orienta –como un todo– a la protección del colectivo. La capacidad de incidencia e infiltración del mensaje en el colectivo es diferente. Dicho lo cual, la idea a retener es que los arts. 22.4 CP y 510 CP parten, si bien desde un suelo común por su fundamentación equiparable²⁰⁹⁸, de espacios punibles distintos para desplegar así una protección más completa/integra desde ambos flancos de acción.

No obstante, RODRÍGUEZ YAGÜE lo que hace es romper con una corriente de opinión más consolidada en la doctrina española. Si esta autora prima claramente la dimensión colectiva sobre la individual, esta última es la que venía haciéndolo desde

²⁰⁹⁵ Véase: RODRÍGUEZ YAGÜE, «Comentario al artículo 510», pp. 1005-1008; RODRÍGUEZ YAGÜE, «Una propuesta de clasificación», pp. 11-18.

²⁰⁹⁶ En detalle, véase todo lo desarrollado en el apartado «1.5.3. Intersección con los delitos de expresión» del *Bloque I*, y el subepígrafe «b.1) La injuria/difamación colectiva pública y su cadena de difusión (art. 510.2.a) CP)», del apartado «3.3.2.2. Conductas típicas y generación de riesgo» *supra*.

²⁰⁹⁷ De hecho, que el art. 510.2.a) CP no sea visto como delito de lesión a un bien jurídico como el honor tampoco supone una novedad absoluta. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en la anterior redacción del precepto (art. 510.2 CP) ya desafiaba en parte esta lógica. Y decimos en parte porque, en vez del honor, este autor parece sugerir el derecho a no ser discriminado como objeto de protección. En cualquier caso, se plantea que la clave radica en el «peligro (abstracto) de fomento de la discriminación» que conllevan las informaciones injuriosas difundidas. En otras palabras, se busca atajar de raíz aquellas informaciones injuriosas que sean aptas para crear un clima que favorezca conductas discriminatorias. Véase: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Delitos en el ejercicio de derechos», p. 508; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión*, pp. 377-379.

²⁰⁹⁸ Ampliamente, véase «1.5.3. Intersección con los delitos de expresión» del *Bloque I*.

mediados de los noventa. Precisamente, desde que LAURENZO COPELLO diera a conocer su posición, a la postre tan influyente. Además, al contrario que la primera autora que construye su razonamiento en torno a la dimensión individual-colectiva del derecho a la no discriminación, LAURENZO COPELLO parte directamente de la implicación de dos bienes jurídicos (bien jurídico mixto): uno individual (*derecho a ser tratado como un ser humano igual a los demás*) y otro colectivo (*modelo de convivencia plural y multicultural del que parte nuestra Constitución*). La afección al primero conlleva el sustrato de prohibición penal (contenido y sentido del delito), y se concreta en «una negación de la igualdad entre todos los seres humanos basada en ciertos rasgos o peculiaridades que distinguen al discriminado del modelo de normalidad que se toma como punto de referencia»²⁰⁹⁹. En cambio, la afección al segundo de los intereses implicados se vincula con el daño social generado (gravedad del delito). Mientras que el bien jurídico individual es el dominante, el bien jurídico colectivo tendrá una trascendencia más relativa y complementaria. En cualquier caso, este segundo supondrá siempre (p.ej. imaginemos el caso de una única conducta aislada), como poco, un «peligro para la preservación de pautas sociales»²¹⁰⁰. De esta forma, la puesta en peligro del bien jurídico colectivo no es asumible en sociedad, puesto que ahonda en la marginación de ciertos individuos o colectivos así identificados por circunstancias que en ellos concurren y que son la fuente de discriminación. La consecuencia es que la afección al bien jurídico colectivo se proyectará, en última instancia, sobre víctimas en potencia que compartan esas mismas características (y que puedan llegar a asociarse a la vinculación grupal). Se expande entonces el efecto intimidatorio y se rebajan las «expectativas de seguridad y la posibilidad de ejercicio pleno de sus derechos fundamentales». Entre otros, los miembros del colectivo rehusarán de ejercer sus derechos políticos (derecho a la participación en asuntos públicos), lo que los aislará más si cabe de la sociedad. Por esta razón, en concreto, LAURENZO COPELLO cree que es un atentado claro y manifiesto contra el *derecho a la diversidad*²¹⁰¹.

²⁰⁹⁹ Véase, indistintamente: LAURENZO COPELLO, “La discriminación”, pp. 235-236; LAURENZO COPELLO, «Marco de protección», p. 232.

²¹⁰⁰ En detalle, véase indistintamente: LAURENZO COPELLO, “La discriminación”, pp. 236-242; LAURENZO COPELLO, «Marco de protección», pp. 232-237. La propia FGE, que antes hemos dicho que se refería a proteger al individuo del trato desigual y discriminatorio, si bien como meros ramales de una afrenta mayor a la dignidad humana, también alude a incompatibilidad de tales acciones con la convivencia en sociedad. Esto refleja bien la influencia (y plena vigencia) de la propuesta doctrinal de LAURENZO COPELLO, más allá incluso de la academia. FGE, *Circular 7/2019* (2019), p. 8.

²¹⁰¹ Véase: LAURENZO COPELLO, “Un ejemplo de derecho penal expansivo”, p. 251; LAURENZO COPELLO, «La manipulación», pp. 462-463.

En esta misma línea, si antes se ha dicho que BORJA JIMÉNEZ entendía la *dignidad humana proyectada en el derecho individual a recibir un trato no discriminatorio* como objeto preferente a tutelar, lo que no se ha dicho es que este autor apunta también a la tutela «accesoria» del *orden público*. Un orden público, como tal, que supone un «normal desarrollo de la convivencia de los diferentes grupos humanos que integran una comunidad determinada, lo cual implica que los miembros de las minorías diferenciadas no sean sometidos a situaciones de tensión social motivadas por marginaciones, discriminaciones, persecuciones o ataques por un sector de la mayoría dominante». Nuevamente, esta tutela accesoria del orden público sirve para evaluar el daño social (gravedad del delito), requiriéndose, como poco, «perturbar mínimamente la convivencia pacífica de los ciudadanos»²¹⁰². La lógica, como vemos, es muy similar a la seguida por LAURENZO COPELLO. El objeto de protección preferente es uno (p.ej.: dignidad o derecho a no ser discriminado), pero la intervención penal perdería su legitimidad si no se coloca a la persona (y, por extensión, al colectivo de pertenencia o supuesta pertenencia), de alguna forma de entre muchas imaginables, en situación de inferioridad y marginación social.

Como vemos, se establecen ya relaciones muy estrechas entre bienes jurídicos individuales y otros –todavía en un segundo plano– de naturaleza supraindividual, como la paz pública, el orden público o la protección de la seguridad o indemnidad del colectivo involucrado. De esta forma, teniendo en debida consideración el principio de ofensividad penal, sólo las lesiones graves a alguno de los bienes jurídicos antedichos legitimarán el castigo de ciertas expresiones o manifestaciones. De esta forma, se sale al paso del peligro que supone el castigo de los delitos de clima. Es decir, se evita que puedan sancionarse ideas o pensamientos que siembren discordia y alimenten un ambiente hostil, mediante el envenenamiento del espacio socio-político, capaz de estimular acciones impredecibles futuras contra colectivos vulnerables. Se construye, de esta forma, un primer dique de contención que desaconseja una lectura simplista y mecanicista del precepto con arreglo a la letra de la ley. Por todo lo anterior, nada extraña que un sector cada vez más amplio de la doctrina española²¹⁰³, con sus variaciones y aportaciones, tienda a otorgar un protagonismo absoluto a algún bien jurídico de los de carácter supraindividual.

²¹⁰² BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad*, p. 344.

²¹⁰³ A modo ilustrativo, sin nombrar siquiera a aquellos otros que pronto adquirirán un espacio de protagonismo mayor en las líneas que siguen, véase alguno de los siguientes referentes doctrinales de

Finalmente, la tesis de LANDA GOROSTIZA²¹⁰⁴, en su día referente para muchos y ejemplo de la originalidad de autor (y, quizás por ello, más propia de una corriente de opinión minoritaria), se abre hoy paso con cierta fuerza. De hecho, esta postura salpica ya algunas decisiones judiciales que absorben, en parte²¹⁰⁵ o en su totalidad²¹⁰⁶, la interpretación restrictiva del tipo. Una propuesta que, podría decirse, mantiene una clara sintonía con la tesis de LAURENZO COPELLO²¹⁰⁷. No obstante, se abraza un interés jurídico colectivo sin sujeción a ningún otro individual que adquiera preferencia y lo desplace. El delito que nos ocupa no se orientaría a proteger derechos individuales en previsión –de forma adelantada o, incluso, muy adelantada– de su conculcación futura. La realidad racista, homófobo, etc. es aprehendida más bien desde una dimensión enteramente colectiva, en clave de procesos de interacción intergrupar. En concreto, el objeto de tutela pasa a ser las *condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos especialmente vulnerables*. En principio, dado que ya hemos visto que vertebra todo el precepto (antes y después de la reforma por LO 1/2015), la consideración del grupo como sujeto pasivo del delito permite a LANDA GOROSTIZA sostener que la acción típica atentará contra una colectividad (miembros que comparten alguna/s características identitarias). Y no contra cualquier colectividad, sino contra aquella colectividad vulnerable *ex ante* en la que sea verosímil que el mensaje cale y resquebraje las

actualidad: VALLS PRIETO, «Cap. 30. Delitos contra la Constitución», p. 866; GARROCHO SALCEDO, «Delitos relacionados», pp. 1993-1994.

²¹⁰⁴ En lo sucesivo se realizará un resumen mínimo de la posición de autor, siendo así que toda referencia al mismo debe entenderse realizada a los siguientes trabajos fundamentales de su producción académica (uno anterior y otro posterior a la reforma penal por LO 1/2015): LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal*, pp. 341-374; LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, pp. 57-63.

²¹⁰⁵ Por ejemplo, esto se ve claro en la SAP de Madrid 676/2017, de 30 de octubre. Esta resolución judicial se refiere primero a que el art. 510 CP, en general, “(...) *incide en la protección de la seguridad o indemnidad de ciertos colectivos especialmente vulnerables*”. No obstante, acto seguido, especifica que en el art. 510.2 CP, en particular, “(...) *tutela expresamente la dignidad, junto al derecho a la no discriminación como bien jurídico común*” (FJ 4).

²¹⁰⁶ Por ejemplo, la SAP de Madrid 625/2019, de 21 de noviembre, sostiene que estamos ante “(...) *una injuria colectiva dirigida a menospreciar la dignidad de un determinado colectivo [diana] especialmente vulnerable que "busque segregar a un grupo para justificar su inferioridad y convalidar futuras agresiones" (LANDA GOROSTIZA), es decir que produzcan una afección de tal intensidad que entrañe un potencial agresivo para con el "colectivo diana" en clave de seguridad existencial*” (FJ 5).

De forma cuando menos curiosa, el Auto de la AP de Girona 48/2019, de 30 de enero, señala primero que el bien jurídico protegido del art. 510 CP “*puede relacionarse*” con el respeto al principio de igualdad y no discriminación de ciertos colectivos. A renglón seguido, los términos en que se pronuncia ya no dan lugar a duda: “*A pesar de la gran variedad de conductas típicas recogidas en el actual art. 510 del Código Penal, puede afirmarse que el bien jurídico protegido en todas ellas es de carácter supraindividual, que incide en la protección de la seguridad o indemnidad de ciertos colectivos especialmente vulnerables frente a potenciales comportamientos de discriminación, violencia, odio u hostilidad. Tras la reforma operada en el año 2015, queda ahora aclarado que los miembros de estos grupos pueden ser el objeto material del ataque, sin perjuicio de que la titularidad del bien jurídico sea de naturaleza colectiva y se refiera a los grupos objeto de ataque*” (FJ 1).

²¹⁰⁷ En detalle, nos remitimos a LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal*, pp. 269-274.

condiciones mínimas de seguridad vital existencial de sus miembros. El autor sostiene lo anterior desde una perspectiva de potencialidad futura, es decir, que el sujeto tenga previsiones de desarrollo pleno y libre dentro de la comunidad en la que organiza su vida. La credibilidad que otorgue un individuo a la amenaza percibida podría hacer decaer esa expectativa futura de relativa normalidad cívica (tanto para él como para sus semejantes, puesto que el acto repercute en todos los integrantes del colectivo diana). Eso sí, el acto individual no será suficiente para entender afectado el bien jurídico, sino que será preciso que la conmoción a las condiciones mínimas de seguridad existencial sacuda al grupo en su conjunto. Otra cosa será que, como efecto colateral, el bien jurídico colectivo refuerce las expectativas de seguridad y confianza individual dentro de un modelo plural de sociedad.

Por otro lado, el autor no se desentiende de la ubicación sistemática del art. 510 CP, incardinado entre los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas. En consecuencia, debe reconocerse que las conductas afectan a colectivos cuando éstos tienen que ejercer precisamente tales derechos fundamentales. ALONSO ÁLAMO, quien se suma abiertamente a la tesis de LANDA GOROSTIZA²¹⁰⁸, apuntilla que la tutela del bien jurídico colectivo se asienta sobre la idea de salvaguardar los «derechos y garantías constitucionales que se elevan sobre la igual dignidad de todos»²¹⁰⁹. Según LANDA GOROSTIZA, el discurso de odio será un medio idóneo para alcanzar un escenario de quiebra de confianza ciudadana que haga peligrar el normal uso y disfrute de esos derechos por parte de segmentos sociales especialmente vulnerables. Debemos preguntarnos hasta qué punto el tipo de discurso inquieta porque es creíble que las voluntades se vayan a adherir y, por tanto, a generar un efecto de amenaza que sea percibido como tal por la audiencia concernida (directa o

²¹⁰⁸ En contra, CÁMARA ARROYO opina que la protección de la seguridad de los colectivos especialmente vulnerables debe reconducirse al art. 170 CP (delito de amenazas de mal constitutivo de delito cuando se dirigen contra un colectivo), eso sí, agravado por el art. 22.4 CP. En su opinión las incitaciones indirectas, sin importar cuál sea el objeto de referencia (a excepción del odio, el autor se refiere a la hostilidad, discriminación o violencia) de la actividad incitadora, no son suficientes como para afectar ese bien jurídico. No son suficiente, eso sí, exceptuando que nos encontremos ante una «situación social extrema o de crisis» que haga previsible la probabilidad elevada de que puedan precipitarse actos hostiles, discriminatorios o violentos. CÁMARA ARROYO, “El concepto de delitos de odio”, p. 174. Véase también, alrededor del art. 170 CP, lo contenido en el epígrafe «c.2) *La expansión del marco antidiscriminatorio en el CP/1995*», dentro del epígrafe «c) *De los antecedentes socio-legislativos inmediatos al CP/1995 a la actualidad normativa (1990 - 2015)*», del apartado «1.5.1.1. *Trazado histórico de gestación*» del *Bloque I*.

²¹⁰⁹ Véase, indistintamente: ALONSO ÁLAMO, “Sentimientos”, p. 87; ALONSO ÁLAMO, «Sentimientos», pp. 293-294.

indirectamente). Hasta qué punto, en suma, se despliega un «efecto amenazante coactivo» a través de discursos incitadores (art. 510.1 CP) o injuriantes (art. 510.2 CP). Asimismo, como hemos dicho, debemos preguntarnos en qué medida los colectivos diana van a plantearse ejercer o no sus derechos fundamentales garantizados por la Constitución, o si se retraerán consciente o inconscientemente en contra de su voluntad. En este sentido, cabe matizar que LANDA GOROSTIZA no sólo se refiere a derechos contra la vida o la integridad física, que serían los nucleares y más clásicos, sino también, por ejemplo, la libertad de movimiento (p.ej.: no voy al cine o no agarro la mano a mi pareja porque recientemente han matado a un homosexual por la zona y en *Facebook* hay quien alienta a continuar con la «caza al maricón»). Hasta qué punto, en un determinado contexto, esa conducta tiene el impacto de poder detener a las personas involucradas de ejercer sus derechos fundamentales (arts. 15-29 CE) o de constreñir sus espacios de libertad. El contexto será el que marque la escala de gravedad o dañosidad social del discurso. Es decir, es clave llegar a determinar hasta qué punto un discurso puede generar una afección mínima y típicamente relevante (es decir, un primer contacto leve pero suficiente) al bien jurídico protegido, siendo así que suponga una puesta en marcha de procesos de agresión intergrupal contra colectivos vulnerables (discurso incitador o injuriente que «hace crisis»).

En palabras de LANDA GOROSTIZA, valores como la igualdad o la dignidad se verán irremediabilmente comprometidos, pero no son el bien jurídico que «unifica» las diferentes clases de conductas que se recogen y ordenan en el art. 510 CP. Como hemos dicho en más de una ocasión, con propuestas como las de este autor se traza un sentido unitario para el precepto, procurando un entendimiento más amplio y uniforme del fenómeno. Además, la tutela de bienes jurídicos colectivos redundará también en beneficio de la protección individual de cada uno de los miembros del colectivo afectado. Una lectura pausada y correcta del contexto en que se desarrolla la acción discursiva se vuelve esencial, lo que entona bien con estándares supranacionales de protección. Además, de ello se deducirá si realmente estamos en presencia de conductas –incitadoras o injuriantes– que, por su gravedad, pongan en peligro objetivo y cierto al colectivo protegido de referencia. De ello se deduce, asimismo, que una gran parte de las conductas que hasta ahora trataban de encauzarse por esta vía no superarán la relevancia penal mínima exigible.

3.3.3. Modalidad comisiva online. El subtipo agravado del art. 510.3 CP

La intrincada organización interna del art. 510 CP presenta además un tipo cualificado que dificulta aún más la lectura armónica del mismo. El legislador nacional se hace partícipe de lo que ya es, tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, la primera plasmación expresa del factor tecnológico como medio que agrava la sanción penal en materia de discursos de odio. Este movimiento del legislador penal sitúa las penas previstas para las diferentes manifestaciones de los discursos de odio punibles (arts. 510.1 y 510.2 CP) en su mitad superior, siempre y cuando “*los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas*” (art. 510.3 CP).

Esto pone a nuestra legislación penal a la vanguardia europea²¹¹⁰, tanto por el reconocimiento inequívoco del canal tecnológico en la difusión o almacenamiento de material odioso, como por el recrudecimiento excepcional de las sanciones que de ello derivan. Pues bien, en las líneas que siguen se tratará de poner en evidencia lo errado de optar por ese reconocimiento formal del ciberodio y su consideración como subtipo agravado. Para ello, nos remontaremos primero al origen de esta propuesta y cómo ha conseguido instalarse donde actualmente radica. En segundo lugar, analizaremos su operatividad práctica, tanto real como, en su caso, deseada o percibida, de la mano de la doctrina y jurisprudencia española. Por último, se realizará un comentario reflexivo que motive, desde la discrepancia con la propuesta de regulación actual, una propuesta de *lege lata* en relación al art. 510.3 CP. En todo caso, como se verá, ello no obsta para que la supresión del subtipo agravado que actualmente radica en el art. 510.3 CP sea la solución más razonable. De hecho, sólo así cabría aspirar a una mayor sintonía con el marco de las propuestas político-legislativas de carácter supranacional ampliamente desarrolladas según se avanzaba en la redacción de este *Bloque III*.

²¹¹⁰ En un estudio reciente que compara legislaciones de hasta diez países dentro de la órbita europea (Dinamarca, Francia, Alemania, Moldavia, Montenegro, Rumanía, Serbia, España, Ucrania y Reino Unido) a fin de realizar propuestas de reforma concretas a la legislación armenia, se destaca el caso tan significativo español que incorpora –como ningún otro de entre todos los ordenamientos jurídicos analizados– una referencia expresa al cauce comisivo online. BAKALIS/GHAZARYAN, *Comparative study* (2020), p. 35.

3.3.3.1. Aspectos reseñables en torno a los orígenes del art. 510.3 CP, necesidad del subtipo agravado y expectativas previas a su entrada en vigor

Tras las elecciones generales de noviembre de 2011, el recién designado como ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, no tarda en anunciar lo que sería uno de los ejes centrales de su programa de acción: la reforma del CP/1995. Si bien durante la primera mitad de año ya se iba vislumbrando el posible contenido de la futura reforma penal, sería el 16 de julio de 2012 cuando por fin se hace público un borrador del *Anteproyecto de LO para la reforma del CP/1995 (julio 2012)*.

El Consejo de Ministros, en su reunión del día 14 de septiembre de 2012, daría el visto bueno a un informe presentado por el ministro de Justicia para esa reforma penal de calado. Este informe, que según se dijo vendría avalado por la opinión de diferentes expertos, introducía modificaciones importantes de cara a esa reforma penal. En rueda de prensa posterior al Consejo de Ministros, el ministro de Justicia aludiría a estas modificaciones e insistiría varias veces en el lavado de cara que precisaba nuestro CP/1995 para adaptarlo a las formas delictivas propias de una criminalidad moderna en pleno siglo XXI²¹¹¹. El informe supuso un impulso definitivo para la presentación en sociedad, el 11 de octubre de 2012, del nuevo texto del *Anteproyecto de LO para la reforma del CP/1995 (octubre 2012)*. Finalmente, unas modificaciones de última hora perfilaron lo que sería el texto definitivo del *Anteproyecto de LO para la reforma del CP/1995 (abril 2013)*, del que se daría cuenta al Consejo de Ministros.

Pues bien, tomando de referencia lo que hoy por hoy constituye el art. 510.3 CP, en estos tres textos del Anteproyecto aludidos este subtipo agravado con presencia propia constaba como una mera modalidad agravada que afectaba sólo a una única conducta.

En concreto, la agravación estaba prevista para la conducta consistente en:

- i) Por un lado, producir, elaborar, poseer con la finalidad de distribuir, facilitar a terceras personas el acceso, distribuir, difundir o vender escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido fueren idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad discriminación o violencia contra una persona, un grupo o un segmento de ese

²¹¹¹ MONCLOA. “Conferencia de prensa” (2012).

grupo en que el autor actuase movido por una serie de categorías protegidas (art. 510.2.a).I según quedaría redactado el CP/1995); y

- ii) Por otro lado, producir, elaborar, poseer con la finalidad de distribuir, facilitar a terceras personas el acceso, distribuir, difundir o vender escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido fueren idóneos para lesionar la dignidad de ciertas personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito (art. 510.2.a).I según quedaría redactado el CP/1995).

En realidad, como puede observarse, lo que se agravaba en los Anteproyectos era simplemente las diferentes etapas de la cadena de difusión del material incitador (actualmente: art. 510.1.b) CP) o del material que injuria/difama a colectivos vulnerables (actualmente: art. 510.2.a) CP)²¹¹². Por lo demás, y aquí radica una diferencia más que notable con la regulación vigente, consta que se impondrá la pena en su mitad superior cuando “*la difusión de los contenidos a que se refiere el párrafo anterior*” se hubiera llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de Internet, o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que aquél se hiciera accesible a un elevado número de personas (art. 510.2.a).II según quedaría redactado el CP/1995). Esto, como ya se ha adelantado, es importante, puesto que supone conectar expresamente la modalidad agravada con tan sólo uno de los verbos típicos que configuran la cadena de difusión del material que incita/difama previsto en el art. 510.2.a).I CP/1995.

Por lo demás, la única alusión a esta modalidad agravada que consta en los diferentes textos del Anteproyecto la encontramos en el dictamen emitido por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en enero de 2013. En él se dice que “*cuando la difusión*” se lleve a cabo a través de medios de comunicación social, Internet o mediante el uso de tecnologías de la información, se prevé una agravación “*en atención a la accesibilidad*

²¹¹² Nótese que este desdoble tiene su origen en la crítica contenida en el dictamen emitido por el Consejo General del Poder Judicial respecto al *Anteproyecto (octubre 2012)* en enero de 2013, dado que con una tal configuración se facilitaba un tratamiento penal indistinto entre el material que incita y el material que difama. Esto era una deficiencia a subsanar, ya que la incitación pura (es decir, aquella que representa la última fase de la cadena de difusión) estaba mucho más penada (pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses) que la difamación pura (es decir, aquella que representa la última fase de la cadena de difusión) para la que se preveía una pena de prisión de 6 meses a 2 años y multa de 6 a 12 meses. La peligrosidad al bien jurídico protegido no podía ser la misma respecto a esos comportamientos delictivos (incitación/difamación), sea una fase más o menos avanza en que se encuentren dentro de la cadena de difusión. CGPJ, *Informe al Anteproyecto* (2013), pp. 244-245.

de tales medios a un elevado número de personas”²¹¹³. En suma, parece claro que se parte de un juicio hipotético *ex ante*, considerando ciertos canales de comunicación como masivos en su alcance y, en consecuencia, más peligrosos en abstracto.

El *Proyecto de reforma de CP/1995*, a diferencia de los tres textos del Anteproyecto referidos más arriba, previó ya la redacción de la agravación que está actualmente en vigor. Por tanto, la consecuencia fue que se generalizó su ámbito de aplicación, no quedando constreñida a las diferentes cadenas de difusión del material incitador o difamatorio/injurante. En otras palabras, se vuelve potencialmente aplicable a toda conducta constitutiva de discurso incitador (art. 510.1 CP) o de discurso difamatorio/injurante (art. 510.2 CP). Durante toda la tramitación parlamentaria del Proyecto de reforma del CP/1995, es decir, desde que el 20 de septiembre de 2013 el Consejo de Ministros aprobara la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley Orgánica y hasta que el pleno del Congreso de los Diputados aprobara el 26 de marzo de 2015 la reforma penal, se ha mantenido inalterada la redacción del art. 510.3 CP. Es más, no se debatió lo más mínimo la iniciativa presentada por el Gobierno del Partido Popular en lo tocante a este extremo. No obstante, nos esforzaremos por destacar algunas alusiones fugaces o aspectos de interés relacionados directa o indirectamente con la materia durante el proceso de aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

En el diario de sesiones de la Comisión de Justicia del Congreso, al hilo del debate que conduciría a la aprobación y emisión del correspondiente dictamen para continuar con la tramitación parlamentaria de la reforma penal, el diputado del Grupo Parlamentario Popular, Leopoldo Barreda de los Ríos (PP), aludía a la importancia de contar con “*nuevos instrumentos*” para hacer frente a los “*nuevos medios de los que se valen los autores*” para la comisión de este tipo de delitos tradicionales. La razón, aunque escueta, sería la de “*prevenir y combatir la extensión de tales delitos en nuestra sociedad*”²¹¹⁴.

²¹¹³ CGPJ, *Informe al Anteproyecto* (2013), p. 245. Nada se dice alrededor de esta agravación, en cambio, en el dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto, de 27 de junio de 2013, por más que se hicieran referencias constantes al Informe del CGPJ. Tampoco consta referencia alguna a esta agravación en el Informe del Consejo Fiscal, fechado el 20 de diciembre de 2012. Véase: CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen sobre Anteproyecto* (Núm de Exp.: 358/2013) (2013), Consideración 29; FGE, *Informe del Consejo Fiscal* (2012), Comentario 179.

²¹¹⁴ CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, año 2015 (núm. 738), X Legislatura, Comisión de Justicia, sesión núm. 44 (extraordinaria), celebrada el viernes 16 de enero de 2015, p. 20. Quizás el diputado estaría refiriéndose a casos como el que ocurriría aproximadamente dos meses después. A raíz del trágico accidente de aviación de la compañía *Germanwings* el 24 de marzo de 2015, mientras cubría la ruta Barcelona-Düsseldorf, se produjo una cascada de comentarios desafortunados que inundaron Twitter. Uno en concreto («poca mierda veo en

Si esto ocurría un 16 de enero de 2015, alrededor de un mes antes una enmienda presentada por el propio Grupo Parlamentario Popular (enmienda núm. 881) propuso un apartado nuevo para el art. 578 CP sobre el delito de enaltecimiento o justificación públicos del terrorismo. En concreto, se proponía hacer extensible la solución contenida en el subtipo agravado del art. 510.3 también para esta conducta delictiva²¹¹⁵. Paradójicamente, sería en torno a este nuevo precepto que nace imitando el patrón o molde del art. 510.3 que surgen cuestiones interesantes en los debates parlamentarios. Indirectamente, a falta de mención alguna al respecto, la crítica debe entenderse compartida entre ambos. Precisamente, una breve y certera como pocas fue la crítica que planteara el senador Jesús Enrique Iglesias Fernández (IU) del Grupo Parlamentario Mixto. En lo que aquí interesa, el senador apunta a este tipo agravado del art. 578 CP afirmando que podría vulnerar el principio *non bis in idem*. Acto seguido, se pregunta: “[¿P]or qué agravar, si va implícito?”²¹¹⁶. Es decir, si la conducta de enaltecer o justificar los delitos de terrorismo venía ya presidida por el elemento de publicidad en el tipo básico, ese mismo elemento no podía constituir, a su vez, el fundamento de la agravación pretendida para el supuesto de que tales conductas se produjeran a través de Internet.

Pero el Sr. Iglesias Fernández (IU) no fue el único senador que cuestionó la viabilidad legal de introducir ese tipo cualificado. María Rieradevall Tarrés (CiU) exponía de la siguiente forma la posición de Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de *Convergència i Unió*: “*Se propone la supresión del apartado 3 del artículo 578, dado*

Twitter para haberse estrellado un avión lleno de catalanes»), junto con otros mensajes racistas y xenófobos anteriores en el tiempo que se encontraron al investigar al acusado, acabarían derivando en una resolución condenatoria impuesta por el Juzgado de Instrucción Núm. 8 de Cerdanyola del Vallès (Barcelona) por el delito de provocación al odio, la violencia y la discriminación contenido en el art. 510.1 CP en su redacción previa a la reforma operada por LO 1/2015 (Sentencia 25/2017 del JI Núm. 8 de Cerdanyola del Vallès, de 15 de marzo). Pues bien, este suceso ocurrido apenas tres días antes de la sesión del 26 de marzo de 2015 en el Congreso de los Diputados, dio pie a unas breves palabras de repulsa hacia esos *tweets* durante el transcurso de la sesión plenaria de ese mismo día en que se abordaría también el proyecto de reforma penal. En concreto, la diputada María Carme Sayós i Motilla del Grupo Parlamentario de *Convergència i Unió* se refirió a que “*la incitación al odio y a la xenofobia son delitos por buenos motivos*”, para acto seguido afirmar que “*(...) ningún contenido de estos tuits puede considerarse libertad de expresión*”. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, año 2015 (núm. 269), X Legislatura, Pleno y Diputación Permanente, sesión plenaria núm. 252, celebrada el jueves 26 de marzo de 2015, p. 18.

²¹¹⁵ CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Enmiendas e índice de enmiendas al articulado. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Serie A: Proyectos de Ley, 10 de diciembre de 2014, Núm. 66-2, p. 583.

²¹¹⁶ SENADO, *Cortes Generales. Diario de sesiones del Senado*, año 2015 (núm. 146), X Legislatura, Pleno, sesión núm. 68, celebrada el miércoles 11 de marzo de 2015, p. 14014.

que las circunstancias que se prevén integran en realidad la conducta típica de apartados anteriores”²¹¹⁷. De vuelta al Congreso de los Diputados, Jordi Jané i Guasch (CiU) explicaba que su grupo parlamentario estaba de acuerdo con el fondo, es decir, con el concepto mismo de terrorismo en sus diferentes formas de manifestarse (offline/online), pero no con la duplicidad que generaba la reforma penal. Respecto a lo segundo, estas fueron las palabras exactas del Sr. Jané i Guasch: “[N]o vamos a trasladar hoy que gracias a esta reforma a partir de ahora sí que vamos a atajar esas nuevas formas de terrorismo, porque teníamos ya los instrumentos”²¹¹⁸. Todo lo anterior, qué duda cabe, es predicable del art. 510.3 CP, en tanto la idea era emplear la misma fórmula de redacción entra ambos preceptos. Pero lo cierto es que el elemento de publicidad no es tan explícito en algunas de las conductas que están enclavadas en el art. 510 CP, como es el caso del delito consistente en el castigo de las diferentes etapas de la cadena de difusión del material incitador (art. 510.1.b) CP) o del material que difama a colectivos vulnerables (art. 510.2.a) CP)²¹¹⁹. Por ahora, simplemente apuntar que se debió alzar la voz más y con más fuerza en las Cortes Generales acerca de las disfunciones que generaba el art. 510.3 CP. La sensación es que el fin justificaba los medios, por lo que la despreocupación sobre el nuevo tipo cualificado era generalizada. Era un apaño cosmético que no parecía incomodar en exceso. En suma, se observa cierta condescendencia parlamentaria y una crítica muy tibia en los debates mantenidos en las Cortes Generales.

Hasta ahora, hemos podido advertir que la necesidad de disponer de un tipo cualificado como el previsto en el art. 510.3 CP era –y sigue siendo– harto discutible. Sin ir más lejos, la Memoria de la Fiscalía General del Estado (2012) indicaba que la “nueva redacción” de las conductas delictivas previstas en el art. 510 CP “debería ser lo más amplia posible” en cuanto a los medios al alcance del autor para cometer el delito. A este fin, propuso introducir una fórmula sintética («cualquier que sea el medio o procedimiento») o un

²¹¹⁷ SENADO, *Cortes Generales. Diario de sesiones del Senado*, año 2015 (núm. 146), X Legislatura, Pleno, sesión núm. 68, celebrada el miércoles 11 de marzo de 2015, p. 14038.

²¹¹⁸ No obstante, como decimos, en cuanto al fondo sobre el hecho de considerar o no terrorismo a la difusión online de ciertos contenidos mostraron su conformidad con la reforma: “[C]ompartimos el nuevo artículo 578, que en su apartado 2 viene a tipificar como terrorismo aquellas acciones que tienden a difundir el terrorismo a través de servicios o contenidos accesibles al público, medios de comunicación, Internet, comunicaciones electrónicas o uso de tecnologías de la información. Difunden el terrorismo a través de esos medios. De acuerdo, consideremos eso terrorismo (...)”. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, año 2015 (núm. 269), X Legislatura, Pleno y Diputación Permanente, sesión plenaria núm. 252, celebrada el jueves 26 de marzo de 2015, p. 84.

²¹¹⁹ Retomaremos esta cuestión en el siguiente apartado de discusión doctrinal y jurisprudencial alrededor del art. 510.3 CP. Véase «3.3.3.2. Estudio doctrinal y jurisprudencial en torno al art. 510.3 CP» *infra*.

calco de la entonces fórmula portuguesa («*en una reunión pública, por escrito destinado a la divulgación, o a través de cualquier medio de comunicación social o sistema informático destinado a la divulgación*»)²¹²⁰. Lo que no parece contemplarse de ninguna manera es la necesidad de disponer de un subtipo agravado, puesto que incluso la fórmula portuguesa constituiría un elemento más dentro del tipo objetivo de la conducta sancionada. Asimismo, es interesante observar cómo el precepto portugués –y, por extensión, la propuesta de la Fiscalía General del Estado– prescindía de hacer mención a Internet entre los diferentes canales de comunicación. Ello se deba seguramente a que el término «medio de comunicación social» (recuérdese, también contenido en el art. 510 del CP español) implica ya un medio de distribución de información a un elevado número de personas, como pueda ser la prensa, la televisión, la radio o el propio Internet²¹²¹.

Una mirada más amplia que supere lo nacional o el derecho comparado tampoco deja en buen lugar la apuesta del legislador español. Para empezar, la exposición de motivos de la LO 1/2015 aludiría a un replanteamiento de las conductas de incitación al odio y a la violencia, entre otras razones, para buscar una nueva regulación más ajustada a la DM 2008/913/JAI (EM XXVI de la LO 1/2015). Pues bien, según desarrollamos en el apartado correspondiente²¹²², desde el anuncio que hacía la Comisión de las Comunidades Europeas a comienzos de este siglo, dirigido a evaluar las medidas legales existentes contra el racismo/xenofobia y su posible extensión al entorno online, ya se intuía la determinación de este órgano por maximizar la aplicabilidad de los instrumentos legales disponibles. En concreto, la Comisión tenía previsto presentar una propuesta para una decisión marco del Consejo de la UE, con el objetivo de poder cubrir las actividades racistas y xenófobas online/offline²¹²³. La propuesta²¹²⁴, que no se hizo esperar, establecía

²¹²⁰ FGE, *Memoria* (2012), p. 1261. Así también CAMARERO GONZÁLEZ, “Algunas notas”, p. 16. Nótese que el Código penal portugués (1995) se ocupa en su artículo 240 de esta materia, si bien actualmente su redacción ha variado y con ello también la fórmula en concreto que reproducía la Fiscalía allá por 2012. A día de hoy, tras el cambio introducido a través del art. 2 de la Ley núm. 94/2017, en vigor desde el 21 de noviembre de 2017, lo que se emplea como un elemento más dentro del tipo objetivo de la conducta es lo siguiente: “*quien, públicamente, por cualquier medio destinado a la divulgación (...)*” (art. 240.2 del CP portugués; traducción propia). Resulta cuando menos curioso observar cómo la redacción del art. 240 del Código penal portugués se ha inclinado por la generalización del medio empleado, con una formulación simple, mientras que el Código penal español ha optado por todo lo contrario.

²¹²¹ PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, p. 734 (remisión efectuada en p. 902). Retomaremos esta misma idea en el apartado «a.2) Elementos que configuran la agravación» *infra*.

²¹²² En detalle, véase el apartado «3.2.3.2. Hitos destacados con la llegada del s. XXI. Hacia la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, con aplicación indiferenciada al entorno online-offline» *supra*.

²¹²³ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Creación de una sociedad de la información* (2001), pp. 16 y 33. Avalando lo que adelantaba el texto anterior, véase también CONSEJO DE LA UE, *Declaración del Consejo* (2001).

²¹²⁴ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Propuesta de Decisión-marco* (2001).

un listado de delitos de carácter racista y xenófobo (art. 4) para que los Estados miembros los fueran incorporando a sus respectivas legislaciones, de tal forma que se castigaran con “*sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias*” (art. 6.1). Cualquiera de esas conductas, como pudiera ser el caso de la incitación pública a la violencia o al odio por motivos racistas o xenófobos, debían quedar reflejadas como delito con independencia del medio en que se llevaran cabo (art. 4). El memorándum explicativo ayudaba a disipar toda duda al respecto: “*El artículo [art. 4 de la propuesta] abarca situaciones en las que la conducta se lleve a cabo por cualquier medio, incluido un sistema informático. Es necesario garantizar que las disposiciones penales de los Estados miembros se apliquen a los contenidos racistas y xenófobos en Internet. El enfoque adoptado se basa en el principio de que «lo que es ilegal offline sigue siendo ilegal online»*”²¹²⁵. Un tratamiento diferenciado, simplemente, no era una opción a valorar. El camino era otro, por mucho que el legislador español innovase –en exceso– al prever un subtipo agravado que se activa cuando cualquier conducta de los tipos básicos se cometa a través de Internet.

Quizás, más dudas genera el hecho de que la propuesta inicial de la Comisión hiciera referencia dentro de ese catálogo de delitos a “*la difusión o la distribución pública mediante escritos, imágenes u otros soportes*” que contengan manifestaciones racistas o xenófobas (art. 4.e); resaltado añadido), mientras que este elemento simplemente desaparece de la DM 2008/913/JAI (2008) cuando se refiere a “*la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales*” (art. 1.b) de la DM 2008/913/JAI). Pero la cuestión es que, en este segundo caso, la conducta consta expresamente relacionada con actos de “*incitación pública a la violencia o al odio*” (art. 1.b) en relación con art. 1.a) de la DM 2008/913/JAI). Salvando las distancias, ya que se trata de un equivalente hipertrofiado del caso español, el art. 510.1.b) CP omite de lleno toda referencia al rasgo público de la conducta, incluso al momento de asociarla con la incitación²¹²⁶ que prevé el art. 510.1.a) CP²¹²⁷. Esto es algo insólito ya que, aparentemente, nada hubiera costado al legislador español introducir esa cuña lógica y nada comprometedora. Más bien todo lo contrario, puesto que lo que se compromete ahora es la redacción del vigente art. 510.1.b) CP y su

²¹²⁵ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Proposal. Explanatory* (2001), p. 8 (traducción propia).

²¹²⁶ Recuérdese que el art. 510.1.b) CP sanciona a “*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 (...)*”.

²¹²⁷ Recuérdese que el art. 510.1.a) CP sanciona a “*quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia (...)*”.

ligazón con el tipo cualificado del art. 510.3 CP. Es decir, se instala en el operador jurídico la duda de si ese “olvido” del legislador sirve para sortear la vulneración del principio *non bis in idem* en el caso del art. 510.1.b) CP agravado vía art. 510.3 CP, o si simplemente el legislador era consciente que la distribución o difusión ya implicaban implícitamente la publicidad de la conducta. La duda, en este segundo supuesto, va si cabe más allá, puesto que el legislador emplea una extraña y sorprendente variedad de verbos típicos sin orden ni concierto. Es decir, emplea verbos que conectan con las diferentes fases de la cadena de difusión del material incitador. En cualquier caso, esta concurrencia abigarrada de verbos típicos impacta muy negativamente en la previsibilidad de la conducta y la seguridad jurídica del ciudadano, que es incapaz de comprender *ex ante* si algo está o no proscrito.

Por salir del ámbito de la Unión Europea, otra referencia interesante que se ha hecho –en el lugar que le correspondía de este estudio– incidía también en un tratamiento indiferenciado de la conducta respecto al canal comisivo (online/offline). Una Declaración Conjunta (2018), adoptada por el Relator Especial de NN.UU. sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la OSCE, el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, y el Relator Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la CADHP, destaca por la claridad del mensaje que se quería transmitir: “*Los Estados deben abstenerse de adoptar leyes innecesarias o desproporcionadas que penalicen o impongan sanciones más severas a la expresión en línea (online) que a su equivalente fuera de línea (offline)*” (art. 3.b) de la Declaración). Además, acto seguido, se declara que “*el alcance de las restricciones aplicables específicamente a las comunicaciones digitales debe limitarse a actividades que sean nuevas o fundamentalmente diferentes en su forma digital (como el spamming)*” (art. 3.c) de la Declaración)²¹²⁸. En línea con todo lo anterior, siguiendo de cerca un conocido caso dirimido en la Corte Suprema de los Estados Unidos y con el que abríamos este *Bloque III* del estudio, FAYOS GARDÓ postula ya en 1997 que es un error tratar de regular un

²¹²⁸ Por otro lado, en otra Declaración Conjunta (2003) mucho anterior en el tiempo, el Relator Especial de NN.UU. sobre la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante sobre la Libertad de Prensa de la OSCE y el Relator Especial sobre Libertad de Expresión de la OEA ya habían declarado que “*las leyes específicas sobre medios de comunicación [impresos, de radio y televisión, y el Internet] no deben reproducir restricciones a los contenidos que ya están previstas en otras leyes, ya que esto es innecesario y puede ser objeto de abuso*”. Este tipo de restricciones son “*problemáticas*”. Véase: OSCE, *Joint Declaration* (2003); OSCE, *Joint Declaration* (2018).

campo como Internet con legislaciones específicas existiendo otras más generales, a no ser que las primeras sean «estrictamente necesarias y ajustadas a una finalidad legítima»²¹²⁹. Queda claro, por tanto, que difícilmente estaría justificada la incorporación un precepto penal *ad hoc* para el discurso de odio online, y mucho menos la imposición de penas más severas en paralelo a un tipo básico de discurso de odio offline. Esto es, en esencia, de lo que disponemos actualmente con el art. 510.3 CP²¹³⁰.

Por lo demás, antes de que el art. 510.3 CP entrara siquiera en vigor y, por tanto, a la espera de observar su grado de implementación práctica, la expectativa era que traería consigo un efecto disuasorio para el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión. Más aún, refiriéndose al subtipo agravado del futurible art. 510.3 CP, LASCURAIN SANCHEZ advierte de que el efecto desaliento es si cabe mayor, puesto que castigar el exceso verbal punible con mayor contundencia, teniendo presente además la frontera tan difusa que separa el ejercicio del derecho fundamental de su castigo penal, equivale a un retraining ciudadano casi seguro²¹³¹. En suma, existirá por un lado una quiebra de confianza ciudadana en que su acción vaya a estar realmente protegida por un derecho con rango constitucional como el de la libertad de expresión. Por otro lado, en caso de quedar desprotegida, existirá una reacción punitiva lo suficientemente adversa como para que alguien se replantee actuar de la forma en que pensaba hacerlo. A pesar de todo, la sensación era la de estar ante una forma de legislar inopinada y, por tanto, sin que el poder legislativo se hubiera detenido un instante a conocer cuál era realmente la dimensión y el impacto real del nuevo fenómeno que se estaba regulando con esta agravación penológica común a todos los tipos básicos del art. 510 CP²¹³².

²¹²⁹ FAYOS GARDÓ, “El nuevo mercado de las ideas”, p. 241. Citando la anterior contribución, véase también BOIX PALOP, “Libertad de expresión”, p. 156.

²¹³⁰ Retomaremos esta misma idea en el apartado «a.2) Elementos que configuran la agravación» *infra*.

²¹³¹ En general, tomando el art. 510 CP como ejemplo de esta problemática en su máxima expresión, la cual como decimos sería capaz de agravar todavía más el tipo cualificado del art. 510 3 CP, se reproducen a continuación unas breves palabras de LASCURAIN SANCHEZ: «[S]i es brumosa la frontera que separa el ejercicio de un derecho fundamental de su exceso nada menos que delictivo, la caída por el barranco, penal y mal señalizado, frenará los sanos paseos por la plaza pública que la democracia necesita de los ciudadanos. Lo que harán los ciudadanos es no ejercitar sus derechos fundamentales para no sufrir una pena. Y esta pasividad es la que podrá incentivar el Proyecto con alguno de sus nuevos delitos». En detalle, véase LASCURAIN SANCHEZ, «¿Vale la pena la reforma?», pp. 18-20. Para otra referencia temprana acerca de este efecto desaliento asociado al art. 510.3 CP, véase ARCI, *Hate crime and hate speech in Europe* (2015), pp. 61 y 246.

²¹³² Por ejemplo, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ anticipaba en 2014 la falta de atención a estudios empíricos sobre el fenómeno del ciberodio, siendo este extremo obviado como decimos, pero, de haberse querido, fácilmente subsanable por la política legislativa penal. Sin duda, conocer la envergadura del fenómeno al que nos enfrentamos como sociedad ofrece claves para disponer de programas de acción, incluso –o, sobre todo– en términos preventivos y alejados de lo penal. Este autor también apunta a un cambio de

A día de hoy, la única realidad conocida es que este tipo cualificado del art. 510.3 CP apenas se ha aplicado²¹³³. De este modo, en las líneas que siguen cobrará un interés especial poder llegar a confirmar cuánto había de cierto en este augurio inicial sobre su efecto disuasorio ciudadano, así como llegar a identificar otras posibles causas que aclaren su exigua practicidad. Asimismo, se prestará atención al eco y recorrido que haya podido generar en la doctrina española el argumento relativo a la vulneración del principio *non bis in idem* entre el tipo básico y el cualificado, como ya se hiciera notar en sede parlamentaria, al menos al hilo del debate sobre el tipo cualificado equivalente del delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo. Esa posible vulneración del principio *non bis in idem*, a su vez, dependerá en buena medida de dónde y, en su caso, de cómo entendamos que opera el elemento de publicidad en las conductas del art. 510 CP. Todo ello tendrá cabida en el apartado siguiente.

3.3.3.2. Estudio doctrinal y jurisprudencial (art. 510.3 CP)

Para empezar, es bueno constatar que ni doctrina ni jurisprudencia acostumbran a detenerse en exceso para comentar sus términos o justificar de forma razonada su aplicabilidad. Cuando lo hacen, eso sí, se deja notar una incredulidad general seguida de cierta crítica a la labor del legislador al regular esta materia. Las críticas, como veremos, coinciden en su mayoría con algunas que ya han sido planteadas a lo largo del apartado anterior.

a) Doctrina española: ¿un desatino legislativo?

A efectos de ordenar la exposición de ideas que sigue, trataremos de diversificar esfuerzos en el análisis de la doctrina española alrededor de esta circunstancia agravante específica. En primer lugar, la atención se focalizará en las diferentes propuestas que se derivan respecto al fundamento de tal agravación. Una agravación especial que, como se

significancia social del discurso de odio con la entrada en escena de las modernas formas de comunicación. Este cambio, en concreto, habría avivado el debate sobre la incidencia real del fenómeno del ciberodio, pudiendo existir una apariencia de gravedad mayor en el imaginario social que la que realmente se estaría documentando. De ahí la imperiosa necesidad de disponer y hacer uso de estudios empíricos por parte de los poderes públicos a la hora de legislar. En detalle, véase RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, “El ámbito de aplicación”, pp. 187-188 y 219-225. Por ejemplo, para conocer un estado de la cuestión de actualidad sobre el fenómeno del ciberodio, nos remitimos aquí a SIEGEL, «Online hate speech», *passim*.

²¹³³ Aun así, todo apunta a que seguirá con nosotros. Sirva como referencia el *Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia* (2020), el cual mantuvo inalterada la redacción de este subtipo agravado a pesar de prever otras modificaciones para el art. 510 CP en general. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, XIV Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de junio de 2020, Núm. 22-1, pp. 45-46.

verá, depende por completo de los tipos sobre los que se proyecta. De esta forma, importa y mucho conocer hasta donde llega su aplicabilidad real, lo que empuja a realizar algún ejercicio de encaje típico. En segundo lugar, se abordará la terminología exacta que se emplea en la redacción de precepto y, en concreto, qué entiende la doctrina por nociones tan vagas como las de «medio de comunicación social», «tecnologías de la información» o «elevado número de personas». A esto se sumará unas breves notas de derecho comparado especialmente adecuadas por sus semejanzas con la formulación española. Sabido todo lo anterior, se estará en disposición de reflexionar sobre la procedencia o no de depurar la formulación del precepto en los términos en que actualmente está redactado.

a.1) Fundamento de la agravación para un claro «delito circunstanciado»

La búsqueda de una explicación mínimamente razonada para la agravación que contienen el art. 510.3 CP no es simple. Las voces doctrinales que se han pronunciado suelen ser parcas en detalles o reiterativas en argumentos. Pero ello no obsta para que existan propuestas interesantes y/o sugerentes que buscan salvar una técnica legislativa, según el sentir general, bastante desconcertante.

Para empezar, LAMARCA PÉREZ entiende que es discutible la presencia de este precepto, dado que su seña distintiva es prever la comisión del tipo básico por medios que faciliten la publicidad, siendo esto último algo inseparable de todas y cada una de las conductas sobre las que se proyecta. El tipo objetivo de tales conductas ya requiere que se satisfaga el elemento de publicidad. Además, lo cierto es que tampoco cabe justificar la agravación del art. 510.3 CP aduciendo que existen ciertos medios a los que puedan llegar a acceder un elevado número de personas. Esto no parece suficiente a ojos de esta autora, toda vez que los «modernos usos de divulgación» implican precisamente eso²¹³⁴. Y con mayor razón en el caso de Internet, puesto que se pierden de vista las variables dinámicas de espacio-tiempo²¹³⁵, tal y como las conocemos. Prácticamente en cualquier momento y en cualquier lugar de la red es posible, además de realista, pensar que un contenido puede «despertar» el interés de una comunidad más o menos amplia de usuarios, o de la sociedad en su conjunto.

²¹³⁴ Esta autora ha sostenido esta opinión desde la entrada en vigor de la LO 1/2015 (y, por tanto, desde la nueva redacción dada al art. 510 CP). Véase, como muestra, lo contenido en la versión más actualizada hasta la fecha de su manual de referencia: LAMARCA PÉREZ, «Tema 24. Delitos» (2020), p. 1000.

²¹³⁵ En esta línea, véase un comentario similar en GORJÓN BARRANCO, *Ciberterrorismo*, p. 226.

Según entendemos, el uso actual de unos canales que representan la normalidad comunicativa cuasi absoluta en términos sociales²¹³⁶ difícilmente podrán constituir una excepción en términos jurídico-penales vía agravaciones de penas²¹³⁷. Un subtipo agravado, por muy natural que pueda resultar su aplicabilidad, no puede llegar al extremo de desbancar al tipo básico. Se trata de un elemento accidental del delito (*accidentalia delicti*) que no condiciona la existencia de este último ni debe tener siempre relevancia penal. Estos accidentes del hecho delictivo son características especiales que fundamentan el merecimiento de una pena mayor (marco penal especial), en virtud de un mayor desvalor que, al modificar el injusto penal del tipo básico, incide también en el principio de proporcionalidad²¹³⁸. Estamos, en definitiva, ante lo que ALONSO ÁLAMO denominara como «delito circunstanciado»; es decir, la circunstancia no gana

²¹³⁶ No en vano, SÁEZ VALCÁRCEL se refiere a una «civilización mediática revolucionada por internet y las redes sociales, con su instantaneidad, nerviosismo y urgencia». Incluso, podría añadirse, en el mundo anglosajón se ha llegado a hablar de «civilización massmediática» (*mass-mediated civilization*). SÁEZ VALCÁRCEL, “La libertad de expresión”, p. 2.

²¹³⁷ Este subtipo agravado del art. 510.3 CP representa precisamente eso, la regla general. Ello se debe también a lo que entendamos por medio de comunicación social, que como veremos más adelante, es un concepto muy abierto. Véase una crítica sobre la normalidad comunicativa que representan estos medios para gran parte de la sociedad en CUERDA ARNAU, «Lección XL. Delitos contra la Constitución», p. 756. Véase también, haciéndose eco de lo anterior: CORRECHER MIRA, “Discurso del odio”, p. 178; CORRECHER MIRA, “La banalización”, p. 120; TAPIA BALLESTEROS, “El discurso de odio”, p. 307.

²¹³⁸ De hecho, la Fiscalía General del Estado entiende que el art. 510.3 CP incide en exceso en el principio de proporcionalidad, puesto que crea un régimen punitivo demasiado severo ante conductas que pueden no merecer esa entidad de castigo. Para ese tipo de conductas, la FGE habla de la necesidad de observar aspectos tales como el “*contexto, contenido, ausencia de reiteración o características o circunstancias personales del autor*”. En su gran mayoría, los casos de ciberodio son producto de la impulsividad de un ciudadano corriente, que se deja llevar a golpe de *click*. Sin ser personas pertenecientes a grupos u organizaciones criminales, la realidad es que el art. 510.3 CP, en relación con el art. 510.1 CP, fijará forzosamente una pena mínima de 2 años, 6 meses y un día de prisión (tramo superior de la pena de referencia), lo que comporta en todo caso el ingreso en prisión. El verdadero peligro deviene de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, incluidas las específicas como es el caso del art. 510.3 CP, son elementos que conforman el tipo penal. Por esta razón, recuerda PÉREZ ALONSO, son de apreciación obligatoria siempre y cuando se cumplan sus presupuestos típicos. Un juez no puede aplicar una pena del tipo básico si objetivamente procede aplicar la pena graduada conforme al tipo cualificado. Ello será así, incluso, a pesar de que «concurran determinados motivos de especial trascendencia que aconsejaran, por razones preventivas, la no apreciación de la agravación». La técnica de redacción del art. 510.3 CP, en concreto, parece ser taxativa en este sentido, no estableciendo un listado reglado de ejemplos en cuanto a los medios a emplear para poder aplicarse, por lo que se cierra el paso a un mayor margen de apreciación por parte del juzgador. Es una circunstancia que contiene elementos típicos terminantes o definitivos, al margen de que ciertos conceptos empleados en el art. 510.3 CP sean indeterminados en alcance, seguramente para poder dar cabida al desarrollo tecnológico presente y futuro. La propuesta de la FGE está encaminada a corregir este desequilibrio en la proporcionalidad de las penas que, como decimos, son de apreciación obligatoria. Por ello, la FGE sugiere la posibilidad de incorporar “(*...*) *penas de prisión de inferior duración a las ya previstas o penas diferentes a la prisión como multas, pérdida de derechos políticos, o trabajos en beneficio de la comunidad relacionados con el delito cometido y que permitan su reinserción social mediante el conocimiento y la aceptación de sus víctimas, como por ejemplo la obligación de visitar uno o más memoriales del Holocausto o desempeñar actividades en entidades y colectivos que representan a las víctimas*”. En detalle, véase: FGE, *Memoria* (2018), pp. 970-971; PÉREZ ALONSO, *Teoría general*, pp. 117-118. Una referencia a la propuesta correctora dada a conocer por la FGE también está reflejada brevemente en ROIG TORRES, *Delimitación entre libertad*, pp. 14 y 221.

especificidad propia, ni como figura delictiva ni tampoco penológicamente. Lo que realmente se modula es la pena legalmente establecida en el tipo básico (mitad superior), por lo que subsiste una relación de absoluta dependencia²¹³⁹. En suma, el legislador peca de ingenuidad y/o de imprudencia, al desatender el factor de la habitualidad en los canales de comunicación modernos. No parece correcto pensar que el reflejo normativo de esa habitualidad pueda constituirlo un elemento accidental del delito, al margen de que parezca evidente que el propio delito precisa de publicidad²¹⁴⁰.

Lo que sí parece claro es que la publicidad por razón del medio empleado, en virtud del art. 510.3 CP, modulará la conducta típica y antijurídica (injusto penal). Según VIDAL HERRERO-VIOR, la publicidad propia de un elemento medial como las TIC permite que las conductas tradicionales (p.ej.: discurso del odio o injurias/calumnias) adquieran en el ciberespacio unas características también propias que pueden fundamentar la agravación. Estas características son el uso de un medio, modo o forma de delinquir que tiende a lograr mayor impunidad –o, al menos, mayor sensación de impunidad– y disminuir de esta forma la posibilidad de defensa de la víctima²¹⁴¹.

Otros autores, en cambio, para defender el sentido aplicativo del art. 510.3 CP, emplean diferente terminología para marcar distancia con respecto al carácter público de algunas de las conductas punibles contenidas en los arts. 510.1 y 510.2 CP. En concreto, recuérdese que el art. 510.1.a) y c) se referían a conductas que sean realizadas “*públicamente*”, mientras que el art. 510.2.b) aludía a conductas realizadas “*por cualquier medio de expresión pública*”. Pues bien, salvo contadas excepciones²¹⁴², algunos autores se afanan por subrayar la especialidad de la publicidad a la que alude el

²¹³⁹ Ampliamente, véase ALONSO ÁLAMO, *El sistema*, pp. 268-269 y 313-327.

²¹⁴⁰ En este sentido, DE PORRES ORTIZ DE URBINA pone encima de la mesa las dudas legítimas que genera el hecho de que la que la reforma por LO 1/2015 haya incorporado el discurso de odio online precisamente como agravación penológica y, lo más importante, «sin establecer matices sobre su aplicación». Y es que, para este autor cuya reflexión comparto, la publicidad contenida en el tipo básico ya de por sí tendrá lugar «en muchas ocasiones», y dentro de ellas las «más frecuentes» valiéndose el autor de las nuevas tecnologías. DE PORRES ORTIZ DE URBINA, «El delito de discurso», p. 287.

²¹⁴¹ VIDAL HERRERO-VIOR, *Delincuencia juvenil*, pp. 128-129.

²¹⁴² Por ejemplo, el *Grupo de Estudios de Política Criminal* (GEPC) ha sido categórico al proponer un cambio de *lege ferenda* que pasa por suprimir la regulación actual. La razón es que no puede valorarse el elemento de la publicidad al aplicarse el tipo básico y, acto seguido, al aplicarse un elemento accidental que agrava la pena. La publicidad que preocupa y ocupa al art. 510.3 CP es inherente a las conductas punibles del art. 510.1 y 510.2 CP. Por ello, el GEPC propone que el art. 510.3 CP contenga una definición de lo que deba entender por publicidad dentro del art. 510 CP: “*Será pública aquella manifestación que haya sido accesible a un elevado número de personas mediante el uso de cualquier medio de expresión pública, de difusión o de comunicación social, internet o tecnologías de la información*”. Véase GEPC, *Una propuesta alternativa*, pp. 39-40.

art. 510.3 CP, en un intento de salvar una lectura coherente de conjunto. Por ejemplo, JUDEL PRIETO denomina «publicidad determinada»²¹⁴³ a la contenida en el art. 510.3 CP; es decir, una publicidad específica por razón del medio empleado. GÓMEZ MARTÍN, en cambio, resalta que es una publicidad propia de «sistemas objetivamente adecuados» (p.ej.: internet, radio, televisión o prensa escrita) para llegar a la ciudadanía de forma masiva (número indeterminado pero extraordinario de personas)²¹⁴⁴, y no una publicidad que esté –simple y llanamente– ligada a cualquier medio de comunicación pública. De esta forma, el art. 510.3 CP parece dejar fuera de su órbita de acción únicamente aquella comunicación pública realizada en actos como ponencias, conferencias, charlas o mítines políticos con un auditorio más o menos amplio, pero nunca masivo. Por tanto, este tipo de supuestos serían los que el autor entiende que quedarían encauzados a través de la publicidad –si se quiere, ordinaria– del art. 510.1.a) y c) y 510.2.b) CP²¹⁴⁵. Pero no sólo lo entiende este autor así, ya que la Fiscalía General del Estado, a través de su *Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del CP* (2019), absorbe todo este planteamiento²¹⁴⁶.

²¹⁴³ JUDEL PRIETO, «Tema 57», p. 789.

²¹⁴⁴ Como apunta MIRÓ LLINARES, es indudable que cobrarán fuerza algunas variables ambientales a la hora de evaluar la publicidad del contenido difundido. Variables como las que siguen pueden operar en una red social y servir a efectos de medir el carácter público de un mensaje: i) si se ha configurado o no la privacidad de un perfil, no siendo accesible para cualquiera; ii) el número de seguidores de una cuenta; iii) el número de retuits alcanzados; y iv) habitualidad en la actividad de generar o difundir contenidos similares. Es por ello que debemos hablar, en términos generales, de una adecuación objetiva de Internet para lograr un alcance masivo de destinatarios. Incluso, aunque jueguen variables como la de un perfil cerrado (o con acceso restringido) en una red social, TAMARIT SUMALLA entiende que puede seguir manteniéndose que opera la publicidad propia del art. 510.3 CP, en la medida en que sigue siendo posible alcanzar un «amplio y relativamente indeterminado» número de personas. En nuestra opinión, quizás lo peligroso sea que, en función de estas variables ambientales, se determine una mayor gravedad del hecho y que ello resulte clave además para justificar un mayor merecimiento de pena en forma de tipo cualificado. Si bien observar estas variables para dibujar la gravedad del hecho pudiera ser una práctica habitual por parte de nuestros jueces y tribunales, como bien observa MIRÓ LLINARES, entendemos que, aunque tentadora, la graduación de la publicidad no resulta ni conveniente ni convincente para la aplicación de un subtipo agravado. El dinamismo de Internet favorece la falta absoluta de previsibilidad de la sanción que corresponde a prácticamente cualquier conducta, por más inocua que parezca. Véase: MIRÓ LLINARES, «Derecho penal y 140 caracteres», p. 24; TAMARIT SUMALLA, «Comentario al artículo 510 CP», p. 1665; TAMARIT SUMALLA, «Los delitos de odio en las redes sociales», pp. 20-21.

²¹⁴⁵ Véase, indistintamente: GÓMEZ MARTÍN, «Comentario al artículo 510 CP» (2015), pp. 1604-1605; GÓMEZ MARTÍN, «V. Delitos de discriminación (arts. 510-512)» (2015), p. 210; AGUILAR GARCÍA (dir.), *Manual práctico* (2015), pp. 206-207; GÓMEZ MARTÍN, «Incitación al odio y género», pp. 15-16; GÓMEZ MARTÍN, «Incitación al odio y a la discriminación», pp. 200-201; GÓMEZ MARTÍN, «Los delitos de odio en las redes sociales», pp. 18-19; GÓMEZ MARTÍN, «Delictos d'odi a Twitter i Facebook», p. 40; GÓMEZ MARTÍN, *Delitos de discriminación*, pp. 178-179; GÓMEZ MARTÍN, «Incitación al odio y género», p. 192; GÓMEZ MARTÍN, «V. Delitos de discriminación (arts. 510-512)» (2019), pp. 224-225; GÓMEZ MARTÍN, «Delitos de odio y Derecho penal de autor», pp. 112-113. Este mismo planteamiento, en idénticos términos, viene recogido en MARQUINA BERTRÁN, «Los delitos de odio», pp. 352-353.

²¹⁴⁶ FGE, *Circular 7/2019* (2019), pp. 62-63 y 84.

Aparte de tratar de ordenar sistemáticamente el art. 510 CP, siguiendo palabra por palabra la posición defendida por GÓMEZ MARTÍN, la Fiscalía va más allá. Lo primero habla de «difusión mediática» cuando en realidad quiere hablar de la dimensión especial que cobra el elemento de publicidad en el art. 510.3 CP. Para evitar confusión con la publicidad que consta en las diferentes conductas de los arts. 510.1 o 510.2, contraponen ese término anterior con el de «difusión pública»²¹⁴⁷. Pero más allá de las etiquetas, la Fiscalía sitúa la razón de la agravación del art. 510.3 CP en “(...) *el aumento de la potencialidad del perjuicio causado a la/s víctima/s mediante la utilización de un medio de comunicación masivo*”. Precisamente, serían los medios destacados en ese precepto (instrumentos de comisión delictiva) los que más y mejor contribuyen a “(...) *una enorme potencialidad expansiva susceptible de generar un aumento del perjuicio a las víctimas de los delitos, lo que supone un mayor desvalor de la acción*”. Por tanto, parece claro que para el legislador existen medios concretos que pueden generar un «efecto altavoz» que potencie aún más la peligrosidad de las conductas punibles²¹⁴⁸. De hecho, se dice, esa potencialidad descontrolada tan característica de algunos medios no implicará que automáticamente se aplique la agravación de la pena cuando se haga uso de los mismos²¹⁴⁹. En otras palabras, “(...) *no basta con la posibilidad teórica que ofrecen estos medios para la potencial difusión de contenidos*”, se requiere probar algo más. Y ese algo más no consiste en verificar el número exacto de personas que han accedido a algún contenido en línea. Se trata más bien de probar “(...) *que un número indeterminado de personas haya tenido la posibilidad real de haber accedido al mensaje difundido masivamente*”²¹⁵⁰.

²¹⁴⁷ FGE, *Circular 7/2019* (2019), pp. 42, 60 y 84.

²¹⁴⁸ De hecho, no sólo se vuelven más peligrosas las conductas en sí, sino que se multiplican también las posibilidades de que las palabras calen y produzcan, en último extremo, los resultados indeseados a los que apuntan tales conductas (p.ej.: reacciones hostiles o violentas). Véase: CAMARERO GONZÁLEZ, «Delitos de odio», p. 2812; PÉREZ CEPEDA, «Lección XXVI», p. 614; ROIG TORRES, «Los delitos de racismo», p. 1271.

²¹⁴⁹ Ese riesgo –siempre latente– que parece que conlleva Internet con su efecto altavoz para mensajes disidentes podría tratarse en realidad de una consecuencia no sólo deseable por salud democrática, sino también necesaria. BOIX PALOP insiste en esta idea, puesto que todo mensaje debe tener su espacio y protagonismo, siquiera para ser rebatido. De esta forma, cabe referirnos a ese riesgo como ficticio o aparente, puesto que es el resultado de una de las características más beneficiosas que trae consigo Internet: facilitar el pluralismo de ideas y dar voz a quien, en otras circunstancias, no la tendría. Internet no hace que el contenido del mensaje sea menos admisible en términos constitucionales. En nuestra opinión, siguiendo a este autor, Internet genera la ilusión óptica de un riesgo mayor, que no es tal, pero sobre todo nos hace perder de vista el beneficio comunicativo real y efectivo que procura. La ficción, en todo caso, parece que sigue ganando terreno a la realidad. BOIX PALOP, “La construcción de los límites”, p. 64

²¹⁵⁰ En detalle, véase FGE, *Circular 7/2019* (2019), pp. 62-63 y 84.

Por tanto, dos requisitos saltan a la vista. En realidad, parecen dos caras de la misma moneda lo que debe probarse. En primer lugar, el mensaje ha de haberse difundido de forma indiscriminada o masiva. Y, según alguna resolución judicial que abordaremos en detalle donde corresponda, se requeriría que esa proyección tan amplia fuese buscada²¹⁵¹, es decir, que quede abarcada por el dolo de autor. Sin embargo, la difusión no sólo se observará en origen, es decir, examinando el acto iniciado por el autor material (comunicador primario) del mensaje, sino que cualquier difusor mediato (comunicador derivado) retuiteando algún contenido también puede con su acción lograr una «difusión mediática», no sólo pública²¹⁵². Por tanto, nada importa que el comunicador primario hubiere o no conseguido esa difusión masiva inicialmente²¹⁵³, puesto que un comunicador derivado podrá en todo momento dotar al mensaje de esa proyección potencial comunicativa amplia e indeterminada²¹⁵⁴. En segundo lugar, un número indeterminado de receptores deben haber podido, de así haberlo querido y sin que medien impedimentos técnicos que limiten su voluntad, acceder al contenido del mensaje difundido masivamente.

Hasta ahora los esfuerzos parecen haber estado encaminados a diseñar un concepto de publicidad alejado del que ya recogen expresamente los arts. 510.1.a) y c) y 510.2.b) CP en su redacción. Pues bien, también hay quien propone acotar la aplicabilidad del tipo cualificado a aquellas conductas que no recojan este elemento en su formulación²¹⁵⁵. Frente a esta tesis, se podría mencionar un inconveniente de cierta envergadura. Este inconveniente tiene que ver con la *mens legislatoris*. En efecto, el prelegislador lo que decidió agravar desde un inicio en los diferentes textos de los Anteproyectos era simplemente las diferentes etapas de la cadena de difusión del material incitador

²¹⁵¹ Según se extrae de la STS 72/2018, de 9 de febrero, “*la fundamentación de la agravación radica en la proyección, buscada por el autor, del mensaje que se emite*” (FJ Único). Se hace eco de lo anterior, entre otras, GARROCHO SALCEDO, «Delitos relacionados», p. 2000.

²¹⁵² FGE, *Circular 7/2019* (2019), p. 63.

²¹⁵³ Ahora bien, para casos en que un mensaje se haga masivo por la viralización de terceros, pero que es consecuencia de la imprudencia inconsciente del comunicador primario (es decir, que el sujeto no había advertido en origen el peligro real de su conducta), parece sensato pensar que no sea aplicable la agravante del art. 510.3 CP. En otras palabras, el autor del mensaje debió prever al momento de publicarlo que, por mínima que fuera, existía la posibilidad de un acceso masivo a su lectura. De esta opinión es: LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, p. 86; LANDA GOROSTIZA, «El discurso de odio criminalizado», p. 249; DE PORRES ORTIZ DE URBINA, «El delito de discurso», p. 287.

²¹⁵⁴ Esto se ve claro en la STS 706/2017, de 27 de octubre, que dispone que “*(...) no es necesario (...) que el acusado asuma como propio, razone o argumente (...) su mensaje, ni tampoco que sea el recurrente el que lo haya creado, basta que de un modo u otro accedan a él, y les de publicidad, expandiendo el mensaje a gran cantidad de personas*” (FJ 1).

²¹⁵⁵ DEL ROSAL BLASCO, «Capítulo 62. Delitos contra la Constitución», pp. 1428-1429.

(actualmente: art. 510.1.b) CP) o del material que difama a colectivos vulnerables (actualmente: art. 510.2.a) CP)²¹⁵⁶. Se imponía la agravación de la pena simplemente por “*la difusión*” de los contenidos recién referidos, siempre que se hubiera llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de Internet, o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que aquél se hiciera accesible a un elevado número de personas (art. 510.2.a).II según quedaría redactado el CP/1995). Justamente, resulta que la difusión de tales contenidos a través de esos concretos medios de comunicación de masas resultaría ser hoy la única conducta que no lleva incorporada expresamente el elemento de publicidad en su redacción dada por LO 1/2015 (arts. 510.1.b) y 510.2.a) CP)²¹⁵⁷. Por tanto, resulta cuando menos curioso observar cómo la conducta inicialmente planeada por el prelegislador para que opere en ella la agravación de la pena resulta ser la única que obvia el legislador a través de la LO 1/2015²¹⁵⁸. Quizás, después de todo, verbos típicos como el de *difundir* lleven implícito el carácter público de la conducta²¹⁵⁹, o el de *producir* material precise de un componente de masividad (sustanciales cantidades de material producido)²¹⁶⁰ que sea equiparable, salvando las distancias, al alcance que otorga la publicidad en otras conductas más adelantadas como, por ejemplo, la propia difusión del material.

²¹⁵⁶ La única mención verdaderamente fugaz al Anteproyecto por parte de la doctrina, dejando al menos una mínima constancia escrita de este aspecto tan chocante y curioso, la encontramos en MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios*, pp. 1516-1517.

²¹⁵⁷ En un intento de *lege lata* por salvar esta disfuncionalidad, LANDA GOROSTIZA apunta a la demostración no ya de masividad, sino de una «especial masividad» en la producción, elaboración, etc. de material incitador o difamatorio (arts. 510.1.b) y 510.2.a) CP) en el caso del art. 510.3 CP, lo que conllevará un impacto sobre la audiencia de una entidad también extraordinaria. LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, p. 87.

²¹⁵⁸ Más aún, de entre las conductas que llevan aparejada tal agravación, PORTILLA CONTRERAS destaca la posible incoherencia que supondría agravar las incitaciones directas o indirectas (art. 510.1.a) CP) debido únicamente a la gran capacidad de difusión de ciertos medios. En estos casos, parece claro que opera el principio de inherencia, ya que estamos ante una publicidad que forma parte ya del hecho delictivo. No siendo más que una conjetura, creemos que pudiera ser perfectamente posible que el prelegislador hubiera tenido esto presente en su día, no así el legislador. PORTILLA CONTRERAS, «La represión penal», p. 410.

²¹⁵⁹ Así parece entenderlo VÁZQUEZ IRUZUBIETA, cuando apunta a que la difusión implicará normalmente el uso de medios de comunicación masivos, entre los que, se sugiere, Internet podría considerarse como un medio especialmente idóneo a este fin. REBOLLO VARGAS, por su parte, aludía hace años a la importancia de diferenciar entre «medios de *difusión*» y «medios de *comunicación*». En concreto, sería el «flujo comunicativo» que circule, cuando menos, en una doble dirección (emisor-receptor, y viceversa; es decir, con intercambio de roles), lo que daría lugar a un canal de comunicación propiamente dicho (p.ej.: llamada telefónica). En cambio, la difusión conlleva una transmisión de información en un único sentido (flujo unidireccional), siendo un buen ejemplo de ello la televisión o la prensa escrita. Véase: VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código penal comentado*, p. 720; REBOLLO VARGAS, *La provocación*, pp. 118-120.

²¹⁶⁰ Sólo así sería posible sortear el principio de irrelevancia penal de la conducta a examen. A mayor abundamiento, sobre esta idea, nos remitimos aquí a lo desarrollado en el apartado «a.1) *La incitación pública grave y su cadena de difusión (arts. 510.1.a) y b) CP)*» *supra*.

a.2) Elementos que configuran la agravación

Antes de entrar en materia, recordemos una vez más la redacción dada por LO 1/2015 al nuevo art. 510.3 CP: “*Las penas previstas en los apartados anteriores [arts. 510.1 y 510.2 CP] se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas*” (art. 510.3 CP).

Como ya hemos apuntado más arriba²¹⁶¹, el art. 510.3 CP es un delito circunstanciado, cuya circunstancia o elemento accidental no compromete la existencia misma del delito. Este elemento tampoco dota al delito de especificidad o autonomía, por lo que no estamos ante una figura delictiva nueva. En otras palabras, el medio o canal comisivo no supone una puesta en peligro o lesión de un bien jurídico diferente al del tipo básico. Simplemente se opta por un merecimiento de pena mayor para un mayor desvalor de acción, logrando así mantener la proporcionalidad penal. En principio, pudiera parecer un planteamiento tan válido como cualquier otro, cuando menos en abstracto y sin concretar mucho más. No obstante, antes de ahondar un poco más en esta dirección, lo cierto es que no faltan voces críticas en la doctrina que estarían sugiriendo todo lo contrario.

Un caso claro es el de BOIX PALOP que, sin siquiera referirse al art. 510.3 CP, entiende que existe en la actualidad una especial inclinación legislativa por considerar que los «nuevos medios de expresión» generan «nuevos riesgos sociales» ante los que no cabe otra que responder de forma más severa. Ante esta constatación, este autor se muestra especialmente crítico. A su modo de ver, resulta evidente que las modernas vías de comunicación online constituyen «una forma más de expresión donde el canal empleado puede suponer ciertos matices, (...) pero no altera en lo sustancial la posición constitucional ni el análisis jurídico de los intereses en conflicto»²¹⁶². Más aún, no habría base jurídica que permita configurar un estándar diferente respecto a las formas tradicionales de expresión. Ciertamente es que, dentro de esos matices a los que se refería el autor, la capacidad de difusión más amplia que posibilita Internet, de concretarse de forma efectiva y lograrse una mayor publicidad *de facto*, generaría una peligrosidad mayor de la conducta para el bien jurídico protegido. Esta propagación efectiva resultaría ser tan

²¹⁶¹ Véase lo desarrollado en el apartado «a.1) Fundamento de la agravación para un claro «delito circunstanciado» *supra*.

²¹⁶² BOIX PALOP, “La construcción de los límites”, p. 64.

sólo un elemento más a valorar dentro de la gravedad del delito, pudiendo replicarse este criterio de evaluación en cualquier medio de expresión. En cualquier caso, según apunta BOIX PALOP, la percepción social de una mayor propagación, eficacia y peligrosidad de ciertos discursos, precisamente por ser vertidos online, no debe prejuzgar su gravedad y merecimiento de pena²¹⁶³. El legislador no puede ceder ante ese impulso, como parece que así podría haber sido en el caso del art. 510.3 CP.

Por todo lo anterior, según entendemos, este autor simplemente recuerda que un mayor desvalor de acción ya suele tenerse debidamente en cuenta en el juicio de desvalor de la conducta típicamente antijurídica, sin precisar de una agravación que endurezca la pena asociada a esa conducta. Siendo así, la clave no consistiría en comprobar que la conducta se ha llevado a cabo por unos medios concretos que favorecen la difusión masiva de contenidos (p.ej.: Internet), sino todo lo contrario. Es decir, lo importante es comprobar que ese mismo mensaje también hubiera dado lugar a una mayor difusión con absoluta independencia del medio concreto empleado. De confirmarse este extremo, se constataría también que existe una mayor gravedad de lo injusto. Todo ello, como se ha dicho, sin necesidad de crear subtipos agravados *ad hoc*, puesto que además de estar desaconsejados por diferentes instancias europeas e internacionales ahora vemos que tampoco son necesarios.

Pero una cosa es que no sean necesarios como técnica legislativa y otra que no sean constitucionalmente admisibles. En este sentido, aunque refiriéndose a los delitos de difamación e injurias, DE FARIA COSTA afirmaba que las conductas merecedoras de pena no son capaces de contener todo el universo de conductas punibles posibles; este sería el caso, según apunta este autor, de algunos «actos de puesta en peligro o de lesión de bienes jurídicos relacionados, no ya con la comunicación en su sentido primitivo o amplio, sino con la comunicación realizada a través de medios de comunicación concretos y particulares»²¹⁶⁴. Actos que, dada su singularidad, podrán dar pie a un endurecimiento de la pena por la forma más dañina en que se ejecuta la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Por tanto, el legislador atiende a una forma de ejecución *sui generis* que debe serlo siempre –y en todo caso– por «(...) el uso de un determinado medio de comunicación, en el sentido de instrumento técnico, en el sentido de *corpus*

²¹⁶³ Ampliamente, véase BOIX PALOP, “La construcción de los límites”, pp. 61-67.

²¹⁶⁴ DE FARIA COSTA, *Direito penal*, p. 41 (traducción propia).

physicum»²¹⁶⁵. Este y otros pronunciamientos doctrinales condujeron al Tribunal Constitucional portugués a declarar que la agravación de la difamación por cometerse a través de un “*medio de comunicación social*”, como así se contenía en el correspondiente precepto penal, no era inconstitucional²¹⁶⁶. Este concepto de «medio de comunicación social» es lo que también se contenía en el art. 240 del Código penal portugués (1995), estandarte de la lucha contra el discurso de odio en ese país, cuando la Fiscalía General del Estado española propuso en 2012 una redacción similar para el nuevo art. 510 CP español. No obstante, en nuestro país vecino, la referencia a “*cualquier medio de comunicación social o sistema informático destinado a la difusión*” no pretendía la agravación penológica²¹⁶⁷ que finalmente ha quedado reflejada en el actual art. 510.3 CP, sino que representaba una concreción más dentro de la tipicidad objetiva en el tipo básico. Se visibiliza una forma de lesión o puesta en peligro que, como ya dijimos en su momento, alcanza a comprender la televisión, la radio o incluso Internet. Es un canal que posibilita llegar a un número amplio de personas, pero no por ello conlleva un mayor desvalor de acción por razón del medio comisivo. De hecho, la visibilización legal de estos medios concretos de comisión delictiva llegaría hasta el año 2017, puesto que con la Ley núm. 94/2017 (en vigor desde el 21 de noviembre de 2017) el Código penal portugués (1995) pasa a referirse en términos genéricos a quien, “*públicamente, por cualquier medio destinado a la divulgación*”, lleve a cabo una serie de conductas de discurso de odio punible previstas en el tipo penal (art. 240).

De todo lo anterior, extraemos varias conclusiones de interés. Un modelo como el portugués no genera una duplicidad legal posiblemente innecesaria para acercarnos a un mismo fenómeno. Además de innecesaria, como ya hemos visto, también desaconsejada desde instancias europeas e internacionales²¹⁶⁸. La duplicidad surge, precisamente, al considerar el ciberodio como subtipo agravado, siendo el art. 510.3 CP del CP español un ejemplo claro de esto último. En cambio, el modelo portugués entendía el “*medio de comunicación social*” o el “*sistema informático*” como concreciones de técnica comisiva que imprimen un carácter indubitadamente público a la conducta. La equiparación entre “*publicidad*” y el medio empleado se refleja más nítidamente tras la reforma por Ley

²¹⁶⁵ DE FARIA COSTA, *Direito penal*, p. 45 (traducción propia).

²¹⁶⁶ Véase Acórdão nº 559/99/T. Const. (Processo nº 109/97), 19 de Outubro de 1999.

²¹⁶⁷ Una agravación de pena que, cabe insistir, salvó su conformidad a la Constitución portuguesa (1976) según el Tribunal Constitucional de ese país.

²¹⁶⁸ Véase lo desarrollado brevemente en el apartado «3.3.3.1. Aspectos reseñables en torno a los orígenes del art. 510.3 CP, necesidad del subtipo agravado y expectativas previas a su entrada en vigor» *supra*.

núm. 94/2017, al referirse el art. 240 del Código penal portugués (1995) a las conductas que se realicen “*públicamente, por cualquier medio destinado a la divulgación*”. Cuestión aparte merece también esta nueva redacción, ya que prescinde de dar la visibilidad que antes se daba a ciertos medios o canales concretos para la comisión del discurso de odio. Se tiende, al contrario que en el caso español, a generalizar o a hacer indistinguibles las formas y métodos de realización comisiva de la conducta (su formulación vigente, como decimos, no deja lugar a dudas sobre este aspecto: “*por cualquier medio destinado a la divulgación*”).

Centrándonos ya por completo en el art. 510.3 CP, la Fiscalía General del Estado establece en sus pautas de interpretación de este precepto lo que entiende por «medio de comunicación», refiriéndose a “*(...) cualquier instrumento utilizado para realizar el proceso comunicativo*”. Esto comprende, según se indica, un listado muy amplio y variado de medios, sin cerrar la puerta a nuevas formas de relacionarnos que puedan surgir en un futuro. A modo ilustrativo, en la actualidad, la Fiscalía habla de “*los tradicionales medios impresos (como periódicos, revistas o libros, pero también panfletos, folletos y posters) y los medios de comunicación audiovisuales y electrónicos (como radio, teléfono, televisión, grabaciones digitales de sonido e imagen, páginas webs, apps, correos electrónicos y una amplia gama de redes sociales y videojuegos)*”²¹⁶⁹. Pero aquí no hay equiparación como en el caso portugués recién analizado, sino una superposición entre la nota de “*publicidad*” que viene recogida en los tipos básicos y la referencia a un “*medio de comunicación*” (y, en concreto, a un medio de comunicación “*social*”) en el subtipo agravado del art. 510.3 CP.

En este punto, debemos hacer un breve *excursus* para comprender mejor la noción de «publicidad» desde una perspectiva histórica, siguiendo para ello algunas consideraciones de la doctrina más destacada del siglo anterior. En este sentido, es conocida la distinción sobre el concepto penal de publicidad de QUINTANO RIPOLLÉS²¹⁷⁰. Este autor

²¹⁶⁹ Acto seguido, la Fiscalía alude a la Directiva 2013/40/UE del Parlamento y del Consejo de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información, refiriéndose a que los sistemas de información son un elemento esencial para la interacción política, social y económica en la Unión (Considerando II). A su vez, por sistema de información, esta Directiva 2013/40/UE entiende que se trata de “*todo aparato o grupo de aparatos interconectados o relacionados entre sí, uno o varios de los cuales realizan, mediante un programa, el tratamiento automático de datos informáticos, así como los datos informáticos almacenados, tratados, recuperados o transmitidos por dicho aparato o grupo de aparatos para su funcionamiento, utilización, protección y mantenimiento*” (art. 2.a) de la Directiva).

²¹⁷⁰ Para QUINTANO RIPOLLÉS, aunque refiriéndose a la agravación del art. 10.4^a del CP/1944, que tenía por circunstancia agravante genérica de la responsabilidad del medio publicitario empleado (en concreto, el hecho de “*realizar el delito por medio de la imprenta, radiodifusión u otro que facilite la publicidad*”), la

defiende que existe un concepto básico de publicidad, entendida como «publicidad mínima», que tendrá relevancia típica en numerosas conductas punibles, incluso si se recoge –como suele ser el caso²¹⁷¹– de forma implícita. Pero, se requiera o no cierto esfuerzo intelectual, esta publicidad representa una forma de manifestarse o exteriorizarse el delito, siendo un componente esencial dentro de su estructura típica. Según este autor, esta publicidad implica la exteriorización del hecho ante testigos. En cambio, LAMARCA PÉREZ puntualiza que esta publicidad genérica no entronca con una mera exteriorización ante testigos, sino con la exteriorización de una conducta que, «por verificarse ante testigos», resultará entonces delictiva. En definitiva, «hacer patente o notorio» lo que, de otro modo y aun exteriorizado (p.ej.: pensamientos o ideas verbalizadas para uno mismo, sin nadie alrededor, o matar a alguien como acción exteriorizada pero no necesariamente pública), sería impensable que pudiera acarrear sanción penal alguna. La publicidad, como modo de exteriorización específico, puede graduarse, hasta el punto que algunas conductas sólo ganarán relevancia jurídico-penal cuando alcancen cierto grado de exteriorización o trascendencia social. Pero la clave radica en comprender que estas mismas conductas, a su vez (es decir, además de contener esta publicidad mínima, general o común, en mayor o menor grado), «pueden realizarse en público o con publicidad»²¹⁷². O lo que es lo mismo, siguiendo con la terminología empleada por QUINTANO RIPOLLÉS, una conducta típicamente pública y punible puede llevar aparejada una «publicidad máxima». En este caso, la publicidad no es elemento esencial o constitutivo del tipo, sino accidental, sea a través de una agravante genérica o a través de un subtipo cualificado en la Parte Especial. En palabras de LAMARCA PÉREZ, esta publicidad máxima, por lo general, «sólo conviene» a aquellas conductas que ya prevean –se entiende, expresa o implícitamente– la referida publicidad

publicidad en su modalidad agravada reflejaba bien las nociones de abuso de superioridad y ensañamiento moral. Respecto al abuso de superioridad, el autor se refiere al «poder que otorga la facultad de disponer de un medio poderoso de difusión»; en cambio, con ensañamiento moral se apunta más bien a un «aumento deliberado y superfluo del daño que el delito ocasiona, dotándole de una resonancia innecesaria para su consumación». FERRER SAMA también recoge el mayor daño moral que supone la realización de la conducta con la publicidad prevista en el art. 10.4^a CP/1944. Para CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, la publicidad constituía en su vertiente moral «lo equivalente al ensañamiento o al medio ocasionado a grandes estragos». Citando la anterior apreciación doctrinal, CÓRDOBA RODA pone además de ejemplo el Código penal portugués, el cual estimaba que la gravedad del delito aumentaría por el «escándalo inherente a su ejecución pública» a la que pueden asistir terceras personas. Véase: QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, p. 214; FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, p. 352; CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, *Génesis y breve comentario*, p. 28; CÓRDOBA RODA, «Comentario al art. 10.4^a», pp. 575-576.

²¹⁷¹ Piénsese, sin ir más lejos, en la redacción del art. 510 CP previa a la actualmente dada por LO 1/2015.

²¹⁷² LAMARCA PÉREZ, «La publicidad», pp. 575-576.

mínima²¹⁷³. A *sensu contrario*, QUINTANO RIPOLLÉS constata la posibilidad de que la publicidad máxima (es decir, aquella realizada con gran difusión) quede «embebida» por una u otra conducta punible cuya relevancia penal dependa de la publicidad mínima²¹⁷⁴. En tal caso, si la publicidad mínima requerida por el tipo penal ya adquiere de por sí una dimensión de gran difusión o trascendencia social, lógicamente no procedería un elemento accidental del delito en forma de agravante.

Al hilo de la experiencia codificadora española en materia penal, el art. 10.4^a del CP/1944, siendo como era la primera vez que el medio publicitario empleado²¹⁷⁵ constaba como circunstancia exclusiva e inequívocamente agravante de la responsabilidad penal²¹⁷⁶, lo cierto es que no precisaba de una publicidad efectiva. Aun así, más allá del empleo de unos medios determinados, también parecía desprenderse la necesidad de un ánimo específico de autor referido a que la conducta se lleve a cabo con publicidad. Es decir, el autor conocía y era mínimamente consciente de que llevaba a cabo su conducta mediando, si acaso en términos exclusivamente probabilísticos, la gran difusión que facilitaban por aquél entonces algunos medios tan privilegiados como la imprenta o la radiodifusión. Además, cumpliéndose todo lo anterior, LAMARCA PÉREZ precisa que seguiría siendo necesario que la conducta delictiva estuviera en la órbita de agravación del art. 10.4^a CP/1944. En concreto, esta autora entiende que el bien jurídico del delito base debía poder ser «más o menos lesionado por el hecho de que haya o no publicidad» para la apreciación de la agravante²¹⁷⁷. Si bien un ejemplo claro lo constituyen los delitos de calumnias e injurias, otros delitos con bienes jurídicos más difusos y cambiantes (p.ej.: moral, valores sociales, etc.) no serían aptos para ser alterados bajo esta agravante genérica referida al medio publicitario. De ahí que esta autora concluya, con toda convicción, que toda conducta punible con un componente injurioso debería poder ser

²¹⁷³ LAMARCA PÉREZ, “Sobre la posible”, p. 359.

²¹⁷⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, p. 214.

²¹⁷⁵ En concreto, el hecho de “realizar el delito por medio de la imprenta, radiodifusión u otro que facilite la publicidad” (art. 10.4^a CP).

²¹⁷⁶ Su consideración anterior al CP/1944 era la de una circunstancia mixta, pudiendo –al menos, en teoría– llegar a emplearse como atenuante (en función de la naturaleza y los efectos del delito) desde la novedad introducida por el CP/1870. Sobre este cambio y el recorrido histórico-legislativo seguido hasta asentarse definitivamente como agravante, véase FGE, *Memoria* (1944), pp. 17-24.

²¹⁷⁷ Sobre este particular, es bien conocida la posición de ALONSO ÁLAMO, quien entiende que el fundamento de la agravante radica en el incremento que supone la publicidad para la lesión del bien jurídico protegido. No es tanto una cuestión sobre el medio concreto empleado, sino sobre si ese medio aumenta la lesión del bien jurídico. Existirá, siguiendo a esta autora, un mayor desvalor de resultado en sede de la antijuricidad. En detalle, véase ALONSO ÁLAMO, *El sistema*, pp. 631-636.

agravada²¹⁷⁸. Esto sucederá, por ejemplo, cuando el interés jurídico protegido sea el honor o la dignidad humana. Por su parte, CUELLO CALÓN se refería a la apreciación de esta agravante, sobre todo, en los delitos contra el honor, así como en los relativos a la opinión o en los que se contuvieran referencias políticas, sociales y/o religiosas²¹⁷⁹. A ello también hacía alusión ANTÓN ONECA, para quien el fundamento de la agravante gravitaba en torno al daño extensivo en los delitos contra el honor o de opinión, requiriendo que «las [diferentes] especies ofensivas o las ideas perturbadoras se difundan por medios que las pongan al alcance de grandes masas de población»²¹⁸⁰.

Asimismo, LAMARCA PÉREZ sostuvo que, si la publicidad mínima cualifica una conducta, puesto que la dota de relevancia jurídico-penal, la publicidad máxima representa el elemento cuantificador (incremento del daño al bien jurídico). Siendo ello así, se hace preciso que una acción quede primero cualificada para poder luego ser cuantificada por vía agravatoria²¹⁸¹. La opinión de CÓRDOBA RODA sobre este extremo, siendo coincidente con la de la anterior autora, puede ser también de interés a los efectos del presente estudio: «Si lo que el legislador consigna como elemento constitutivo, o cualificativo, de una determinada figura legal, es un supuesto de naturaleza similar, aunque de significación inferior, a la *publicidad*, nada obstará, a nuestro juicio, a la estimación de la circunstancia agravante [en referencia a la agravante genérica del art. 10.4ª CP/1944]»²¹⁸².

Finalizada esta digresión, lo que vemos claro es que no existe óbice alguno para que dos elementos de publicidad diferentes se agrupen en torno a una misma figura delictiva. No sólo no se conculca el principio de *non bis in idem*, sino que es hasta cierto punto razonable y natural que a una publicidad mínima del tipo básico se pueda anudar una publicidad máxima de un subtipo cualificado por razón del medio empleado. Esto es lo que, ya en clave de actualidad, se nos presenta en el art. 510 CP. Incluso, es viable defender la lesividad mayor del bien jurídico protegido debido al uso del cauce comisivo

²¹⁷⁸ LAMARCA PÉREZ, “Sobre la posible”, pp. 360-363.

²¹⁷⁹ CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, p. 544.

²¹⁸⁰ ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, p. 359.

²¹⁸¹ Sobre esta cuantificación por vía agravatoria, LAMARCA PÉREZ se planteó si tenía sentido mantener la fórmula jurídica de una agravante genérica como la del art. 10.4ª CP/1944. Finalmente, se muestra partidaria de que esta agravación fuera instalándose, caso por caso, en algunas conductas previstas en la Parte Especial del Código penal, siempre y cuando el legislador determinara que esas mismas conductas pudieran conllevar un plus lesivo de llevarse a cabo mediante medio publicitario. Ampliamente, véase LAMARCA PÉREZ, “Sobre la posible”, pp. 364 y 377-379.

²¹⁸² CÓRDOBA RODA, «Comentario al art. 10.4ª», p. 578.

online en la realización de la conducta. Por ejemplo, en tiempos recientes, el Alto Tribunal ha entendido que ha lugar a un marco intimidatorio de amenazas explícitas online para integrar la conducta dentro del art. 178 CP, siendo constitutiva de un delito de agresión sexual. A este respecto, en respuesta al recurso planteado por el Ministerio Fiscal (apdo. 1.5), señala que “*la dimensión social de las TIC (...) al facilitar el intercambio de imágenes y vídeos de los actos de cosificación sexual, puede convertirse en un potentísimo instrumento de intimidación con un mayor impacto nocivo y duradero de lesión del bien jurídico*” (resaltado añadido)²¹⁸³. Siendo o no extrapolable esto último al ámbito de los discursos de odio, el principal escollo que se observa en relación al art. 510 CP es que las diferentes conductas que conforman este tipo penal precisan ya de por sí de la publicidad máxima a la que nos referíamos más atrás. Por tanto, no habría superposición posible sin incurrir en la vulneración del principio *non bis in idem*²¹⁸⁴.

Estamos ante un caso palmario de inherencia tácita²¹⁸⁵, conculcándose esta regla prevista en el vigente art. 67 CP²¹⁸⁶. Esta regla también aplica a la graduación de la pena que nos plantea el art. 510.3 CP, es decir, sin salir del marco penológico abstracto que marca el art. 510.1 y 2 CP. Sobre esta idea, conviene traer a colación unas breves palabras de GARCÍA ALBERO: «La prohibición de utilización de circunstancias agravantes se extiende también a (...) los denominados «elementos típicos accidentales», con

²¹⁸³ Dentro de la doctrina española, PAZ LLORIA venía haciendo hincapié en esta misma idea que ahora parece secundar el Tribunal Supremo. Por ejemplo, según se refería esta autora, conductas que aparentemente no eran lo suficientemente lesivas en el medio *offline*, al ser canalizadas *online* superarían ese grado mínimo e insignificante de injusto penal para dotar de relevancia a la conducta. Véase: PAZ LLORIA, “La violencia sobre la mujer”, p. 9; PAZ LLORIA, *Violencia sobre la mujer*, p. 78.

²¹⁸⁴ Si bien en referencia a la difusión de ideas o doctrinas negacionistas, BARJA DE QUIROGA/GRANADOS PÉREZ/MARTÍNEZ ARRIETA/MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO/VILLEGAS GARCÍA ponen en evidencia la cuestión de fondo que ahora nos ocupa: «Para que el bien jurídico protegido pudiera verse afectado a causa de la difusión de esta clase de ideas o doctrinas, sería preciso que el autor acudiera a medios que no solo facilitaran la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hicieran más intensamente, sino que, además, pudieran, por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover sus sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes. No se trata, pues, solo de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege». BARJA DE QUIROGA/GRANADOS PÉREZ/MARTÍNEZ ARRIETA/MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO/VILLEGAS GARCÍA, *Código penal. Comentarios*, p. 2260.

²¹⁸⁵ Es decir, según GARCÍA ALBERO, estaríamos hablando de la «inclusión conceptual de una circunstancia en la descripción de una conducta constitutiva de delito». Esta inclusión, en verdad, responde a «una convención lingüística, a un compromiso acerca del alcance de un término, en cuya virtud cuando la realización de un tipo o elemento del tipo comporta en todo caso y necesariamente la realización de una circunstancia, ésta ha de entenderse conceptualmente contenida en aquéllos». GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *material*, p. 242.

²¹⁸⁶ El art. 67 CP estipula que “*las reglas del artículo anterior [reglas especiales para una mayor concreción del marco penológico legalmente establecido en abstracto] no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse*”.

independencia de que comporten un marco penal distinto o se limiten a graduar la misma pena básica. Cualquier elemento [en nuestro caso, la publicidad máxima] del que se ha de depender la fijación del marco penal abstracto [en nuestro caso, la conminación penal abstracta del art. 510.1 y 2 CP] ha de quedar a salvo de su ulterior valoración como circunstancia agravante genérica [en nuestro caso, el elemento de agravación accidental que viene recogido en el art. 510.3 CP]»²¹⁸⁷.

La escasa doctrina que se ha pronunciado sobre la superposición de la publicidad del tipo básico (arts. 510.1 y 2 CP) y la referida al tipo agravado (art. 510.3 CP) muestra cierto estupor²¹⁸⁸. La «difusión pública» de ciertos discursos, que es lo que según VALLS PRIETO trataba de evitar a toda costa el legislador con la aparición del art. 510.3 CP, genera dudas porque es el propio legislador quien evita hablar claramente de publicidad en el subtipo agravado para finalmente referirse a la «difusión social» (es decir, a medios de comunicación *social*). Este autor, entre otras cuestiones, se pregunta si el adjetivo “*social*” debe llevar al operador jurídico a entender automáticamente cualquier sistema de comunicación en que intervengan más de dos usuarios como un medio cuyo uso conlleve la agravación del art. 510.3 CP. Finalmente, a falta de respuestas, se muestra partidario de interpretar que el legislador buscaba castigar una difusión mayor a la que ya pudiera aspirarse con medios de comunicación tradicionales como la radio, la televisión o la prensa escrita. Siendo así, y volviendo a la noción de medios que objetivamente posibiliten esa masividad en alcance, quizás sólo reste internet como canal que verdaderamente pueda activar, caso por caso, la agravación²¹⁸⁹.

Otros autores, como GÓMEZ MARTÍN, se preguntan si acaso no estamos ante una acumulación reiterativa de sinónimos²¹⁹⁰, puesto que a fin de cuentas el tipo básico

²¹⁸⁷ GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *material*, p. 242.

²¹⁸⁸ Aunque de forma claramente excepcional dentro de la doctrina, y sin realizar mayor precisión al respecto, OSUNA CEREZO alude a que el subtipo agravado del art. 510.3 CP «no plantea problemas de delimitación». Esta afirmación, como hemos visto hasta ahora, no se sostiene. OSUNA CEREZO, “Los delitos de odio”, p. 78.

²¹⁸⁹ VALLS PRIETO, «Cap. 30. Delitos contra la Constitución», p. 870.

²¹⁹⁰ Véase, indistintamente: GÓMEZ MARTÍN, «Comentario al artículo 510 CP» (2015), pp. 1604-1605; GÓMEZ MARTÍN, «V. Delitos de discriminación (arts. 510-512)» (2015), p. 210; AGUILAR GARCÍA (dir.), *Manual práctico* (2015), pp. 206-207; GÓMEZ MARTÍN, “Incitación al odio y género”, pp. 15-16; GÓMEZ MARTÍN, «Incitación al odio y a la discriminación», pp. 200-201; GÓMEZ MARTÍN, “Los delitos de odio en las redes sociales”, pp. 18-19; GÓMEZ MARTÍN, “Delictos d’odi a Twitter i Facebook”, p. 40; GÓMEZ MARTÍN, «Incitación al odio y género», p. 192; GÓMEZ MARTÍN, *Delitos de discriminación*, pp. 178-179; GÓMEZ MARTÍN, «V. Delitos de discriminación (arts. 510-512)» (2019), pp. 224-225; GÓMEZ MARTÍN, «Delitos de odio y Derecho penal de autor», pp. 112-113. Este mismo planteamiento, en idénticos términos, viene recogido en MARQUINA BERTRÁN, «Los delitos de odio», pp. 352-353.

hablaría de difusión pública mientras que el subtipo agravado estaría hablando de difusión social. Para este autor, como ya hemos visto con anterioridad²¹⁹¹ (y a diferencia de la interpretación que sostiene VALLS PRIETO), cabría llegar a aplicar la agravante a medios como la radio, televisión o prensa escrita, además de a internet. Al mismo tiempo, entendemos, el empleo de términos como “*internet*” o “*tecnologías de la información*” en el art. 510.3 CP pone en evidencia un estilo de redacción confuso como pocos. En realidad, estos elementos no dejan de ser medios de comunicación social, e incluso el propio internet no deja de ser la cara más visible y representativa dentro del sector de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). A esta misma conclusión, nuevamente, llega VALLS PRIETO, quien argumenta que si las tecnologías de la información abarcan Internet (entendida como red de redes), los diferentes dispositivos o terminales (p.ej.: ordenador personal, navegador de Internet, sistema operativo, etc.), y los servicios que facilitan las redes (p.ej.: correo electrónico, motores de búsqueda, banca online, etc.), entonces no cabe la más mínima duda de que el legislador está hablando de lo mismo cuando se refiere a “*internet*”, a “*tecnologías de la comunicación*” y a “*medios de comunicación social*” (art. 510.3 CP)²¹⁹².

Finalmente, el hecho de que un contenido sea accesible para un “*elevado número de personas*” supone enfrentarnos a un concepto jurídico indeterminado y, por tanto, de difícil concreción. En principio, parece lógico pensar que debemos buscar la especificidad de esta fórmula, alejándonos de la publicidad común que ya quedaría integrada en el tipo básico²¹⁹³. A este fin, por las similitudes de redacción como consecuencia de una reforma

²¹⁹¹ Postura de autor que, como ya se ha señalado, ha absorbido por completo la Fiscalía General del Estado recientemente. En detalle, véase el apartado «a.1) Fundamento de la agravación para un claro «delito circunstanciado»» *supra*.

²¹⁹² VALLS PRIETO, «Cap. 30. Delitos contra la Constitución», p. 870.

²¹⁹³ Esto es evidente, tanto o más que como ya señalara el Tribunal Supremo en relación a la cualificación del delito de organización criminal (art. 570 *bis* CP). Según este precepto, una organización que esté formada por “*un elevado número de personas*” será más peligrosa y, por tanto, quien promueva, constituya, organice, coordine, dirija, o participe activamente en la organización, forme parte de ella o coopere económicamente o de cualquier otro modo, merecerá una pena mayor. Pues bien, el Tribunal Supremo se pronunciaba en los siguientes términos de interés: “*Es un dato extraído de la experiencia cotidiana que en relación al tráfico de drogas a gran escala, como es el caso, la operativa, cuando se efectúa en barco, supone mínimo dos embarcaciones y de ordinario tres: la embarcación que transporta de origen la cocaína, aquella embarcación a la que se le transborda en alta mar en un punto convenido la droga, y una tercera embarcación rápida que es la que se encarga de introducirla en la costa española. Obviamente este operativo exige un número de personas adecuado para las operaciones de transbordo y traslado, por tanto, (...) es claro que debe rechazarse que tal número elevado venga a coincidir con el indispensable y necesario para la generalidad de las operaciones. Estimamos que debe tratarse de más personas, y sobre todo que operen en otras cuestiones, tales como almacenamiento, distribución, seguridad, etc.*” (STS 58/2016, de 4 de febrero, FJ 10). Por de pronto, si bien retomaremos más adelante esta idea, la conclusión que extraemos es que el Alto Tribunal no sólo apunta a un número cuantitativamente mayor que el correspondiente al tipo básico, sino a las características concretas de esas personas.

legislativa que también tuvo lugar en el año 2015, servirá de contrapunto la cualificación prevista para el delito de discurso de odio (*Verhetzung*) del § 283 del Código penal austriaco (StGB austriaco)²¹⁹⁴.

Este artículo viene estructurado de tal forma que abre cada una de sus conductas punibles con la siguiente formulación: “*quien públicamente de manera que sea accesible a numerosas personas (...)*” (§ 283(1) StGB austriaco; traducción propia). Según las explicaciones que se dieron con motivo de la reforma de la ley penal austriaca de 2015 (*Strafrechtsänderungsgesetz 2015*), la referencia a “*numerosas personas*” se entiende como una «cierta publicidad mínima» (*bestimmte Mindestpublizität*)²¹⁹⁵ o una «publicidad típica esencial» (*tatbestandsessentielle Publizität*) que abarca un «público no cualificado» (*unqualifizierten Öffentlichkeit*)²¹⁹⁶, a fin de distinguirlo del carácter genuinamente cualificado del “*amplio sector del público*” a que se referirá más adelante el § 283(2) StGB austriaco. Este último apartado recoge una pena privativa de la libertad mayor, de hasta tres años, a quien cometa cualquiera de las variantes conductuales que se prevén en el § 283(1) StGB austriaco (tipo básico), pero lo haga “*(...) en un documento impreso, en una emisión o de cualquier otra forma que haga accesible la conducta a un amplio sector del público (...)*” (§ 283(2) StGB austriaco; tipo cualificado; traducción propia). Antes que nada, el carácter accesible de la conducta debe entenderse en el sentido de perceptible/observable (*wahrnehmbar*), por lo que no será decisivo comprobar que así haya sucedido *de facto*²¹⁹⁷. Esta percepción (o, mejor aún, esta perceptibilidad) deberá ser directa/inmediata (*unmittelbare Wahrnehmbarkeit*), pero no sincrónica/simultánea (*gleichzeitige Wahrnehmbarkeit*)²¹⁹⁸.

Pues bien, si generalmente se entiende cumplido el elemento de publicidad del tipo básico (§ 283(1) StGB austriaco) cuando hay un círculo amplio de personas (*einen größeren Personenkreis*) involucradas y en posición acceder al material o comunicación (aprox. 30 personas)²¹⁹⁹, el tipo cualificado (§ 283(2) StGB austriaco) requerirá que un

²¹⁹⁴ Para un análisis amplio, nos remitimos a SALIMI, “Die Verhetzung im Internet”, pp. 609-622.

²¹⁹⁵ Véase: SCHWAIGHOFER, «Verhetzung», p. 1469; BERTEL/SCHWAIGHOFER, *Österreichisches Strafrecht*, p. 191.

²¹⁹⁶ SALZMANN, *Das österreichische Strafrecht*, apdo. 304.1.

²¹⁹⁷ Véase: BEYRER/BIRKLBAUER/SADOGHI, *Strafgesetzbuch Praxiskommentar*, pp. 443-444; FABRIZY, *Kurzkommentar*, p. 869.

²¹⁹⁸ PLÖCHL, «Verhetzung», Rz 14.

²¹⁹⁹ Al parecer, la condición pública de la conducta (§ 283(1) StGB austriaco: *öffentlich*) conectaría con unas 10 personas a título orientativo (idoneidad abstracta o consideración *ex ante*). En cambio, la referencia a que sea accesible a “*numerosas personas*” (§ 283(1) StGB austriaco; *vielen Menschen*) situaría en unas 30 el número de personas requeridas (idoneidad concreta o consideración *ex post*). De cualquier forma,

gran número de personas supere o exceda considerablemente dicho círculo amplio de personas. Para este último caso, el valor de referencia será el de las aproximadamente 150 personas²²⁰⁰. Lo apuntado recientemente para la publicidad esencial del tipo básico es extrapolable también a esta publicidad cualificada. Por tanto, lo esencial no es que se alcance a unas 30 personas, sino que haya un peligro real/concreto de alcanzarlas. Por ello, un ejemplo que propone PLÖCHL sobre los canales idóneos para hacer accesible un mensaje a un amplio sector del público²²⁰¹ serían los llamamientos a eventos masivos por medio de camiones con altavoces, usando un gran número de carteles en lugares públicos concurridos, o a través de Internet²²⁰². Asimismo, como aclara SCHWAIGHOFER, la intención de autor deberá abarcar esta publicidad cualificada o masiva, siendo así que, por ejemplo, quien incite al odio contra los judíos en un correo electrónico masivo debe haberlo hecho de forma deliberada²²⁰³.

En resumen, tomando en consideración el espejo austríaco, lo cierto es que podría optarse de *lege lata* por configurar una publicidad escalonada para el caso español. En concreto, partiríamos de una publicidad mínima, esencial o no cualificada que sólo cuando alcance una entidad mucho mayor entre en juego el tipo cualificado del art. 510.3 CP. El porcentaje de incremento que supondría pasar de una publicidad no cualificada (treinta personas) a una cualificada (ciento cincuenta personas) sería del cuatrocientos por ciento siguiendo el modelo austriaco. En otras palabras, sólo con un incremento de esta magnitud se obtendría la masividad de la conducta requerida por el tipo cualificado. Estas son buenas referencias que colocan un suelo objetivo del que los jueces y tribunales no pueden desentenderse. No hará falta discutir sobre si un mensaje determinado fue vertido

como afirma SAUTNER, la condición pública de la conducta queda satisfecha desde el momento en que el mensaje resulta accesible para numerosas personas. A su vez, siguiendo a PLÖCHL, lo verdaderamente esencial no es que se alcance a unas 30 personas, sino que haya un peligro real/concreto de alcanzarlas. Y esa peligrosidad concreta (*konkrete Gefährdung*) deberá quedar acreditada mediante constataciones fundadas (*begründete Feststellungen*). Véase: HINTERHOFER/ROSBAUD, *Strafrecht*, p. 371; BEYRER/BIRKLBAUER/SADOGHI, *Strafgesetzbuch Praxiskommentar*, pp. 443; FABRIZY, *Kurzkomentar*, p. 868; SCHWAIGHOFER, «Verhetzung», pp. 1469-1470; SAUTNER, «Delitos de odio», p. 105; SALZMANN, *Das österreichische Strafrecht*, apdo. 304.1; PLÖCHL, «Verhetzung», Rz 14-16; BERTEL/SCHWAIGHOFER, *Österreichisches Strafrecht*, p. 191.

²²⁰⁰ Véase: HINTERHOFER/ROSBAUD, *Strafrecht*, p. 373; BEYRER/BIRKLBAUER/SADOGHI, *Strafgesetzbuch Praxiskommentar*, pp. 443-444; FABRIZY, *Kurzkomentar*, pp. 868-869; SCHWAIGHOFER, «Verhetzung», p. 1470; SAUTNER, «Delitos de odio», p. 107; SALZMANN, *Das österreichische Strafrecht*, apdo. 304.1; PLÖCHL, «Verhetzung», Rz 30; BERTEL/SCHWAIGHOFER, *Österreichisches Strafrecht*, p. 192.

²²⁰¹ Recuérdese que el § 283(2) StGB austriaco establece que la comisión del delito del tipo básico puede darse por “*cualquier otra forma*” que haga accesible la conducta a un amplio sector del público.

²²⁰² PLÖCHL, «Verhetzung», Rz 31.

²²⁰³ SCHWAIGHOFER, «Verhetzung», p. 1471.

en un espacio privado, público o semipúblico en la red²²⁰⁴, sino que valdrá simplemente con observar el número de receptores potencialmente alcanzable de forma realista. Es un criterio más objetivo que permitiría, por ejemplo, castigar por cualesquiera de las conductas comprendidas en los arts. 510.1 y 510.2 CP a quien difunda ese tipo de contenido dentro de un grupo de *WhatsApp* de, al menos, treinta personas. Por lo demás, cabe notar que existen numerosas herramientas que sirven para medir los patrones de comportamiento de un perfil en las redes sociales, así como el alcance medio que suele tener el contenido que sube el usuario en cuestión.

Como vemos, la preocupación principal y más habitual en la práctica es la de ordenar la naturaleza del espacio (pública, semipública o privada) en que se vierten unas expresiones. Sin ir siquiera al subtipo agravado del art. 510.3 CP, GOYENA HUERTA se plantea lo anterior respecto al tipo básico. Una comunicación pública, en el sentido requerido por el art. 510 CP, precisa que la difusión del mensaje no tenga carácter privado. La cuestión entonces, según este autor, es saber cómo identificar espacios privados en la red. Según explica, lo decisivo no será el número de integrantes de un grupo de destinatarios en concreto (pueden ser, incluso, miles), ni tan siquiera que se restrinja el acceso a terceras personas a ese grupo (grupo cerrado). Una comunicación será privada cuando «el emisor tiene la certeza acerca de las identidades de las personas a quienes dirige el mensaje». Es decir, la clave está en la confianza intersubjetiva entre posibles interlocutores. En la medida en que un integrante del grupo no sea «conocido plenamente» por el emisor del mensaje, entonces su comportamiento se vuelve impredecible y se rompe la regla de la confianza mutua. En estos casos, siempre que el

²²⁰⁴ Por poner un caso en concreto, a modo de ejemplo, TAPIA BALLESTEROS reflexiona acerca de si las manifestaciones realizadas en un grupo cerrado de *Facebook* (situación que se asemeja, según la autora, a realizar unas manifestaciones en la calle y ante una multitud) o en un grupo de *WhatsApp* (situación que se asemeja, en cambio, al comentario en la barra de un bar) se entienden hechas con publicidad a los efectos de aplicar el art. 510.3 CP. Respecto al primer supuesto, la autora opina que hay un potencial de accesibilidad al contenido que no es tan amplio (por tanto, entenderemos, recibiría el tratamiento de «espacio semipúblico») como sería el caso de una publicación de *Facebook* realizada en abierto («espacio público»). Respecto al segundo supuesto, al ser tan reducido el número de los presentes, la autora lo califica directamente de un «espacio privado». Ni los espacios privados ni los semipúblicos quedan, en su opinión, expuestos al subtipo agravado del art. 510.3 CP. En cuanto a los espacios privados, resulta evidente que las manifestaciones no están pensadas ni ejecutadas con la publicidad que requiere la agravación. El caso del espacio semipúblico, como cabría esperar, el tema resulta más delicado. Según la autora, estos casos no serían equiparables a los grupos con muchos integrantes que, además, mantengan la opción abierta de ir realizando nuevas incorporaciones. Estos grupos masivos, como los denomina la propia autora, se llega cuando el mensaje «(...) pudo trascender a un grupo considerable de personas, más elevado que el que podría haber sido testigo del mismo de producirse en plena vía pública» (SAP de Barcelona 299/2019, de 21 de mayo, FJ 2). Este parece ser el estándar de masividad de grupo que da cabida al art. 510.3 CP, dejando atrás el espacio semipúblico en el que no operaría tal agravación. Véase TAPIA BALLESTEROS, «El discurso de odio», p. 311.

emisor no pretendiera en modo alguno la difusión del mensaje más allá del grupo al que lo dirige, la comunicación adquirirá la publicidad típica demandada por el art. 510.1 y 2 CP. Conocer cuál es la «finalidad pretendida con la creación del grupo» también será relevante a estos efectos. No será igual que sean familiares los que tengan acceso a un grupo de *WhatsApp* o sean meros conocidos de amigos cercanos. Sobre la publicidad del art. 510.3 CP, GOYENA HUERTA sólo deduce que debe existir una «propagación incontrolada»²²⁰⁵. Por tanto, entendemos, si el mensaje es simplemente impredecible en cuanto a la difusión se estaría rebasando el umbral de publicidad básica del tipo penal. En cambio, si hay previsión de descontrol difusivo entonces será de aplicación el subtipo agravado.

No creemos que la postura de este autor y la que aquí se defiende sean irreconciliables²²⁰⁶. Lo que proponemos es fijar una barrera numérica que, al sobrepasarse y salvo que se demuestre lo contrario a luz de las circunstancias que rodean el caso, se presuma:

- la **publicidad mínima** que lleva asociada toda conducta de discurso de odio incitador (art. 510.1 CP) o discurso de odio difamatorio/injuriante (art. 510.2 CP), sin importar el medio comisivo –online/offline– empleado; o

²²⁰⁵ En detalle, véase GOYENA HUERTA, “Algunas cuestiones penales”, pp. 80-88.

²²⁰⁶ La regla de la quiebra de confianza se puede compatibilizar con un consenso amplio en torno al número de potenciales receptores del mensaje. Un número que, en definitiva, aspire a delimitar la publicidad básica para los arts. 510.1 y 2 CP de la cualificada para el art. 510.3 CP. De hecho, ambas conviven ya alrededor del § 130 del Código penal alemán (StGB alemán), relativo al delito de incitación a la población (*Volksverhetzung*). Se trata, sin entrar ahora en otras consideraciones de interés, del modelo que ha servido de inspiración y espejo en que fijarse para nuestro art. 510 CP. Como bien pone de relieve GARRO CARRERA, el § 130 StGB alemán apunta a diferentes conductas punibles que lo serán en la medida en que se realicen «de forma pública», lo que no tiene por qué producirse en un «espacio público». A esto mismo es a lo que apuntábamos más arriba cuando se sostenía que era innecesario tratar de determinar la naturaleza del espacio en que se vierten unos mensajes (naturaleza pública, semipública o privada), además de poco realista dada la enorme variabilidad del entorno online. En principio, a efectos de aplicar el § 130 StGB alemán, la doctrina parece conformarse con que se den cita «varias personas» que puedan ser receptoras del mensaje y siempre que, además de ser más o menos «indeterminadas» (grupo numeroso), no mantengan un «vínculo o relación estrecha» entre ellas. El espacio en que se vierten los mensajes, como decimos, pierde interés desde el momento en que podrán darse reuniones privadas (p.ej.: encuentro artístico de pintores y escultores venidos de diferentes lugares y que sirve de pretexto para tratar otros temas) en que la finalidad sea «crear una opinión pública respecto a los temas tratados». Ese será un caso que, si bien excepcional, no queda automáticamente invalidada la reacción estatal en respuesta a tales hechos. En cuanto al número mínimo de individuos que se deben dar cita (y, con ello, ser receptores en potencia del mensaje), sin estar «claramente definido» y ser dependiente de las circunstancias que rodean al caso, GARRO CARRERA indica que hay cierto acuerdo en situar fuera del ámbito de aplicación del precepto a los grupos inferiores a diez personas. Ello, claro está, sin contar con que tales personas puedan hacer uso de algún medio a su alcance (p.ej.: dispositivos móviles) para difundir el mensaje. GARRO CARRERA, «Los discursos», pp. 66-67.

- la **publicidad cualificada** del subtipo agravado del art. 510.3 CP que se deducirá exclusivamente de aquellos medios comisivos concretos que constan en el tipo, como sería el caso de internet.

A efectos de restringir aún más el encaje típico de conductas en el art. 510.1 y 2 CP (publicidad mínima), junto al requisito numérico de potenciales receptores exigible (siguiendo el modelo austriaco, en torno a treinta) operará de forma cumulativa la regla de la quiebra de confianza. Es decir, cuando el emisor del mensaje pierda o no tenga confianza intersubjetiva plena con alguno de sus posibles interlocutores la publicidad mínima escalará hacia una probabilidad realista de **propagación impredecible** del mensaje. Desde ese momento, la publicidad básica tornará típica. En cuanto a la publicidad cualificada, el criterio que permitirá presumir que se supera la publicidad básica del mensaje, salvo que a la luz de los hechos se demuestre lo contrario, será el del suelo numérico (siguiendo el modelo austriaco, en torno a ciento cincuenta). En este caso no rige ya la regla de la quiebra de confianza, por lo que la referencia numérica objetiva y la intención de autor de dotar a su acción de esa publicidad cualificada ya supondrá la **propagación incontrolada** del mensaje.

Todo lo anterior aspira a objetivar los márgenes de decisión judicial, sabiendo de antemano que una lectura restrictiva del art. 510 CP en general hará decaer en la gran mayoría de los casos toda expectativa de condena. Se potencia así la vía preferente de optar desde un inicio por un delito de expresión diferente (p.ej.: injurias, calumnias, amenazas, etc.) agravado por la vía del art. 22.4 CP²²⁰⁷. En cualquier caso, la propuesta de *lege lata* desarrollada para el art. 510.3 CP proveerá seguro a los jueces de una herramienta útil para que, en la medida de lo posible, eviten que sus resoluciones sean tan dispares como impredecibles. El contexto será siempre el que determine la finura del análisis a realizar, corrigiendo además los dislates jurídicos que puedan originarse de seguir inflexiblemente las pautas marcadas (es decir, la referencia numérica y la regla de la quiebra de confianza). La falta de concreción y previsibilidad legal también se vería reparada en buena medida. Todo lo anterior, claro está, en tanto no se acometa una revisión profunda del art. 510 CP y ello suponga reconfigurar la publicidad típica. Es

²²⁰⁷ Nos remitimos aquí al apartado «1.5.3. Intersección con los delitos de expresión» del Bloque I.

decir, que la que hoy es formalmente concebida como una publicidad cualificada suponga, en realidad, una publicidad básica de referencia.

Llegados a este punto, de lo examinado se desprende que estamos ante una labor legislativa más preocupada por la modernización estética –que no real ni funcional– de la legislación penal española. Es, en definitiva, una huida hacia delante. El legislador insiste en avanzar en la depuración y en una supuesta puesta al día de las medidas penales disponibles para luchar contra el ciberodio. No obstante, se trata de una muestra más del populismo punitivo que inunda la legislación penal en las sociedades occidentales contemporáneas. La sensación de desprotección ciudadana y la tentación política hacen causa común empujando hacia un reajuste penológico que no tiene razón de ser²²⁰⁸. Este reajuste, en forma de medida diseñada *ad hoc*, se traduce en una dureza innecesaria e insostenible para reaccionar a fenómenos concretos (ciberodio) que, recrudescan o no el problema de fondo (discurso de odio), representan una extensión de una realidad sobradamente conocida.

b) Jurisprudencia española: ¿una practicidad mínima?

El art. 510.3 CP, como tal, apenas ha recibido atención por parte de nuestros jueces y tribunales. Ahora bien, la SAN 2/2017, de 26 de enero, trajo consigo novedades importantes. Por de pronto, constituye la sentencia condenatoria más temprana que se dicta a raíz de un discurso de odio online motivado por razones de género²²⁰⁹, así como una de las primeras –si no la primera– en aplicar el art. 510 CP en su redacción dada por LO 1/2015. A todo ello, se le suma el hecho de que la STS 72/2018, de 9 de febrero, la cual trae causa de un recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, mantuvo el fallo en lo relativo a la condena por discurso de odio a

²²⁰⁸ Por su especial tino, se rescatan a continuación unas breves palabras de QUINTERO OLIVARES: «[S]e percibe una constante demanda de reformas, ampliaciones, nuevas tipificaciones del número de amenazas penales que contienen las leyes. Esa huida sistemática al derecho punitivo como *refugium peccatorum* sólo puede explicarse como modo demagógico de satisfacer a la llamada opinión pública, mientras que se desprecia o ignora que el grado de ineficacia consustancial al sistema penal resultará más patente y lamentable conforme se haga crecer el marco de las tareas que se le asignan». QUINTERO OLIVARES, *La justicia penal*, pp. 35-36.

²²⁰⁹ Con todo, como se ha adelantado en el *Bloque I*, y más concretamente en el apartado «1.5.3. Intersección con los delitos de expresión», la agravante por motivos discriminatorios de género que también podría absorber al menos parte del discurso de odio punible ya habría sido empleada con anterioridad en el ámbito de las nuevas tecnologías y en sentido condenatorio. Este sería el caso de la SAP de Valladolid 240/2016, de 25 de julio, que condena a un individuo que atemorizaba e injuriaba insistentemente a su expareja sentimental y a la madre de ésta a través de mensajes SMS, mensajes de WhatsApp y llamadas telefónicas. Precisamente, la agravación de la responsabilidad penal por razones de género se anudó a un delito continuado de injurias leves (arts. 173.4 y 74 CP).

la vez que agravaba el fallo en el sentido pretendido por el Ministerio Fiscal. Es decir, se apreciaba por primera vez en España, desde que se introdujera en 2015, el subtipo agravado del art. 510.3 CP. Esta primera apreciación del precepto trajo consigo la entrada en prisión del condenado que, de otra forma, quizás no hubiera sucedido.

Una breve síntesis de los hechos que motivaron una condena de dos años y medio de prisión, además de una pena de multa a razón de cuarenta euros diarios por nueve meses de duración, se estima aquí conveniente. Berenguer Jordi Moya Hernández, un joven catalán de 21 años de edad, disponía de dos perfiles abiertos en *Twitter* con alrededor de dos mil seguidores. Durante el mes de diciembre de 2015, Moya Hernández publicó una serie de comentarios profundamente ofensivos e hirientes, entre los cuales destacaremos aquí los dos referidos a la violencia machista: 1) «*53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas*» (17 de diciembre de 2015); y 2) «*Y 2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca, pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra, gracias*» (31 de diciembre de 2015). Algunos internautas no pasaron por alto estas expresiones y las pusieron en conocimiento de la policía. Poco importó que el 7 de enero de 2016 la compañía *Twitter* decidiese suspender, de acuerdo con su política relativa a las conductas de incitación al odio, una de las cuentas de este joven. Desde su otra cuenta, Moya Hernández optó por seguir en la misma línea de los mensajes publicados apenas un mes antes. Basta con observar otros tres *tweets* más publicados en enero de 2016: 3) «*Marta del Castillo era feminista y se tiró al río porque las mujeres se mojan por la igualdad*» (14 de enero de 2016); 4) «*A mí me gusta follar contra la encimera y los fogones, porque pongo a la mujer en su sitio por parte doble*» (14 de enero de 2016); y 5) «*Ya la he maltratado, tú eres la siguiente*», junto con una fotografía de una mujer de la que no constan más datos (16 de enero de 2016).

Sobre estos *tweets* transcritos, una vez identificado su autor, el joven llegó a alegar en sede judicial que actuaba inconscientemente, sin saber realmente a cuánta gente llegaba²²¹⁰. De otra opinión bien distinta fue la Audiencia Nacional, que parecía tenerlo más claro. Según puntualizó, estas y otras expresiones no parecían ser “*producto de la inconsciencia*” (SAN 2/2017, de 26 de enero, FJ 1). Al margen de que para la Audiencia

²²¹⁰ Esta línea de defensa no ha de extrañar, por cuanto ya hemos comentado que, al momento de publicar un contenido, debiere existir una previsión, por mínima que ésta sea, sobre la posibilidad de que exista un acceso masivo a su lectura. Sólo así entraría en juego la agravación penológica del art. 510.3 CP.

Nacional vinculara tales expresiones con una conducta claramente incardinable en el art. 510.1 CP²²¹¹, parecía existir vía libre para aplicar la agravante del art. 510.3 CP solicitada por el Ministerio Fiscal. De hecho, la Audiencia Nacional llegaría a afirmar lo siguiente: “[L]a difusión pública es evidente tanto por el hecho de que se emplea una red social (...) como porque todo aquel que utiliza como herramienta esa forma de comunicación sabe la potencial difusión que pueden alcanzar sus palabras en tanto que le consta que los tweets o mensajes se retuitean, dando lugar a una mayor extensión de conocimiento al llegar a lo que pueden ser millones de usuarios en la red” (SAN 2/2017, de 26 de enero, FJ 1). Contra todo pronóstico, la agravación penológica del art. 510.3 CP queda inaplicada, motivo éste, entre varios otros, que llevarían al Ministerio Fiscal a formalizar recurso de casación por indebida aplicación del supuesto agravado.

El Tribunal Supremo revocaría el fallo condenatorio de primera instancia, argumentando que se estaría ante un concurso (aparente) de leyes penales y que el art. 510 CP prevalece, desplazando así el delito de enaltecimiento de terrorismo (art. 578 CP) por el cual también se le había condenado. En definitiva, el art. 510 CP absorbería ya todo el contenido del desvalor del hecho, en detrimento de la otra conducta punible que estaría dentro de la órbita del discurso terrorista²²¹². En cuanto a la agravación del art. 510.3 CP que nos ocupa, el Tribunal Supremo entiende que concurre sin mayor problema porque las expresiones antes referidas se alojan en Internet al alcance de cualquiera. La razón de esta cualificación, prosigue el Alto Tribunal, radicaría en “(...) la proyección, buscada por el autor, del mensaje que se emite” (STS 72/2018, de 9 de febrero, FJ Único). No se hace mayor consideración acerca de una accesibilidad realista a estos *tweets*, dando por hecho que, si el material está en Internet (y, a lo sumo, si las cuentas desde las que se vierten los mensajes tienen dos mil seguidores) es presumible un acceso generalizado. El único indicio que parece desprenderse del relato de hechos probados es que algunos ciudadanos reaccionaron poniendo en conocimiento de la policía por vía telemática los citados *tweets*. La crudeza del lenguaje empleado llegó incluso a movilizar a dos personas de muy diferente ámbito geográfico (Sta. Cruz de Tenerife y Zamora) para interponer

²²¹¹ Sorprendentemente, sin especificar siquiera el apartado en concreto. Tampoco el Ministerio Fiscal calificó los hechos con mayor precisión, si bien alternativamente proponía la aplicación del art. 510.2.b) CP. Para un análisis crítico con este desinterés mostrado para finalmente no ajustar la condena punible en un tipo básico en concreto, si bien realizando las hipótesis que cabría razonablemente haber esperado del juzgador, véase LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, pp. 98-100.

²²¹² Aunque no se profundizará en esta cuestión, véase un breve comentario a la STS 72/2018, de 9 de febrero, en CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?*, pp. 208-211.

denuncia personándose en dependencias policiales, unidas sin saberlo por un mismo motivo de rechazo y preocupación.

Dejando de lado el caso anterior, la realidad es que el subtipo agravado del art. 510.3 CP no se ha aplicado de forma sistemática o generalizada como, en principio, cabría esperar. De hecho, cabría esperar esta aplicabilidad porque, incluso las pocas veces que se ha aplicado, su razón de ser se ha limitado –y, sin ir más lejos, como sucedía en el caso anterior– a subrayar el canal comunicativo en cuestión. Ello haría presagiar que, con el tiempo, el subtipo agravado del art. 510.3 CP habría de recibir una aplicación cuasi automatizada. Esto, según entendemos, no estaría siendo así. Un ejemplo de lo anterior queda reflejado en la STSJ de Madrid 223/2020, de 24 de septiembre, al afirmar que las expresiones de incitación “(...) *se han hecho públicas a través de las redes sociales, lo que va a conllevar que se le aplique el tipo agravado del art. 510.3 C. Penal*” (FJ 4). Una frase basta para despachar todo el peso justificativo que requiere la agravación de la condena, quedando inserta además dentro de un análisis exhaustivo y amplio sobre el encaje de la conducta en el tipo penal del art. 510 CP. Pero este pronunciamiento es engañoso. Si bien lo parece, no está dando a entender ni presuponiendo que el uso de un canal de comunicación como Internet, que se sabe da lugar a la masividad del mensaje, sea por sí mismo suficiente para recurrir al subtipo agravado. La sentencia de instancia, en cambio, ofrece más claves para entender la concurrencia de la cualificación que dispone el art. 510.3 CP. Claves que, además, ayudan a entender mejor la razón de su exigua practicidad.

Se trata de la SAP de Madrid 132/2020, de 2 de marzo, en cuyo FJ Segundo se indica que ha mediado la “*publicidad exigida*” ya que el mensaje se ha transmitido a través de “*medios que la garantizan*”. En concreto, lo que garantizan medios como Internet es que “*el mensaje puede ser transmitido a un amplio y relativamente indeterminado número de personas*”. Parece claro que se está aludiendo a una publicidad de las que hemos denominado como cualificadas, a través de la cual se desprende un potencial abstracto e ilimitado en alcance, pero prácticamente seguro por razón del medio concreto empleado. Ahora bien, esa seguridad entiende el tribunal que derivará de una publicación “*en redes abiertas*”, incluso si el número de seguidores de la cuenta que hubiera publicado el comentario no pasaban de los 13 o 14. La clave pasa a ser la aptitud de lectura, en cualquier momento, por un número descontrolado de usuarios. Es indiferente que, de forma efectiva, se haya reaccionado masivamente a esa publicación (o, en palabras del

tribunal, que hayan existido “*muestras de adhesión*”). Lo importante, según entendemos, es que la nocividad del mensaje se active de un momento a otro y esa activación encuentre un campo abierto de difusión. Un campo como el de las redes sociales, a su vez, abonado como sabemos para los discursos de odio. Incluso aunque no aproveche ese campo abierto para poder influir en más personas, la mera aptitud realista de desplegar sus efectos es suficiente para proceder con la agravación²²¹³.

Pero, como hemos avanzado *ut supra*, lo cierto es que hay una circunstancia que lastra especialmente la aplicabilidad de esta agravación penológica del art. 510.3 CP. Los condicionantes para la aplicación del tipo básico, especialmente si se hace una lectura restrictiva del tipo, impiden que lleguemos a la fase de valorar la procedencia de la agravación accidental que nos ocupa. Para entender este punto mejor, la STSJ de Madrid 223/2020, de 24 de septiembre, antes referida, nos dirige a la STS 185/2019, de 2 de abril, señalando que las consideraciones allí contenidas²²¹⁴ sobre el art. 578 CP (delito de enaltecimiento y justificación de los delitos de terrorismo) son igualmente trasladables al art. 510.1.a) CP. Pues bien, el caso es que unos *tweets* que no reciben muestras de aprobación o adhesión a los mismos por los seguidores de un usuario (o por cualesquiera otras personas de ser un perfil abierto), “(...) *difícilmente [se] puede entender que (...) hayan generado ni sean potencialmente aptos para que se incremente mínimamente el peligro de comisión de delitos terroristas, ni tan siquiera de forma indirecta, resultando ser expresión de opiniones que no contienen un llamamiento a la violencia terrorista, y no han generado riesgo alguno para las personas, ni derechos de terceros ni para el orden público*” (STSJ de Madrid 223/2020, de 24 de septiembre, FJ 4; STS 185/2019, de 2 de abril, FJ 3). Todo ello impide que se satisfagan todos los requisitos o elementos configuradores de la tipicidad del delito en cuestión.

En esta misma línea, un caso relacionado con el art. 510.2.a) CP ya tuvo ocasión de ser brevemente analizado en el *Bloque I* de este estudio²²¹⁵. El caso giraba en torno a unos comentarios de odio ideológico realizados en *Facebook* y puestos en el muro de la cuenta

²²¹³ La SAP de Madrid 7/2020, de 8 de enero, aunque de conformidad, recoge en su fallo la aplicación del art. 510.3 CP a unos *tweets* machistas que se realizaron en respuesta a una publicación anterior de Antena 3 Noticias sobre el asesinato de una mujer a manos de su pareja. Para la aplicación del subtipo agravado, la sentencia en cuestión parece conformarse con aludir a que Antena 3 Noticias es una cadena informativa muy importante y Twitter una red social que involucra a millones de usuarios.

²²¹⁴ En realidad, el Tribunal Supremo lo que hacía era recoger las palabras del recurrente en su intento de defender la atipicidad de la conducta.

²²¹⁵ Para un mejor entendimiento del caso que va a ocupar nuestra atención en las próximas líneas, nos remitimos aquí al apartado «1.5.3. *Intersección con los delitos de expresión*» del *Bloque I*.

de la víctima. Era una cuenta abierta que contaba con más de 10.000 seguidores. Por más sorprendente que parezca, no se formuló acusación por el art. 510.3 CP. No obstante, de haberlo hecho, tampoco hubiera cambiado nada. Existían diferentes razones de peso que hacían improbable que el autor de esos comentarios llenos de improperios y amenazas con connotaciones ideológicas pudiera realmente llegar a influir en una audiencia presta a la reacción violenta. La forma en que actuó el acusado, además del contexto, hacían inimaginable ese escenario. Entre las razones, destaca la de que serían presumiblemente pocos los simpatizantes de la corriente de pensamiento ideológica del autor de los comentarios los que visitarían el perfil público de la víctima donde radicaban tales expresiones. La víctima no era un líder social ni una figura de relevancia pública equiparable, tan sólo un simpatizante de una formación política que quiso hacer pública su intención de formalizar su candidatura como independiente en las primarias de la formación política Podemos para las elecciones a las Cortes Valencianas. Los mensajes del acusado apenas tuvieron repercusión alguna, salvando cuatro comentarios en respuesta a quienes le reprocharon el primero de todos. Los comentarios, al menos en abstracto, se reconoce que tendrían la aptitud para generar un estado de opinión proclive a la concreción de actos violentos. No obstante, el contexto no acompañaba. Aparte de lo ya referido, no constaba como telón de fondo “(...) *un contexto de enfrentamiento en el que existieran tensiones graves por discursos de persecución o gravemente excluyentes contra afiliados o simpatizantes del partido Podemos*” (SAP de Valencia 468/2020, de 19 de noviembre, FJ 2). En suma, la “(...) *acción comunicativa no era objetivamente apta para extender un discurso de odio hacia los destinatarios de su mensaje*”. Asimismo, la forma de actuar del acusado no hacía pensar que estuviera “(...) *en disposición de obtener adhesiones a sus mensajes para colaborar en la creación de un estado de opinión agresivo contra personas que compartieran la ideología*”. La Audiencia Provincial de Valencia parecía mostrarse categórica al descartar la calificación jurídica de los hechos (art. 510.2.a) CP) pretendida por las partes acusadoras: “*Y siendo la acción aparentemente inhábil para generar un discurso de odio, tampoco cabe atribuir al acusado que pretendiera lo que a través de los medios empleados no aparentaba poder lograr*” (SAP de Valencia 468/2020, de 19 de noviembre, FJ 1).

En resumen, por mucho que el subtipo agravado como el art. 510.3 CP establezca un umbral asumible o relativamente sencillo de superar, es decir, que ni tan siquiera sea necesaria una visualización efectiva de los contenidos publicados en una red social, el

tipo básico, como pueda ser el art. 510.2.a) CP, siempre cerrará el paso a estos supuestos tan cotidianos en la práctica. En otras palabras, para el caso de mensajes vertidos en redes sociales desde cuentas que tengan escasos seguidores o, aun siendo muchos, presumiblemente pocos de la misma línea de pensamiento prejuiciosa que mantiene su autor o, en definitiva, con pocas muestras de adhesión a tales mensajes, se reduciría al máximo la posibilidad de repercutir con cierta trascendencia social. Por ello, lo habitual serán las inadmisiones a trámite o, en su caso, los sobreseimientos de procedimientos incoados²²¹⁶.

En los supuestos excepcionales en que se colman todos los requisitos típicos, todavía restaría poder demostrar la especial trascendencia social del mensaje. Esto sucede, por ejemplo, con los hechos enjuiciados en la SAP de Barcelona 299/2019, de 21 de mayo, que confirma una sentencia condenatoria anterior por unas expresiones realizadas en un grupo de *WhatsApp* al que tenían acceso unas sesenta personas. En concreto, se confirma la aplicación del art. 510.2.a) CP realizada en instancia, porque la conducta se perfecciona “(...) *frente a una multiplicidad de personas, lo que comporta un potencial lesivo mucho mayor por el escarnio público que supone*” (FJ 2). En cambio, no se aprecia el art. 510.3

²²¹⁶ Un ejemplo será suficiente, para lo que acudiremos al Auto 852/2021 del JI núm. 51 de Madrid, de 27 de abril. El día 13 de febrero de 2021, en las inmediaciones del cementerio de la Almudena (Madrid), tuvo lugar un homenaje a los caídos de la División Azul (grupo de voluntarios españoles que, durante la II GM, se alistaron en esta unidad con el fin de combatir a la URRS y brindar así apoyo a la Alemania nazi). En ese acto, micrófono en mano, tomó la palabra Isabel Medina Peralta (18), una joven que se presenta a sí misma como la fundadora de la Sección Nacional Femenina, evocando así a la que era, hasta su disolución por Real Decreto-ley 23/1977, de 1 de abril, la Sección Femenina (SF) de la Falange Española (1934-1977). En ese homenaje público, con una asistencia estimada de unas trescientas personas, se vertieron proclamas antisemitas que dieron lugar a diferentes denuncias acumuladas. Entre las diferentes proclamas antisemitas vertidas, constan en las diligencias de investigación de la Fiscalía las siguientes: «el enemigo siempre va a ser el mismo, aunque con distintas máscaras: el judío», «el comunismo es una invención judía destinada a enfrentar a los soberanos», y «el marxismo, igual que ayer en la segunda guerra mundial y hoy también, sigue intentando turbar la paz de nuestra sociedad, turbar la paz de los espíritus y, sobre todo, quitar al que es el príncipe de la paz, nuestro señor Jesucristo». La Fiscalía, en el marco de la investigación de los hechos, acuerda también recabar información sobre las reacciones en redes sociales a este discurso que, como hemos dicho, tuvo lugar en el cementerio de la Almudena de Madrid. Sobre este particular, la investigación policial concluyó lo siguiente: “*la mayor parte de los comentarios versan entorno a la autorización del acto por parte de la Delegación del Gobierno en Madrid, a la ilegalización de este tipo de actos o formaciones, a la calificación de estos hechos como delito de odio o al incumplimiento de las medidas sanitarias establecidas frente a la COVID-19 durante el desarrollo del homenaje*” (FJ 1). La Fiscalía, aun así, acabaría presentando denuncia ante el órgano judicial correspondiente por la presunta comisión de unos hechos constitutivos del art. 510 CP, sin más concreción. Al margen de la nula peligrosidad para el colectivo protegido que dimana del discurso incitador, el Juzgado de Instrucción determina que ese discurso, “*al margen de las personas que asistieron al homenaje, no ha tenido apenas repercusión*” (FJ 4), al menos en el sentido esperado para concretarse en la infracción penal pretendida por la acusación. Así, se concluye que “*no hay por tanto un grupo que se adhiera a la publicación del discurso anunciado que vaya a llevar a cabo acto de hostilidad alguno o que refleje que se ha incrementado su odio o menosprecio a los judíos*” (FJ 4). Todo lo anterior concluiría, como no podría ser de otra forma, con el sobreseimiento provisional y el archivo de las actuaciones, por no haber quedado acreditada la comisión del delito que se imputaba.

CP, en tanto “(...) *no hay demostración de que dicho mensaje trascendiese a un elevado número de personas*” (FJ 2). Para crear si cabe más confusión e incertidumbre, el elemento de «trascendencia social» se ha dicho constitutivo del delito de humillación a las víctimas del terrorismo y a sus familiares (art. 578 CP), especificando la SAN 4/2010, de 2 de marzo, que ello indubitadamente nos coloca ante “(...) *un medio que se preste a la difusión, lo que sucede en la red internauta*” (FJ 3). Y, si esto ocurre con el tipo básico del art. 578.1 CP, que recordemos también puede relacionarse con un subtipo agravado (art. 578.2 CP) equiparable al del art. 510.3 CP, ¿dónde radica, realmente, el elemento de trascendencia social? ¿en el tipo básico o en un elemento accidental ajeno al mismo? Como vemos, ante una jurisprudencia fluctuante, resulta complicado entender el margen aplicativo que tendría una agravación penológica como la que aquí nos ha ocupado (y preocupado).

3.3.3.3. Recapitulación final

El subtipo agravado del art. 510.3 CP restringe el marco abstracto de las penas previstas por ley a su mitad superior cuando unos mismos hechos incardinables en alguna de las conductas constitutivas de discursos incitadores (art. 510.1 CP) o de discursos difamatorios/injuriantes (art. 510.2 CP) sean cometidos “*a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información*”, haciéndose de esta forma “*accesibles a un elevado número de personas*”. Siendo la anterior una afirmación objetiva e irrefutable, a partir de aquí la indeterminación y la ausencia de seguridad jurídica hacen acto de presencia en todas las direcciones imaginables. Trataremos de resumir brevemente lo mucho que tiene para objetar esta incorporación relativamente reciente en el tiempo.

Entre otras cuestiones, sin que conste ningún otro dato que sugiera lo contrario, la reforma operada por LO 1/2015 en materia de discurso de odio punible vía art. 510 CP opta por modernizar la legislación penal para visibilizar unos medios comisivos concretos. El propio legislador parece asociar un potencial de proyección masiva a los mismos, resultando más peligrosos en abstracto. No obstante, los diferentes textos del *Anteproyecto de LO para la reforma del CP/1995* invitan a pensar que el diseño original de la reforma para legislar en este ámbito concreto obedecía a claves distintas a las que se acabaron manejando en el último momento (*Proyecto de reforma de CP/1995*). Sólo así se explica que lo que quedara agravado en un primer momento fueran las cadenas de

difusión del material incitador o del material que injuria/difama a colectivos vulnerables, para poco después desentenderse de lo anterior y ampliar su campo de acción.

Durante la tramitación parlamentaria del *Proyecto de reforma de CP/1995*, las contadas referencias que se hicieron apuntaban al desacierto agravar lo que ya quedaba debidamente cubierto por el tipo básico. Esa visibilidad que quería conseguirse del fenómeno del ciberodio, justificada o no, podía haber quedado igualmente articulada sin necesidad de recurrir a un subtipo agravado. Por ejemplo, de así haberse estimado oportuno, internet como medio comisivo podía haber constituido una concreción más dentro del tipo objetivo de la conducta punible. Una concreción que el legislador hubiera entendido como indubitadamente pública de antemano, por razón de los medios empleados. La decisión finalmente adoptada ahonda en la desproporción de la sanción penal. Pero es que, además, nada hacía presagiar que fuera a adoptarse la decisión de crear una escala de gravedad en función de si se superaba o no la barrera digital. Diferentes documentos de instancias supranacionales no hacían sino incidir en un tratamiento online/offline indiferenciado a efectos penales, evitando la duplicidad legal. La despreocupación por el fenómeno sobre el que se decía legislar era absoluta. Algunas voces ya apuntaban a un retraimiento ciudadano prácticamente seguro a la hora de ejercer su derecho a la libertad de expresión online. La frontera entre lo punible y la protección de ese derecho fundamental era lo suficientemente ambigua e imprecisa como para que alguien dudara, y con razón, no sólo de dar el paso (p.ej.: escribir un *tweet* polémico y ofensivo), sino también de exponerse a unas consecuencias penales mucho más gravosas. Una de ellas se traduce en la posibilidad de no eludir el ingreso en prisión.

Además de lo anterior, como se ha dicho, la crítica que sobresale en la doctrina española tiene que ver con el requisito de publicidad. En concreto, el carácter público de la conducta parece que va de suyo en el caso de internet, por lo que no deja de ser reiterativo que la apreciación del art. 510.3 CP se haga depender de esto último. Asimismo, se observa con preocupación que la excepcionalidad que se predica de toda agravación pase a convivir con la cotidianeidad más absoluta –en términos comunicativos– que ofrecen a la ciudadanía internet y sus diferentes servicios (p.ej.: servicios de mensajería, de videollamada o de intercambio de archivos). Además, como es sabido, un juez no puede dejar de graduar la pena conforme al régimen punitivo previsto por un tipo cualificado si objetivamente se dan los presupuestos para ello. Salvo que se proponga una interpretación conforme a derecho que justifique su no apreciación,

el margen que dispone el aplicador de la ley ante el hecho objetivo de la comisión online de la conducta es inexistente. No obstante, es posible realizar una labor exegética que «alivie» de alguna manera la apreciación automática del tipo cualificado.

En este sentido, la doctrina no ha dejado de sugerir soluciones de interpretación alternativas. Por ejemplo, se ha defendido que la publicidad del art. 510.3 CP es distinta a la del tipo básico porque el uso de herramientas tecnológicas la dotarían de características singulares. Es decir, se trata de una publicidad que favorece considerablemente la impunidad o sensación de impunidad, generando con ello indefensión en la víctima. Otros autores sostienen que es posible defender una difusión particular, mediática o propia de sistemas objetivamente adecuados para alcanzarla, todo lo cual vendría a presuponer la nota de masividad (número indeterminado pero extraordinario de personas). En este momento se empieza a dibujar lo que hemos denominado como publicidad cualificada, propia de aquellos medios que facilitan una proyección descontrolada. Es decir, se genera un «efecto altavoz» que no tiene por qué involucrar *de facto* a todas las personas a su alcance, sino que sitúa el plus de gravedad en la posibilidad real –y buscada por su autor– de que se haya podido acceder masivamente a un mensaje, fichero, etc. Esta proyección descontrolada puede incluso no haber sido configurada en origen, sino que terceros podrían haberla activado (p.ej.: mediante un *retweet* de una cuenta con muchos seguidores). Otras propuestas, al parecer, sugieren que la publicidad –cualificada o no– del subtipo agravado podría llegar a apreciarse sólo en aquellas conductas del tipo básico en que ésta no quede expresamente reflejada (p.ej.: se habla simplemente de “*difundir*” escritos o cualquier otra clase de material o soporte). Casualmente, como vemos, esto atañe a las diferentes etapas de la cadena de difusión (arts. 510.1.b) y 510.2.a) CP), es decir, justamente las únicas conductas que el prelegislador propuso para su eventual castigo agravado en los diferentes textos del *Anteproyecto de LO para la reforma del CP/1995*, previos al *Proyecto de reforma de CP/1995*.

Al margen de todo lo anterior, se ha visto también que no está en cuestión el hecho de que puedan llegar a reagruparse en torno a una misma figura penal (p.ej.: discurso de odio punible del art. 510 CP) diferentes elementos de publicidad (p.ej.: la publicidad mínima o general del tipo básico y la publicidad máxima o específica del subtipo agravado) por razón del medio empleado. A su vez, puede entenderse que la publicidad propia del tipo básico cualifica la conducta como delictiva, mientras que la agravación por publicidad

supone adicionar un elemento cuantificador (incremento del daño al bien jurídico del tipo básico). No obstante, parece claro que el art. 510 CP ya contiene una publicidad máxima o específica, por lo que el legislador rompe con las reglas que permiten la superposición de una publicidad con otra. Se trata de un caso de inherencia tácita.

Pero si el elemento de publicidad causa problemas, los medios que explicita el legislador en el art. 510.3 CP (es decir, “*medio de comunicación social*”, “*internet*” y “*tecnologías de la información*”) apuntan a una reiteración ininteligible de fórmulas más o menos amplias en alcance. Finalmente, el hecho de que las conductas constitutivas de discursos incitadores (art. 510.1 CP) o de discursos difamatorios/injuriantes (art. 510.2 CP) deban ser accesibles a un “*elevado número de personas*” (art. 510.3 CP) cuando se canalicen online, es un aspecto crítico que requiere de una reflexión más pausada. En concreto, una reflexión de corte más bien propositivo como la del caso austriaco estudiado. Según veíamos que dispone el Código penal austriaco, la publicidad típica esencial (publicidad mínima) se ligaba a quien actuara “*públicamente*” y de manera que fuera accesible a “*numerosas personas*” (§ 283(1) StGB austriaco), mientras que la publicidad cualificada (publicidad máxima) se refería más bien a un “*amplio sector del público*” (§ 283(2) StGB austriaco). La accesibilidad supone la mera perceptibilidad del material de forma directa/inmediata, lo que no implica –ni, por supuesto, excluye– que lo sea de forma síncrona/simultánea. Los observadores estarían dentro de su órbita de alcance potencial, por lo que se castiga la idoneidad de la conducta para generar el peligro real y concreto de alcanzarlos. A partir de aquí, se asume que deben manejarse referencias numéricas a modo de suelo objetivo para el operador jurídico. De esta forma, la publicidad mínima requerirá de unas treinta personas, mientras que la publicidad máxima exige aproximadamente ciento cincuenta.

Volviendo al caso español, la propuesta de *lege lata* propuesta se construye sobre esta misma idea de objetivar y estrechar, en la medida de lo posible, los márgenes de decisión judicial a efectos de apreciar el subtipo agravado del art. 510.3 CP. En concreto, salvo que se demuestre lo contrario en función de las circunstancias particulares del caso, la presunción es que tanto la publicidad básica como la cualificada se dan por satisfechas una vez quede superada la barrera numérica de treinta (publicidad básica de los arts. 510.1 y 510.2 CP) y ciento cincuenta (publicidad cualificada del art. 510.3 CP) observadores en potencia. La publicidad básica, eso sí, requerirá de ser combinada con la regla de la quiebra de confianza. Es decir, en la medida en que el emisor pierda o directamente no

tenga confianza intersubjetiva plena con alguno de sus interlocutores, se producirá la *propagación impredecible* del mensaje. Este será, precisamente, el requisito típico que demanda toda conducta vinculada a los de discursos incitadores (art. 510.1 CP) o a los difamatorios/injuriantes (art. 510.2 CP), por lo que es intrascendente el cauce comisivo concreto –online/offline– empleado. En cuanto a la publicidad cualificada, de ser buscada por el autor a través de los medios comisivos concretos que recoge el art. 510.3 CP, conllevará una *propagación incontrolada* del mensaje tan pronto como se supere el umbral numérico fijado a tal fin.

Como es lógico, todo lo anterior tiene sentido en la medida en que no se suprima el actual art. 510.3 CP, lo cual debería hacerse con carácter preferente y resituar así la publicidad cualificada en el lugar en que siempre debió estar. Es decir, la publicidad cualificada debiere ser, en realidad, una publicidad mínima exigible a los tipos básicos (arts. 510.1 y 2 CP). Además, este cambio entonaría bien con una jurisprudencia que apenas ha tenido ocasión de desarrollar la razón de ser del subtipo agravado del art. 510.3 CP. En cierta medida, podría decirse que una lectura en clave restrictiva del art. 510 CP es la mejor garantía para que decaiga todo lo demás. A su vez, ello permitirá reivindicar con tesón que se explore la vía de la agravante genérica del art. 22.4 CP anudada a cualquier otro delito de expresión (p.ej.: injurias, calumnias, amenazas, etc.), tal y como se ha desarrollado y defendido hacer en el *Bloque I* del presente estudio²²¹⁷.

²²¹⁷ En concreto, véase el apartado «1.5.3. Intersección con los delitos de expresión» del *Bloque I*.

CONCLUSIONES

1. Hay una tendencia a asociar los delitos de odio (*hate crimes*) con cualquier infracción penal en que el autor venga motivado o la víctima sea seleccionada por alguna suerte de vinculación, incluso supuesta, a ciertas categorías marco (p.ej.: raza, etnia, orientación sexual, etc.) legalmente recogidas a este fin. A pesar de constituir fórmulas neutras genéricas, conectan en realidad con sujetos o grupos/colectivos diana (p.ej.: personas negras, de etnia gitana, homosexuales, etc.) que han estado sistemáticamente expuestos a cierto grado de opresión en un lugar y contexto socio-histórico determinado.

Por tanto, la visión más extendida y profana acerca de los delitos de odio tiende a observarlos a través de su reflejo legal (adscripción *sincrónico-normativa* o *contemporánea* de los delitos de odio). Pero lo cierto es que su codificación, siendo un proceso de lo más reciente, no debiere hacernos caer en el olvido. El fenómeno de la criminalidad por odio se pierde en la noche de los tiempos (periodo pre-legislativo) y ha llegado a beneficiarse de cobertura legal (p.ej.: la esclavitud). Por mucho que la adscripción *diacrónico-histórica* o, simplemente, *histórica*, de los delitos odio no trascienda tanto como debería, ésta existe y tensiona la visión más reduccionista que impera en la actualidad. Aún más, los desequilibrios de poder que durante mucho tiempo se han ido construyendo y consolidando son los que ahora pareciera que demandan «privilegiar» con reconocimiento legal a ciertas categorías de víctimas. La respuesta jurídico-penal a una forma de violencia estructural como la representada por los delitos de odio no puede desentenderse o ser indiferente al legado de victimización histórica.

2. Existen dos grandes modelos de acción político-criminal en esta materia. El *comunitario* relativiza la labor del Derecho penal, pero fortalece y promueve otras vías alternativas o paralelas de control social formal/informal. Es un modelo de Estado proteccionista, intervencionista y, como tal, proactivo en los medios para corregir las injusticias históricas y la protección de minorías. El modelo comunitario es, de alguna manera, más considerado con la adscripción histórica de los delitos de odio. El modelo liberal, en cambio, no busca tanto corregir injusticias históricas como garantizar el respeto a la igualdad de todos (neutralidad valorativa estatal) y a evitar, mediante una batería de disposiciones antidiscriminatorias, incluidas las penales, toda lesión o injerencia en el uso y disfrute de derechos y libertades. Este modelo de Estado, hasta cierto punto, es ciego en relación con la adscripción histórica de los delitos de odio. El modelo político-criminal

español representa una escisión de este último. Originariamente, la preocupación residía en garantizar el principio de igualdad formal, si bien de un tiempo a esta parte se busca ya proteger la dignidad humana de injerencias externas que vengan motivadas por el desprecio/rechazo hacia cualidades identitarias inherentes a la persona. El centro de gravedad sigue siendo el individuo y no los grupos/colectivos. Otra cosa será que, debido a la sociabilidad tan característica del ser humano, de la dignidad humana se extraiga una dimensión social que sea la verdadera causante de que se violente a la persona, sea con hechos o con palabras. De aquí nace principalmente la opción de brindar protección a colectivos o grupos, si bien ello no evita reafirmar la caracterización fundamentalmente liberal de la que parte la política-criminal española.

3. La adscripción histórica y la contemporánea de los delitos de odio convergen en un tiempo y lugar muy concretos. En otras palabras, las modernas legislaciones contra los delitos de odio nacen en la segunda mitad del s. XX en los Estados Unidos, al abrigo del Movimiento por los derechos civiles (1955-1968) y la lucha por la liberación de la violencia ejercida para humillar, desplazar o directamente eliminar al diferente. En concreto, el triunfo de las políticas identitarias (*identity politics*) representó la semilla que, ya en la década de los ochenta, dio el salto al ámbito penal. De ahí surgen, precisamente, las legislaciones penales contra los delitos de odio. Las políticas identitarias representan la búsqueda por el reconocimiento político e institucional de la situación de desamparo de ciertos grupos victimizados o vulnerables. Para lograrlo, se «exageraba» la victimización para ganar en sensibilidad y reconocimiento socio-político. Aquellos que tuvieron mayor influencia dejaron atrás al resto (p.ej.: personas sin hogar, entre otros excluidos sociales) y ganaron en visibilidad. También tuvieron acceso, en lo que aquí interesa, a la norma penal. La apuesta fue por una respuesta penal novedosa y muy concreta: la técnica de la agravación de la pena (delitos de odio *stricto sensu*). Ante todo, se buscaba reequilibrar el desvío del prejuicio racial en el seno del poder judicial, procurando un tratamiento más uniforme. Así, el autor debía recibir una pena mayor a la que le correspondería de no haber actuado con la motivación con la que actuó y ante quien lo hizo (miembros de grupos/colectivos vulnerables).

4. Los delitos de odio precisan de una infracción penal de referencia sobre la que hacer recaer la agravación. A su vez, tendrán que darse una o varias condiciones que serán las que finalmente determinen la categorización como delito de odio *stricto sensu*

(concepciones marco). La dificultad reside, entre otras, en saber cuál o cuáles demanda la ley penal. Esta última tampoco es siempre del todo clara, lo que se ha tenido ocasión de comprobar más tarde con la agravante genérica del art. 22.4 CP, cuyas interpretaciones posibles parecen admitir postulados más culpabilísticos (concepción motivacional derivada del *[racial] animus model*) u otros más objetivos (concepción discriminatoria derivada del *discriminatory selection model*). Al margen de las anteriores, otras concepciones marco ponen en valor: (i) la intención de autor (concepción intencional); (ii) la fuerte carga simbólica (concepción simbólica) que supone haber escogido a la víctima por lo que representa, así como lo simbólico en sí mismo de que el intolerante se exponga a una sanción mayor respecto a quien no lo es; y (iii) los efectos negativos (concepción de efecto) sobre la víctima, el colectivo de referencia o la comunidad en su conjunto. En suma, qué es un delito de odio *stricto sensu* depende en buena medida de cómo combinemos todas estas variables.

5. Los delitos de odio vienen culturalmente condicionados, si es que no directamente motivados. El contexto cultural y las políticas de gestión de la diversidad –enmarcadas en un lugar y una época concreta– juegan un papel importante para entender el proceso de cómo y por qué se gesta la imagen del «otro» antepuesta al «nosotros». Un «nosotros», a su vez, que tiende a despertar una pulsión identitaria (nacionalismo cultural o identitario dominante) para reaccionar ante la amenaza percibida. Estos brotes violentos son trasuntos de la sociedad en la que vivimos, que además de globalizada también incorpora la conocida como «aldea global» (*global village*) de Internet. El contexto cultural influye en las creencias, emociones y tendencias conductuales de las personas, por lo que puede sostenerse que los delitos de odio constituyen auténticos «actos culturales». Las políticas que se han implementado para gestionar la diversidad y los conflictos que derivan de la misma también tienen la capacidad de precipitar actos de odio. De hecho, podría decirse que la criminalidad por odio tiende a manifestarse –a modo de reacción violenta– frente al incremento de la diversidad, pero también frente a la concesión por parte del Estado de privilegios a ciertos segmentos de la población. Pero es que, además, realizar una lectura del Derecho penal en clave intercultural (es decir, de reconocimiento y compromiso de tutela de la diversidad cultural) no es una opción más. España está obligada, según estándares internacionales, a valorar penalmente la identidad cultural. La agravante genérica por motivos discriminatorios del art. 22.4 CP brinda una protección reforzada de aquello «preciado» (componente cultural) frente a su lesión o puesta en peligro. No

obstante, desde pretextos más bien liberales, lo que movió al legislador fue, a buen seguro, el principio de igualdad proyectado en abstracto. Así se explica también la enumeración amplia y siempre expansiva de categorías protegidas. La paradoja es que, por más reformas que se realicen para incluir nuevas categorías (p.ej.: las “razones de género” en 2015 o las de “aporofobia/exclusión social” en 2021), nunca será suficiente de perseguirse tal ideal liberal. Por ello, reconducir el precepto a una interpretación más restrictiva en alcance (véase conclusión 1) parece no sólo aconsejable sino posible una vez se supere la aproximación literal al precepto.

6. La técnica de la agravación de la pena tiene su origen en los Estados Unidos (véase conclusión 3), lugar en que ocupa la centralidad de las legislaciones contra los delitos de odio. Asimismo, el modelo de agravación de la pena ha sorteado cualquier tipo de conflicto de intereses con el derecho a la libertad de expresión, en tanto que es la conducta de selección de la víctima lo que es objeto de castigo agravado en los delitos *de actos* de odio. Los delitos de odio con palabras (delitos de expresión o de impacto comunicativo), en cambio, gozan de una protección constitucional robusta, intensa y, desde una visión europea, también generosa con la libertad de expresión.

7. Diferentes autores hablan de «extensión lógica» o «prolongación» de la legislación contra los delitos de odio con respecto a la legislación antidiscriminatoria, confiriendo a la primera algún tipo de especificidad. A diferencia de lo que sucede con la lógica antidiscriminatoria, en la medida en que los delitos de odio imponen un gravamen a un hecho incuestionablemente delictivo en origen el componente prejuicioso se tendrá por un mero añadido y, como tal, será prescindible. Ello invita a pensar que los delitos de odio constituyen una discriminación de «especial gravedad». Aunque parece innegable que toda legislación contra los delitos de odio deba partir del suelo común del Derecho antidiscriminatorio, lo cierto es que tales legislaciones actúan como punta de lanza con rasgos propios. En concreto, mientras la preocupación de los delitos discriminatorios reside en las acciones lesivas dirigidas contra la individualidad (p.ej.: denegar el acceso a una discoteca por ser rumano), restando protagonismo a la afectación grupal o colectiva, en los delitos de odio el orden se invierte. De ahí que el discurso de odio punible (delitos de odio *lato sensu*) se conciba como un ataque frontalmente colectivo. Ahora bien, en los delitos de odio *stricto sensu* (modelo de agravación de la pena), el impacto sobre lo colectivo se alcanza de forma mediata (impacto intersubjetivo que alcanza dimensiones

colectivas), pero –al fin y al cabo– se alcanza. Esto último tensiona un modelo político-criminal de corte liberal e individualista como el español (véanse conclusiones 2 y 5) que parece querer restarles a los delitos de odio *stricto sensu* una funcionalidad esencial (es decir, el impacto supraindividual). Por último, aunque más controvertido (véanse conclusiones 1, 5 y 22), la vulnerabilidad del colectivo diana también es un rasgo que despunta en las legislaciones contra los delitos de odio.

8. El modelo agravatorio de la pena (delitos de odio *stricto sensu*) no viene, como tal, regulado en ningún instrumento jurídico de ámbito universal. No obstante, sí que se impele a los Estados para que actúen. Lo más destacado vendrían a ser los llamados de la Asamblea General y la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para que los Estados valorasen o considerasen seriamente la posibilidad de incluir una circunstancia agravante por motivación discriminatoria en sus respectivos ordenamientos. Esta medida era concebida como algo «eficaz». En esta misma línea, si bien dentro del Consejo de Europa, la *Recomendación de Política General Núm. 7* (2002) establecía que la legislación “*debería estipular*” que la motivación racista constituya circunstancia agravante (apdo. 21). Aun así, en su memorándum explicativo se aclara que la sanción de delitos comunes con tal motivación también es posible por la vía de la infracción penal sustantiva (delitos específicos). Como vemos, los pronunciamientos no son categóricos en torno a la adopción del modelo agravatorio de la pena. Esta línea quiebra en el ámbito más propiamente europeo, cuando el art. 4 de la Decisión Marco 2008/913/JAI obliga a los Estados miembro de la UE a que adopten las medidas necesarias para garantizar que la motivación racista/xenófoba se considere como una circunstancia agravante o, en su caso, se tenga en cuenta a la hora de determinar las sanciones a imponer.

Desde posiciones más críticas, las OSCE/ODIHR entiende que el modelo de infracción penal sustantiva es más adecuado que el de la agravación de la pena, puesto que así se gana en «visibilidad y expresividad». La FRA también ha manifestado sus dudas sobre si el modelo agravatorio de la pena es el idóneo para desalentar que se cometan más delitos de odio y para proteger debidamente la dignidad humana. Esta agencia europea apuesta más bien por los tipos penales autónomos o subtipos agravados.

9. La actual agravante genérica por motivos discriminatorios del art. 22.4 CP accede con carácter de urgencia y se enraíza desde entonces en nuestro ordenamiento penal a través de la LO 4/1995 (art. 10.17 CP/1973). Se pretendía contrarrestar la ideología

nacionalsocialista y otros movimientos ideológicos o culturales afines (p.ej.: los cabezas rapadas). Por lo demás, sirvió de refuerzo al principio de igualdad con base constitucional y de proyección abstracta, siendo así que el Derecho penal se va consolidando como un mecanismo más de política social estatal al servicio de ese mismo fin (véanse conclusiones 2, 5 y 7). No obstante, su ámbito de aplicación, al menos en origen, quedó reducido a los delitos contra las personas o el patrimonio. Ya con la entrada en vigor del CP/1995, su ámbito de aplicación queda libre de las constricciones iniciales, por lo que supuso una opción real para que la agravante se aplicara a los delitos de expresión o, al menos, a delitos en que tuviera cabida alguna modalidad expresiva (p.ej.: injurias, calumnias, amenazas, o trato inhumano o degradante de palabra). Sin embargo, existen delitos que, depende como se interpreten, podrán abarcar o no el desvalor adicional de la agravante del art. 22.4 CP. Es decir, si los insultos o la conducta racista integran ya el núcleo del atentado contra ciertos delitos (p.ej.: delito de trato inhumano o degradante), entonces la agravante genérica del art. 22.4 CP carecería de base y sentido aplicativo. En verdad este es un epicentro de discusión constante en la doctrina española y un motivo clave que explica por qué todavía no hay un catálogo claro e incontrovertido sobre disposiciones penales vinculadas a los delitos de odio y/o antidiscriminatorios.

A la vista de la cautela anterior, diferentes tipos penales del actual CP/1995 (delitos de odio *lato sensu*) pueden realizar funciones de filtrado del discurso de odio punible online/offline. Al margen de los arts. 22.4 CP y 510 CP, que representan la centralidad de nuestra legislación contra los delitos de odio, existen tipos penales que potencialmente absorben constelaciones de ciberodio u odio online muy específicas o periféricas. Este sería el caso de los arts. 170.1 CP (delito de amenazas dirigidas a atemorizar a un colectivo), 173.1 CP (delito de trato degradante) y 197.5 CP (delito de descubrimiento y revelación de secretos con afectación a datos personales especialmente sensibles).

10. Las propuestas de fundamentación que se han realizado en torno a la agravante del art. 22.4 CP son muy variadas y, no en pocas ocasiones, difíciles de clasificar. Abundan los enfoques culpabilísticos, como postura doctrinal mayoritaria y tradicionalmente defendida. En este sentido, se otorga un valor de preeminencia absoluta al móvil/motivo específico (factor interno) que precipita una conducta hacia el exterior (factor externo). Lo manifestado externamente adquiere significancia penal debido a la *psique* interna del sujeto. En cualquier caso, tanto el factor interno como su externalización, como no podría ser de otro modo en un Derecho penal del hecho, tienen

que ver con la naturaleza objetivo-subjetiva de la circunstancia modificativa. En cambio, que el comportamiento de un individuo venga coloreado de un *animus* éticamente desvalorizado supondrá un mayor desvalor con cargo al reproche de culpabilidad (fundamento subjetivo). El principal problema es cómo hacer que aflore ese *animus* del autor. La solución pasa, a menudo, por realizar juicios de inferencia que nos lleven al convencimiento de que el autor dio rienda suelta a su cosmovisión racista, machista, etc. En suma, se radiografía el *modus vivendi* del sujeto y se va construyendo una imagen general del sujeto una vez se observan patrones de comportamiento, personalidad, aficiones, etc. Todo ello linda con el Derecho penal de autor.

A nuestro modo de ver, que se aleja de esta corriente de opinión mayoritaria, el estado mental/psicológico que activa, estimula o desencadena la conducta, sea cual fuere éste (p.ej.: motivo/móvil, fin, etc.), es presupuesto para apreciar la agravante, pero no es suficiente como para justificar el mayor merecimiento de pena. Esto último debe defenderse desde postulados más objetivos. De hecho, la incorporación de las “razones de género” debió en su momento haber servido de «palanca de cambio», en el sentido de reorientar la interpretación del art. 22.4 CP en su conjunto hacia la objetivación de los hechos. Una especie de «efecto contagio» de los delitos género-específicos (o con marca de género) a la agravante del art. 22.4 CP, una vez se decidió que la violencia de género confluía en un precepto concreto (art. 22.4 CP) con los delitos de odio *stricto sensu*. Se defiende, en definitiva, sumarnos al modelo de selección discriminatoria (*discriminatory selection model*) sin descuidar la vertiente subjetiva que deriva del hecho de tener que obtener información complementaria acerca de qué fue exactamente lo que desencadenó la acción. Esto último servirá para verificar la consciencia mínima exigible al autor sobre la situación de desigualdad y discriminación objetiva al tiempo de la comisión de los hechos (véase conclusión 20).

En cualquier caso, insistimos, son los hechos objetivamente más dañinos (no escapando al conocimiento de autor que podrían serlo), los que fundamentan un mayor desvalor de resultado. Con ello nos estaríamos refiriendo a un efecto amenaza potencialmente expansivo por la connotación racista del acto y sus posibilidades emulativas dentro de la sociedad. Sobre esta peligrosidad que dimana de los hechos como fundamento de la agravante ya advirtió en su día LAURENZO COPELLO que podría acercar (y mucho) la agravante a una fundamentación equiparable a la del art. 510 CP. Recientemente, ASÚA BATARRITA no sólo asegura que es posible esta fundamentación

en común, sino que así debiere ser. Ambos preceptos (arts. 22.4 CP y 510 CP) parten de un mismo entendimiento o razón de ser. Este planteamiento, no cabe duda, renueva el interés de este proyecto doctoral por identificar y tratar de ordenar (véase conclusión 24) el espacio aplicativo del discurso de odio punible vía art. 22.4 CP (delitos de odio *stricto sensu*) y el del discurso de odio punible vía art. 510 CP (delitos de odio *lato sensu*).

11. En los delitos de odio *stricto sensu* pesa la losa del Derecho antidiscriminatorio. En la interpretación jurisprudencial sobre la agravante del art. 22.4 CP prima la protección de los individuos y sus derechos (modelo político-criminal liberal; véanse conclusiones 2, 5 y 7). La agravante del art. 22.4 CP se mantiene atrapada en un modelo jurídico de corte individualista y, como tal, el operador jurídico no acostumbra a levantar la mirada del «micro-conflicto»; es decir, de un conflicto bilateral entre individuos (agresor-agredido) en el vacío y sin problemas estructurales de fondo. No habría, a través de la acción del agresor, ninguna contribución relevante al fenómeno racista, homófobo, etc. Si, como se ha comentado (véase conclusión 7), una de las especificidades de las legislaciones contra los delitos de odio (delitos de odio *lato sensu*) es justamente la del impacto sobre el colectivo, sea que se alcance de forma mediata (art. 22.4 CP) o frontalmente (art. 510 CP), entonces la agravante del art. 22.4 CP se estaría quedando desprovista de su sentido originario de tutela (protección del colectivo). Inexplicablemente, la agravante genérica del art. 22.4 CP tiende a aplicarse descuidándose por completo el efecto intimidante o *in terrorem* que generan los actos que impactan sobre un individuo en representación, sea supuesta o no, de todo un colectivo. Asimismo, se constata que la agravante no opera tanto ni de forma tan sistemática en los delitos de odio *con palabras* como lo hace con los delitos *de actos* de odio. Esto es curioso, puesto que sería en principio más sencillo anudar una agravante del art. 22.4 CP desnaturalizada (es decir, interpretada desde claves más propias del Derecho antidiscriminatorio) a tipos penales frecuentemente ligados a la esencialidad del ser (p.ej.: delito de injurias).

12. Desde 2008 y hasta la actualidad, un sector minoritario de la doctrina española (MAQUEDA ABREU, PÉREZ DE LA FUENTE, DÍAZ LÓPEZ y CUERDA ARNAU) ha propuesto sacar la agravante genérica del art. 22.4 CP de la retaguardia en la que se encontraba y primar su aplicabilidad en relación con los delitos de expresión (p.ej.: injurias, calumnias o delitos contra la integridad moral), en detrimento de figuras de uso

como la del discurso de odio punible del art. 510.CP (delitos de odio *lato sensu*). En suma, se sugiere la necesidad de que el discurso de odio sea canalizado preferentemente por la vía del modelo agravatorio de la pena. A esto, añadimos nosotros, debe seguirle el restablecimiento de una interpretación atenta y sensible al sentido originario de la agravante (véase conclusión 10). Reivindicamos, por tanto, un escalón intermedio entre el umbral ultra-reforzado del discurso incitador (art. 510.1 CP) o difamatorio/injuriante (art. 510.2 CP) y la nada (atipicidad penal). Ese espacio puede y debe ocuparlo la agravante del art. 22.4 CP, que servirá a modo de red para ciertos comentarios ofensivos.

13. El problema surge no tanto en relación con la agravante, sino con el art. 510 CP. Este último dispone que será aplicable –entre otros supuestos– cuando una víctima particular lo sea «en representación de» el colectivo de pertenencia. Por tanto, cuando menos en teoría, es evidente que pueden existir casos frontera (es decir, más o menos dudosos) con la agravante del art. 22.4 CP. Incluso, de no tomar conciencia del problema, es posible que se generen lagunas de punibilidad al insistirse en los escritos de acusación en calificar unos hechos por la vía del art. 510 CP (sin prever soluciones alternativas). Tras la LO 1/2015, lo cierto es que el actual art. 510.2.a) CP (discurso difamatorio o injuriante) complica la labor del operador jurídico aún más. Al incorporarse una mención expresa a la “*dignidad*” como objeto de lesión de las acciones que entrañen “*humillación, menosprecio o descrédito*”, ello parece que refuerza la imagen de estar ante un delito de resultado en el caso del art. 510.2.a) CP (véase conclusión 21). El delito de injurias realizadas con publicidad (arts. 208-209 CP), según se interpreta de forma mayoritaria, sigue estas mismas premisas. Asimismo, el art. 510.2.a) no habla ya de “*difusión*” de informaciones injuriosas, sino que también puede cometerse a través de la emisión de opiniones o juicios de valor. Casualmente, estas últimas representan las conductas más habituales en la red (casos de «perfil bajo» que merecen una sanción acorde, es decir, una «sanción blanda»).

Todo lo anterior invita a pensar en que, ante la duda de derivar unos hechos al delito de injurias junto a la agravante del art. 22.4 CP, o hacerlo al art. 510.2.a) CP, el concurso de leyes se resolvería en favor de este último. Pues bien, según hemos defendido, no cabe argumentar siquiera que estamos ante un concurso de leyes. Si hiciéramos la ficción de que pudiera darse tal concurso, la adición de un elemento accidental (agravante del art. 22.4 CP) a un delito de expresión evitaría siempre que, de resolverse el concurso en favor del delito agravado, el tipo delictivo concernido fuera capaz de captar todo el desvalor de

la conducta sin la circunstancia modificativa. Aun habiéndose descartado el concurso de leyes, lo cierto es que los mensajes injuriantes en Internet también pueden verse como conductas punibles que están «en camino» pero que no alcanzan la extrema gravedad del discurso difamatorio/injurante (art. 510.2.a) CP). En nuestra opinión, quizás no sea realista tratar de organizar lo que todo apunta a diferentes grados de lenguaje ofensivo online en función de su gravedad. A falta de pautas generales, debe asumirse que será el contexto del caso particular de donde se extraigan las claves que determinen en qué realidad punible nos movemos. Algo parecido pasa con los diferentes grados de maltrato (maltrato ordinario, trato inhumano y tortura). De la misma forma que no existen pautas generales para aclarar cuando se escala de una realidad a otra, tampoco lo existirán para los diferentes grados de lenguaje ofensivo (delito de injurias junto con la agravante del art. 22.4 CP y discurso difamatorio/injurante del art. 510.2.a) CP). Habrá de fiarlo todo a los hechos y al contexto particular en que éstos tengan lugar.

En todo caso, un criterio válido será el de verificar el sentido objetivo (contenido intelectual) de la manifestación declarativa, es decir, el elemento tendencial (p.ej.: que sea una conducta tendencialmente dirigida a demonizar a un colectivo, a través de acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito) inserto en el art. 510.2.a) CP (véase conclusión 21).

14. La desproporción en la sanción a imponer es otro factor clave que debiere desincentivar al operador jurídico de acudir –directa y precipitadamente– al art. 510.2.a) CP. Esto, por otro lado, sería impensable que sucediese en el caso de la tortura como conducta más grave de entre los distintos grados de maltrato (véase conclusión 13).

Sin entrar a valorar el subtipo agravado del art. 510.3 CP, el art. 510.2.a) CP prevé penas de hasta dos años de prisión. En cambio, el delito de injurias realizadas con publicidad (arts. 208-209 CP) junto a la agravación prevista en el art. 22.4 CP devendrá, a lo sumo, en penas que no superan los catorce meses de multa. Finalmente, hemos podido observar con preocupación cómo numerosos intentos de derivar los casos hacia el art. 510.2.a) CP concluyen con una sentencia condenatoria dictada por conformidad. Esta práctica tan común devalúa el umbral de gravedad tan alto que debemos preservar para el art. 510.2.a) CP, ya que apuntala la idea de estar ante una vía con buen pronóstico judicial. De esta forma, se abre la veda a una criminalización masiva de conductas que causa todavía más confusión a la ciudadanía acerca de lo que le es o no permitido realizar. Las

inadmisiónes a trámite, como primer dique de contención, deben poder corregir la estandarización actual del castigo.

15. La Comisión Legislativa inglesa (*Law Commission for England and Wales*) ha afirmado en 2020 que los delitos relativos a la incitación al odio (*incitement to hatred offences*; ss. 18-23 y 29B-29G de la *Public Order Act 1986*) del derecho inglés (*English law*), equivalentes a las conductas que recoge nuestro art. 510 CP, podrían entrar en conflicto con la versión agravada por cuestiones raciales o religiosas de una serie de delitos comunes específicos (*racially or religiously aggravated offences*; ss. 28-32 de la *Crime and Disorder Act 1998*). La equivalencia lógica de estos últimos, una vez trasladados al caso español, sería la del art. 22.4 CP agravando ciertos delitos básicos. En palabras de la Comisión Legislativa, la finalidad de las *incitement to hatred offences* «se solapa considerablemente» (*overlaps considerably*) con las *racially or religiously aggravated offences*. Asimismo, una vez se aclara que las primeras pueden cometerse en el entorno online, la Comisión Legislativa da a entender que ese solapamiento referido también se trasladaría al ámbito virtual. Como vemos, lejos de ser el caso español una *rara avis*, la problemática trasciende nuestras fronteras. Su plena vigencia también parece incontestable.

16. De entre todas las versiones agravadas de delitos contenidos en las ss. 28-32 de la *Crime and Disorder Act 1998*, pueden extraerse fundamentalmente dos familias delictivas de interés. Además de admitir modalidades de comisión expresiva, ambas familias de delitos pueden servir al propósito de captar ciertos delitos de odio online. En primer lugar, se contemplan diferentes delitos de hostigamiento (*harassment*) y los delitos de acoso (*stalking*). En segundo lugar, constan los delitos de orden público (*public order offences*). Respecto a los primeros, se recogen: i) el delito de hostigamiento (*harassment*); ii) el delito de acoso (*stalking*); iii) el delito de hostigamiento que causa temor a la violencia (*harassment causing a fear of violence*); y iv) el delito de acoso que causa temor a la violencia y alarma o angustia graves (*stalking causing fear of violence and serious alarm or distress*). Respecto a los segundos, se recogen: i) la conducta amenazante, ofensiva o injuriosa que tenga por objeto o pueda provocar la violencia o el temor a la misma (*threatening, abusive or insulting conduct intended, or likely, to provoke violence or cause fear of violence*); ii) la conducta amenazante, ofensiva o injuriosa que cause intencionadamente hostigamiento, alarma o angustia (*threatening, abusive or insulting*

conduct intentionally causing harassment, alarm or distress); y iii) la conducta amenazante u ofensiva que pueda causar hostigamiento, alarma o angustia (*threatening or abusive conduct likely to cause harassment, alarm or distress*).

Aunque la cuestión –y la preocupación– racial latía de algún modo en el origen de todas estas conductas de hostigamiento/acoso y contra el orden público, ninguna estaba pensada para afrontar los retos tecnológicos del presente. De hecho, si bien es cierto que algunas han logrado reinventarse y adaptarse, su aplicabilidad a este nuevo formato ha sido residual, precisamente por las limitaciones propias de su finalidad y/o configuración jurídica originaria. Por ejemplo, los delitos contra el orden público estaban pensados para atajar cualquier comportamiento o actividad expresiva realizada en espacios públicos y con cierta proximidad física, dado que era precisamente esta proximidad la que favorecía que se precipitasen los acontecimientos proscritos (p.ej.: revueltas masivas por las calles que acaban en actos vandálicos) con inmediatez. A partir de aquí, el debate acerca de si estos comportamientos pueden flexibilizarse en mayor o menor grado ha sido avivado dentro y fuera del ámbito judicial.

17. Al margen de que un reducido grupo de delitos hayan sido reconfigurados para obtener así una versión agravada y autónoma por cuestiones raciales/religiosas, lo que de verdad define y vertebró toda legislación sobre delitos de odio en Reino Unido es la posibilidad de que cualquier delito se vea agravado en la fase de determinación de la pena. En este último caso, no se crean nuevas versiones cualificadas de delitos preexistentes, sino que simplemente se obliga a que la hostilidad (p.ej.: la racial o la religiosa, entre otras) hacia determinados grupos poblacionales sea tomada en cuenta a efectos de fijar las penas dentro del marco punitivo establecido para cada delito (p.ej.: la s. 66 de la *Sentencing Act 2020* en el derecho inglés). Justamente dos de esos delitos expuestos a agravación, el de comunicaciones malintencionadas (*malicious communications*) y el de las comunicaciones relativas al uso indebido de la red pública de comunicaciones electrónicas (*communications concerning the improper use of public electronic communications network*), previstos en dos leyes diferentes (s. 1 de la *Malicious Communications Act 1988* y s. 127(1) de la *Communications Act 2003*) son de gran interés. A diferencia de las *racially or religiously aggravated offences* (véanse conclusiones 15 y 16), estos delitos no estaban específicamente pensados para combatir manifestaciones prejuiciosas. No obstante, se adecúan mejor al formato online. De hecho, la Comisión Legislativa inglesa ha afirmado en 2020 que estos delitos absorben

prácticamente cualquier tipo de comentario ofensivo online. En particular, aquellos comentarios que, sin llegar a la entidad requerida por los delitos relativos a la incitación al odio, estén en camino para alcanzar esa gravedad. Esta es, precisamente, la filosofía que entendemos debe adoptar nuestra agravante del art. 22.4 CP (véase conclusión 13).

18. La aspiración a medio/largo plazo en España alrededor del art. 510 CP debiere ser la de alcanzar un estado de madurez semejante al que a comienzos de siglo ya era notorio que existía en Reino Unido. Por ejemplo, con motivo del proceso parlamentario que llevaría a una modificación de las *incitement to hatred offences* en el derecho inglés, el jefe de la policía Robert Beckley fue preguntado por la visión policial acerca de las expectativas tan altas que iba a generar el hecho de extender el ámbito de aplicación de la ley a lo religioso (es decir, superando por fin lo racial). La respuesta por parte de Robert Beckley fue, a nuestro modo de ver, muy significativa del estado de opinión general en aquél momento: *“Creo que, con el paso del tiempo, hemos gestionado las expectativas sobre la incitación al odio racial. Se ha convertido en un área en la que el debate racional se ha desvanecido un poco. La gente no está realmente debatiendo o confrontando ideas, se ha convertido en algo ligeramente polémico. La realidad es que, como ocurre con tantas otras leyes, se trata de una pieza más del rompecabezas que proporciona protección a nuestras comunidades en general. Es sólo una pequeña pieza, pero, sin embargo, la consideramos bastante importante”*. Estas palabras son impensables aún hoy en relación a nuestro art. 510 CP. Nuestra propuesta de restarle protagonismo al art. 510 CP y, salvo en casos extremos, promover la aplicabilidad de la agravante del art. 22.4 CP, es un primer paso para lograr ese estado de opinión inglés del 2005. Sólo así se logrará evitar que se emprendan acciones judiciales manifiestamente infundadas. La idea que late en Reino Unido es que, ante la duda, es preferible evitar que se creen mártires de la libertad de expresión.

19. A día de hoy, todos los esfuerzos en los diferentes sistemas legales de Reino Unido parecen ir encaminados a evitar la dispersión de normativa de disposiciones penales vinculadas a los delitos de odio. De esta forma, se empiezan a configurar leyes odio-específicas (*Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021*). Estas leyes, además, parecen abrir el arco de tutela penal a otras categorías protegidas, por lo que son percibidas como muy ambiciosas.

Incluso, al margen de las categorías contenidas en disposiciones legales (*statutory provisions*), existen principios generales (*overarching principles*) que guían la labor judicial y que sirven para valorar la gravedad del delito. Por ejemplo, la selección intencional de víctimas vulnerables puede ser un factor que imprima una mayor culpabilidad de autor, o que reconozca que el daño causado es mayor debido a la vulnerabilidad de la víctima. Por tanto, el sistema de protección que se dispensa a víctimas de delitos de odio a través de la administración penal de justicia es amplio y tiene diferentes niveles, evitando en última instancia la desprotección total.

20. Si bien la Comisión legislativa inglesa no ha optado todavía por asumir con carácter preferente el modelo de la selección discriminatoria (*discriminatory selection model*), lo cierto es que no lo hace por una razón muy concreta. Según se afirma, siempre debe darse un mínimo grado de *animus* consciente por parte del autor sobre las implicaciones que tiene su acción. A nuestro modo de ver, se puede adoptar el modelo de la selección discriminatoria sin prescindir por completo del elemento subjetivo (estado mental/psicológico prejuicioso) que estaría necesariamente presente en el origen de la conducta humana (véase conclusión 10). Como factor clave que desencadena los hechos, debemos poner al descubierto o revelar esa fuente en origen para obtener más información que nos ayude a establecer la conciencia mínima exigible al autor de los hechos. Una conciencia mínima acerca de que la conducta probablemente causaría los efectos proscritos debido a quién era la víctima y/o a lo que ésta representa. Sería suficiente con un «conocimiento latente» de la situación de desigualdad y discriminación objetiva al tiempo de los hechos. Esto no impide que exista un estado mental/psicológico prejuicioso que juegue algún papel detrás de ese conocimiento latente. El modelo de la selección discriminatoria, como modelo teórico amplio, admite variantes en que sea exigible no ya el conocimiento o la intención, sino simplemente la indiferencia más insensible respecto a la posibilidad de que la víctima sea parte de un colectivo que constituya en realidad un colectivo vulnerable.

21. El ciberodio es un fenómeno poliédrico en sus formas de manifestarse, siendo la incitación a la violencia su cara más extrema. No obstante, destaca también la conducta consistente en estereotipar a otro/s o la de atribuir a otro/s problemas sociales o personales. En cualquiera de estos casos, lo que subyace es una manifestación declarativa del pensamiento humano que guarda un sentido objetivo (contenido intelectual). El

carácter declarativo de lo manifestado representa la «tendencia de la acción» para lograr influir en terceros (elemento tendencial). El discurso difamatorio/injuriante del art. 510.2.a) CP no debiere operar como una lesión automática y efectiva sobre la víctima nada más se vierta el discurso o se haga uso de determinadas palabras (p.ej.: insultos burdos). Aparte de la voluntad finalista de impacto supraindividual, común a todo delito de odio, la finura del análisis a realizar obliga a identificar fórmulas expresivas que doten a lo expresado del sentido valorativo (contenido intelectual) previsto por la norma penal (p.ej.: incitar, atribuir males sociales a otro/s, etc.). En el caso concreto del art. 510.2.a) CP, el precepto parece que apunta a acciones dirigidas a demonizar a un colectivo, a través de la humillación, menosprecio o descrédito (esto es, a través de un ropaje o revestimiento muy concreto de lo que se dice). En nuestra opinión, esto debería forzar a reconsiderar el art. 510.2.a) CP no como delito de resultado, sino como delito de peligro abstracto. Tal planteamiento pondría en sintonía esta conducta con el resto de conductas punibles del art. 510 CP. Se promueve así un sentido unitario de afección a un mismo bien jurídico protegido en el art. 510 CP, trazando diferentes estadios de gravedad en relación a su puesta en peligro. Lógicamente, la acción tendente a demonizar a todo un colectivo irá sembrando el terreno para que la incitación al odio, discriminación o violencia cale con mayor facilidad. De alguna manera, esa interpretación «cose» el conjunto de conductas punibles dentro del precepto y aleja más la conducta del art. 510.2.a) CP respecto de la del delito de injurias realizadas con publicidad (arts. 208-209 CP), el cual parece mantenerse ampliamente concebido como delito de lesión. El art. 510.2.a) CP no puede entenderse como una isla dentro del propio art. 510 CP, o incluso dentro del propio art. 510.2.a) CP, ya que la «cadena de difusión» adelantada al material difamatorio injuriante del art. 510.2.a) CP es ya de por sí un delito de peligro abstracto.

En términos generales, el art. 510 CP debería poder reflejar una «escalera de odio» destinada a poner en el disparadero de salida a todo un colectivo (orientación de agresión grupal). El impacto sobre el colectivo, en el caso del art. 510.2.a) CP, es de una entidad mayor que nada tiene que ver, por ejemplo, con afecciones puntuales al honor. La fuerza discursiva, inserta dentro de otros indicadores contextuales, deberá ser la idónea para devaluar la imagen pública del colectivo.

22. De un tiempo a esta parte, la noción de *vulnerabilidad* del colectivo de referencia en los delitos de odio (véanse conclusiones 3, 7 y 19), como estigma que arrastran ciertos grupos poblacionales, se ha instalado en el lenguaje jurídico-político. En cierta medida,

ello ha posibilitado que se acabe filtrando poco a poco al ámbito judicial. Formulaciones teóricas tan importantes como la de Martha FINEMAN y su teoría de la vulnerabilidad (*vulnerability theory*) critican que se compartimente este concepto en función de según qué categorías de personas (categorización social). La vulnerabilidad es universal y propia de la condición humana, si bien es cierto que es desigual y variable en función de la experiencia vital de cada uno. Hay numerosas variables que pueden entrar en juego de forma imprevisible (p.ej.: alteraciones en el ámbito socio-económico o experiencias familiares negativas). Esta autora, eso sí, construye su visión sobre la vulnerabilidad sobre los mimbres de un modelo igualitario de sociedad (todos somos igualmente vulnerables). Un modelo, nuevamente, cuyo ejemplo bien puede ser el español y su lógica antidiscriminatoria (véanse conclusiones 2, 5, 7 y 11). Una lógica que, como hemos visto, empaña la funcionalidad del agravante del art. 22.4 CP al desatender el requisito del impacto supraindividual que trae consigo acto (véase conclusión 11). Los tipos penales deben interpretarse atendiendo al elemento de la vulnerabilidad (es decir, a una mayor exposición al riesgo por una característica propia), de tal forma que se orienten a la protección de colectivos sistemáticamente expuestos a similares acciones de odio (véase conclusión 1).

Ahora bien, no cabe desconocer que esta etiqueta viene autoimpuesta de alguna manera por la propia sociedad a la que uno pertenece. Al desvalorar ciertas características identitarias, la sociedad excluye al individuo y le arroga la vulnerabilidad de la que es, por ser quien es, merecedor. De esta forma, su posición es problemática para el Estado. El inmigrante, por ejemplo, puede ser objeto de discriminación y abuso, pero también fuente de violencia o de amenaza a valores compartidos. Se le sobreprotege mediante instrumentos de control social como el Código penal, pero también se le criminaliza y aísla. En suma, no le será posible desquitarse de la etiqueta social de vulnerable. En consecuencia, siempre será percibido como diferente. La vulnerabilidad, así entendida, desplaza la responsabilidad que tiene la sociedad en todo este proceso tan desconcertante. Por ello, a pesar de su uso cada vez más extendido, nada extrañan las críticas al término *vulnerabilidad* como forma de categorizar socialmente a los individuos.

23. A día de hoy no es posible afirmar de forma taxativa que la acción expresiva online y la acción violenta offline mantienen una relación de causalidad. La evidencia de los estudios realizados refleja que existe más bien una correspondencia entre ambas realidades que, eso sí, no parece ser casual. Asimismo, resulta interesante comprobar

cómo la relación anterior se vuelve más intensa conforme nos acerquemos a contextos de auténticas catástrofes humanitarias (p.ej.: escenarios pre-bélicos o pre-genocidas). En la medida en que nos alejemos de esos escenarios límite se vuelve más inestable la correlación. Aun así, en el caso concreto de atentados terroristas, se ha sostenido que el papel que juegan las nuevas tecnologías no sólo es importante sino también determinante para el cambio actitudinal hacia ciertas minorías o colectivos. Los mensajes de odio en la red sirven de acicate para que otros actúen. De lo que no cabe duda es de que las nuevas tecnologías sirven como sistemas de alerta temprana (*early warning systems*) de los actos de odio offline.

24. Al igual que sucedía con la fundamentación de la agravante (véase conclusión 10), las propuestas del bien jurídico protegido son muchas y muy variadas. En consonancia con todo lo ya reflejado sobre la configuración liberal o individualista del modelo político-criminal español (véanse conclusiones 2, 5, 7 y 11), las propuestas que dominan la escena sobre el fundamento dogmático del art. 510 CP son –y siempre han sido– las que creen ver un bien jurídico de titularidad individual. En general, se plantea una suerte de tutela anticipada, más o menos alejada de la lesión efectiva, que salga «en defensa» de los derechos e intereses individuales. En concreto, del *derecho a la igualdad y a la no discriminación*, si no directamente de la *dignidad*. Incluso, hay propuestas que asumen el *honor colectivo* como interés a proteger no ya en el marco reducido del art. 510.2.a) CP (discurso difamatorio/injuriante), sino en todo el art. 510 CP. Otras posturas, por ejemplo, plantean el atentado al *derecho a la diversidad* que los actos de odio implican (véase conclusión 5). La única excepción dentro del art. 510 CP a esa tutela adelantada respecto a la lesión del bien jurídico protegido sería la del discurso difamatorio/injuriante del art. 510.2.a) CP. Esta conducta –según entiende la corriente de opinión mayoritaria– representa una lesión efectiva. Nuestra posición, se ha dicho, es la de reorientar el art. 510.2.a) CP hacia un delito de peligro abstracto, generando mayor sintonía y sistematicidad con el resto de conductas punibles dentro del propio art. 510 CP (véase conclusión 21).

En cuanto al objeto de tutela, defendemos que podrían ser las *condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos especialmente vulnerables* (LANDA GOROSTIZA). Se trata de una afección genuinamente colectiva y que, como tal, sacude al grupo en su conjunto. Se resquebrajan las expectativas futuras de seguridad y confianza de ciertos individuos para con sus semejantes, debido a lo que son o se percibe que son. De esta

forma, es previsible (potencialidad futura) que se acabe dando un retraimiento ciudadano a la hora de ejercer sus derechos fundamentales (p.ej.: evitar salir solo por lugares de ocio a ciertas horas de la madrugada). El discurso punible y su efecto amenazante pasa a ser el idóneo para alcanzar ese estado de pérdida de confianza ciudadana. Es, en definitiva, un discurso apto para constreñir espacios de libertad. A este fin, una lectura sensible al contexto en que se desarrolla la acción discursiva se adecuará bien a los estándares supranacionales de proscripción del discurso de odio. A su vez, la afección mínima y penalmente relevante al bien jurídico protegido debe ser representativa de una aportación que se realiza a la puesta en marcha de procesos de agresión intergrupala. Así entendido, el umbral de la responsabilidad penal es lo suficientemente elevado como para desalentar el ejercicio de acciones judiciales que, de prosperar, crearían mártires de la libertad de expresión (véase conclusión 18).

En suma, los arts. 22.4 CP y 510 CP parten de un suelo común, por su fundamentación equiparable (véase conclusión 10), pero despliegan su capacidad reactiva desde flancos diferentes y de modo diferente. La agravante imprime una dimensión supraindividual a la acción comunicativa (p.ej.: delito de injurias), dirigida en todo caso a un individuo. El mensaje cala intersubjetivamente y se logrará que reverbere en lo colectivo. La incidencia, forma y capacidad de infiltración del mensaje amenazante a escala colectiva es muy diferente a la que pueda darse en el art. 510 CP. En este caso, se despliega protección a un bien jurídico de titularidad colectiva desde una fase adelantada de tutela. El discurso incitador (art. 510.1 CP) o difamatorio/injurante (art. 510.2 CP) pondrá en peligro, sea de forma mediata (persona interpuesta mediante) o de forma directa (mensajes frontalmente dirigidos al colectivo), un bien jurídico colectivo.

25. La decisión de crear un subtipo agravado (art. 510.3 CP) que refleje de forma clara la mayor gravedad y sanción que merecen las conductas de ciberodio no vendría avalada por las directrices que llegan desde el ámbito supranacional. En este sentido, destaca la *Declaración Conjunta* (2018), adoptada por el Relator Especial de NN.UU. sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la OSCE, el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, y el Relator Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la CADHP. El mensaje parece incontrovertible y no ha lugar a discusión: *“Los Estados deben abstenerse de adoptar leyes innecesarias o desproporcionadas que penalicen o impongan sanciones más*

severas a la expresión en línea (online) que a su equivalente fuera de línea (offline)” (art. 3.b) de la Declaración). Se apuesta claramente por un tratamiento indiferenciado online/offline a efectos penales. No obstante, sin apenas oposición durante su tramitación parlamentaria, sale adelante el actual art. 510.3 CP (LO 1/2015). La única explicación posible es que es fin justificaba los medios. En concreto, el fin se traduce aquí en la modernización de nuestra legislación penal para adecuarse a las nuevas amenazas del s. XXI. En cambio, los medios podían haber sido otros. Es decir, podía haberse optado por dar cabida al factor tecnológico como una concreción más dentro del tipo básico. Una concreción que serviría para poner de manifiesto el carácter indubitadamente público de la conducta al emplearse medios determinados, como sería el caso de Internet.

Por ejemplo, el delito equivalente contra el discurso de odio punible previsto en el Código penal portugués (1995) siguió en su día esta última opción apuntada, por lo que no reflejaba agravación penológica alguna. La propia Fiscalía General del Estado española recomendó imitar este modelo en 2012. De hecho, Portugal parece haber seguido una lógica opuesta a la española, ya que en 2017 altera la redacción de su precepto a fin de generalizar y hacer indistinguibles los cauces comisivos en concreto. En este momento, tanto por constituir un subtipo agravado como por hacer visibles los medios concretos empleados, el art. 510.3 CP no puede estar más lejos del art. 240 del Código penal portugués (1995). Se ha generado una duplicidad legal al sumarse un subtipo agravado a un tipo básico que, estando como estaba redactado en términos neutros, tenía la capacidad de absorber tales conductas sin mayor dificultad. La sanción que se prevé ahora, de apreciarse el art. 510.3 CP, tiene consecuencias tan evidentes como la de, en su caso, no eludir el ingreso en prisión.

26. La publicidad que facilitan medios tan cotidianos como Internet no casa del todo bien con una agravación que, como tal, debiere ser de apreciación excepcional. En otras palabras, resulta inquietante observar esa cotidianeidad absoluta en el uso de ciertos medios de comunicación y, a su vez, que el CP/1995 prevea la imposición de una graduación forzosa del marco abstracto de la pena (mitad superior) de darse los presupuestos objetivos necesarios para ello. La doctrina española ha intentado salvar la vulneración del principio *non bis in idem* entre el tipo básico y el subtipo agravado tratando de configurar la publicidad de este último como especial, mediática o cualificada. Por ejemplo, se ha sostenido que la publicidad es distinta en la medida en que Internet favorece considerablemente la impunidad o sensación de impunidad, generando

indefensión en la víctima. Asimismo, se alude a una proyección descontrolada y expansiva por el «efecto altavoz» que facilitan los medios escogidos. En realidad, el plus de gravedad se sitúa en la posibilidad real –eso sí, buscada por su autor– de lograr un acceso masivo al mensaje incitador (art. 510.1 CP) o difamatorio injurioso (art. 510.2 CP). Otras interpretaciones doctrinales inciden en los términos exactos de redacción de estos dos últimos preceptos, dado que habría conductas punibles en ellos recogidas que, al menos formalmente, no incorporan tal elemento de publicidad básica (arts. 510.1.b) y 510.2.a) CP). En cualquier caso, el problema no parece consistir en que se superpongan dos elementos de publicidad (publicidad básica y publicidad cualificada) en un mismo tipo penal (art. 510 CP). Es perfectamente posible defender que la publicidad básica, en realidad, *cualifica* la conducta como delictiva, mientras que la publicidad cualificada *cuantifica* en función del incremento del daño al bien jurídico. El problema en el art. 510 CP es más bien que la publicidad cualificada (es decir, la publicidad que cuantifica) integra ya el tipo básico, por lo que habríamos de asumir que estamos antes un caso de inherencia tácita. La propuesta de *lege ferenda* no puede ser otra que la de suprimir el art. 510.3 CP y devolver su publicidad cualificada al tipo básico.

27. La técnica de redacción empleada por el legislador para hacer referencia a los cauces comisivos concretos del art. 510.3 CP es muy deficiente y confusa. De hecho, podría sostenerse que tanto “*internet*” como las “*tecnologías de la información*” son, en realidad, “*medios de comunicación social*”, mientras que Internet es, a su vez, la cara más visible de las tecnologías de la información. Sin ir más lejos, tanto el marco comparado portugués como, por extensión, la propuesta de la Fiscalía General del Estado español que en 2012 quiso imitar ese modelo (véase conclusión 25), siempre han omitido la alusión a Internet, precisamente por entenderla implícita dentro de la referencia más amplia a “*cualquier medio de comunicación social*”. Por tanto, en caso de mantenerse el art. 510.3 CP, lo anterior debería depurarse en aras de una mayor claridad.

28. Los medios empleados para llevar a cabo la acción proscrita (es decir, “*medio de comunicación social*”, “*internet*” y “*tecnologías de la información*”) deben posibilitar el acceso a un “*elevado número de personas*”, según reza el art. 510.3 CP. En este caso, el espejo austriaco parece que corrige en parte la indeterminación anterior. El tipo básico se refiere al acceso posible a “*numerosas personas*” (§ 283(1) StGB austriaco), lo cual conecta con la publicidad típica esencial que demanda el precepto. En cambio, el tipo

cualificado alude a hacer posible que la conducta, sea a través de un “*documento impreso, en una emisión o de cualquier otra forma*”, se haga accesible a un “*amplio sector del público*” (§ 283(2) StGB austriaco), lo que se ha asociado con una publicidad cualificada. Para la publicidad básica, se viene exigiendo que existan aproximadamente treinta personas en disposición de acceder al material concernido de forma más o menos directa o inmediata. En el caso de la publicidad cualificada, la referencia numérica será de aproximadamente ciento y cincuenta personas, en los mismos términos anteriores. En realidad, lo que se castiga no es el acceso fáctico y masivo a dicho material, sino el peligro real y concreto de alcanzarlo siempre que el autor lo hubiera buscado de forma deliberada. Este suelo numérico ayuda a objetivar y estrechar los márgenes de decisión judicial, por lo que garantiza una mayor uniformidad de criterio en sede judicial.

29. Lo anterior podría llegar a compatibilizarse con la regla de la quiebra de confianza. En principio, este último método ha sido defendido en la doctrina española por GOYENA HUERTA a efectos de ordenar la naturaleza del espacio en que se vierten unos mensajes en la red. En esencia, todo pasa por saber identificar correctamente los espacios privados en la red. La publicidad que requiere el tipo básico del art. 510 CP precisará, según este autor, que la difusión no tenga carácter privado. A su vez, para identificar tales espacios privados, propone que nos desprendamos de lo estrictamente numérico (es decir, del número de receptores potenciales del mensaje) o de los parámetros de privacidad (es decir, que sea una cuenta de *Facebook* privada y sólo visible para los amigos). En concreto, el aspecto crucial se reconduce a la confianza intersubjetiva que presidirá las relaciones entre posibles interlocutores o receptores potenciales del mensaje. Así, una comunicación es privada en la medida en que exista cierto grado de certeza acerca de las identidades de todos los potencialmente involucrados. Si un individuo no es «conocido plenamente», entonces se rompe la regla de la confianza mutua porque su comportamiento se vuelve *impredecible*. En cuanto al art. 510.3 CP, el autor se refiere únicamente a una propagación no ya sólo impredecible, sino *incontrolada*.

30. Nuestra propuesta de *lege lata* para el art. 510.3 CP pasa por hacer la lógica austriaca (véase conclusión 28) compatible con la regla de la quiebra de confianza (véase conclusión 29), y viceversa.

Al igual que en el marco comparado austriaco, proponemos crear barreras numéricas (30 y 150 receptores potenciales) que, de superarse y salvo que se demuestre lo contrario

a la luz de las circunstancias que rodean el caso, pueda presumirse la publicidad mínima o la publicidad cualificada respectivamente. Estos criterios serán flexibles, en la medida en que siempre será posible demostrar que, aun superándose las referencias numéricas fijadas, el contexto que rodea los hechos no dejaba dudas acerca de la falta de publicidad típica o cualificada. Ahora bien, mientras que en la primera no importará el medio comisivo empleado, en la segunda deberán seguir siendo aquellos que contempla el subtipo agravado del art. 510.3 CP (véase conclusión 27). En este punto, a efectos de restringir el encaje típico de conductas en el tipo básico (publicidad mínima), se propone hacer uso de la regla de la quiebra de confianza. De esta forma, cuando el emisor del mensaje pierda o no tenga confianza plena con alguno de sus posibles interlocutores o receptores potenciales del mensaje, la publicidad mínima conllevará la probabilidad realista de *propagación impredecible* del mensaje, lo que supondrá que la publicidad básica torne también típica desde ese momento. Todo lo anterior hará innecesario determinar la naturaleza del espacio (público, semiprivado o privado) en que se vierten los mensajes. En cuanto a la publicidad cualificada del subtipo agravado del art. 510.3 CP, no regirá la regla de la quiebra de confianza, conformándonos con que se supere la barrera numérica mencionada. Una vez se supere tal referencia numérica haciéndose uso de los medios comisivos concretos que prevé el subtipo agravado del art. 510.3 CP, lo cierto es que todavía será necesario que el autor haya buscado de forma intencional esa *propagación incontrolada* del mensaje. En tanto no se acometa una revisión profunda del subtipo agravado del art. 510.3 CP que lleve a su supresión, estos criterios recién apuntados podrán ser de valiosa utilidad para los operadores jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA*

AARONSON, Ely, *From slave abuse to hate crime. The criminalization of racial violence in American history*, Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York, 2014.

ABRISKETA URIARTE, Joana, “**La discriminación racial**: un análisis comparado sobre el marco jurídico internacional y europeo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Núm. 29, 2015.

ACALE SÁNCHEZ, María, «**Derecho penal y violencia de género**. ¿Un nuevo cambio de paradigma?», en MARTÍN SÁNCHEZ, María (dir.), *Estudio integral de la violencia de género. Un análisis teórico-práctico desde el derecho y las ciencias sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 403-441.

— *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*, Reus, Madrid, 2019.

ADDISON, Neil, *Religious discrimination and hatred law*, Routledge-Cavendish, Abingdon/Nueva York, 2007.

AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel, “**La reforma del art. 510 del Código penal**”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Núm. 86, 2011 [LA LEY 16990/2011].

— *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Generalitat de Catalunya. Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2015.

AKDENIZ, Yaman, *Internet child pornography and the law. National and international responses*, Ashgate, Aldershot/Burlington, 2008.

— *Racism on the Internet*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2009.

ALASTUEY DOBÓN, Carmen, “**La reforma** de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas”, *Diario la Ley*, Núm. 8245, 2014 [LA LEY 464/2014]

— “**Discurso del odio** y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, Núm. 18(14), 2016.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “**Discurso del odio y discurso político**. En defensa de la libertad de los intolerantes”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, Núm. 14(2), 2012.

— “**Diversidad cultural, intolerancia** y Derecho Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, Núm. 18(11), 2016.

* Las obras se citan abreviadamente en el texto por el/los apellido/s del autor/a, palabra/s clave de la obra realizadas en negrilla y número de página, número marginal o número de epígrafe. Los enlaces previstos en relación con documentos alojados en Internet buscan facilitar al lector la localización de los mismos.

- «**Cocinar Cristos** y quemar Coranes. Identidad religiosa y Derecho penal», en MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 67-85. Véase también: “**Cocinar Cristos** y quemar Coranes. Identidad religiosa y Derecho penal”, *Jueces para la Democracia*, Núm. 90, 2017, pp. 125-140.
- «**Diversidad cultural, discurso del odio** y derecho penal», en VV.AA., *Democracia constitucional y diversidad cultural. XXI jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp. 79-147.
- “**Opiniones constitucionales**”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 1, 2018.
- “**Símbolos y ofensas: crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos**”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, Núm. 21, 2019.
- *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- ALFREDSSON, Gudmundur, «**Article 4**», en WELLER, Marc (ed.), *The rights of minorities in Europe. A commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2005, pp. 141-152.
- ALLPORT, Gordon W., *The nature of prejudice*, Addison-Wesley Publishing Company, Cambridge, 1954.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes, *El sistema de las circunstancias del delito*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1981.
- «**La circunstancia agravante** de discriminación», en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 533-542.
- «**Derecho penal y dignidad humana**. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier/COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel/GÓMEZ PAVÓN, Pilar/MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli/MARTÍNEZ GUERRA, Amparo (coords.), *Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 287-337.
- “**Sentimientos** y Derecho penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 106, 2012, pp. 35-96. Véase también: «**Sentimientos** y Derecho penal», en ALONSO ÁLAMO, Mercedes, *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos. Estudios*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2014, pp. 249-300.
- “**Derecho penal mínimo** de los bienes jurídicos colectivos (Derecho penal mínimo máximo)”, *Revista Penal*, Núm. 32, 2013, pp. 23-40. Véase también: «**Derecho penal mínimo** de los bienes jurídicos colectivos (Derecho penal mínimo máximo)», en ALONSO ÁLAMO, Mercedes, *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos. Estudios*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2014, pp. 301-327.
- «**El delito de feminicidio**. Razones de género y técnica legislativa», en MONGE FERNÁNDEZ, Antonia (dir.)/PARRILLA VERGARA, Javier (coord.), *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 91-129.

- ALONSO GARCÍA, Enrique, “**El principio de igualdad** del artículo 14 de la Constitución española”, *Revista de Administración Pública*, Núms. 100-102, 1983, pp. 21-92.
- ALTÉS MARTÍN, Miguel Ángel, «**Algunas reflexiones** sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el Código penal de 1995», en VV.AA., *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Volumen I*, Universitat de València, Valencia, 1997, pp. 79-91.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio, «**La protección contra la discriminación** del extranjero en el Código penal» en VV.AA., *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 301-357.
- ÁLVAREZ CHILLIDA, Gonzalo, *El antisemitismo en España. La imagen del judío (1812-2002)*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- AMADEO GADEA, Sergio (coord.), *Código penal. Parte especial. Tomo II. Volumen II*, Factum Libri, Madrid, 2011.
- *Código penal. Doctrina jurisprudencial y comentarios*, Factum Libri, Madrid, 2015.
- AMBOS, Kai, “¿**Es posible el desarrollo** de un Derecho penal sustantivo común para Europa? Algunas reflexiones preliminares”, *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 88, 2006, pp. 51-78.
- *Temas de Derecho penal internacional y europeo. Derechos humanos. Fines de la pena. Ius puniendi. Responsabilidad individual. Crímenes más graves. Derecho penal y guerra. Proceso penal internacional y europeo. Inmunidades*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, Atelier, Barcelona, 2009.
- *Derecho penal europeo*, Civitas, Madrid, 2017.
- AMOS, Merris, *Human rights law (3rd ed.)*, Hart Publishing, Oxford, 2021.
- ANGST, Doris, «**Commentary of article 6** of the Framework Convention for the Protection of National Minorities», en HOFMANN, Rainer/MALLOY, Tove H./REIN, Detlev (eds.), *The Framework Convention for the Protection of National Minorities. A commentary*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2018, pp. 148-166.
- ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Tomo I. Parte general*, Madrid, 1949.
- APA, Joanna, *The rights of immigrant workers in the European Union. An evaluation of the EU public policy process and the legal status of labour immigrants from the Maghreb countries in the new receiving states*, Kluwer Law international, La Haya/Londres/Nueva York, 2002.
- ARIAS CASTAÑO, Abel, *Clear and present danger test. La libertad de expresión en los límites de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

- ARIAS EIBE, Manuel José, “**Non bis in idem y concurso** de leyes penales: problemas de inherencia y compatibilidad en materia de circunstancias”, *Revista de derecho y proceso penal*, Núm. 18, 2007, pp. 71-113.
- ARLETTAZ, Fernando, “**Dos modelos frente a la diversidad cultural**: igualitarismo formal y ciudadanía diferenciada”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Nueva Época (Año LIX – Núm. 221), 2014, pp. 201-224.
- ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso, «**Los motivos racistas**, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante», en MUÑOZ CUESTA, Javier (coord.), *Las circunstancias agravantes en el Código penal de 1995*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 1997, pp. 107-124.
- ARROYO ZAPATERO, Luis/NIETO MARTÍN, Adán, «**Fraude y corrupción** en el Derecho penal económico europeo», en ARROYO ZAPATERO, Luis/NIETO MARTÍN, Adán (coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 11-40.
- ASHWORTH, Andrew/KELLY, Rory, *Sentencing and criminal justice (7th ed.)*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2021.
- ASHWORTH, Andrew/ROBERTS, Julian V., «**The origins and nature** of the sentencing guidelines in England and Wales», en ASHWORTH, Andrew/ROBERTS, Julian V. (eds.), *Sentencing guidelines. Exploring the English model*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2013, pp. 1-14.
- ASÚA BATARRITA, Adela, «**La razón de género** en el marco de la agravante “de odio” del art. 22.4 CP. Por una interpretación restrictiva frente al deslizamiento punitivo», en PÉREZ MANZANO, Mercedes/IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel/ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina/MARTÍN LORENZO, María/MARISCAL DE GANTE, Margarita Valle (coords.), *Estudios en homenaje a la Profesora Susana Huerta Tocildo*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2020, pp. 365-376.
- «**Ni impunidad ni punitivismo**. Sinrazones de la actual interpretación de la agravante por razón de género del artículo 22.4 CP del Código penal», en OTAZUA ZABALA, Goizeder/GUTIÉRREZ-SOLANA JOURNOUD, Ander (dirs.), *Justicia en clave feminista. Reflexiones de género en el ámbito judicial*, Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea, 2021, pp. 155-184.
- BAIDER, Fabienne H./ASSIMAKOPOULOS, Stavros/MILLAR, Sharon, «**Hate speech in the EU** and the C.O.N.T.A.C.T. Project», en BAIDER, Fabienne H./ASSIMAKOPOULOS, Stavros/MILLAR, Sharon (eds.), *Online hate speech in the European Union. A discourse-analytic perspective*, Springer, Cham, 2017, pp. 1-6.
- BAIGÚN, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, B de f, Buenos Aires/Montevideo, 2019.
- BAILEY, William, “**The Supreme Court** and communication theory: contrasting models of speech efficacy”, *Free Speech Yearbook*, Vol. 19(1), pp. 1-15.

- BALKIN, Jack M., “**Digital speech** and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society”, *New York University Law Review*, Vol. 79(1), 2004, pp. 1-55. Traducción al castellano: «**Discurso digital** y cultura democrática: una teoría de la libertad de expresión para la sociedad de la información», en MEIKLEJOHN, Alexander/POST, Robert. C./FISS, Owen/BALKIN, Jack M./SABA, Roberto, *Libertad de expresión: un ideal en disputa*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2020, pp. 205-313.
- BAKALIS, Chara, «**Regulating hate crime** in the digital age», en SCHWEPPE, Jennifer/WALTERS, Mark A. (eds.), *The globalization of hate. Internationalizing hate crime?*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2016, pp. 263-276.
- “**Rethinking** cyberhate laws”, *Information & Communications Technology Law*, Vol. 27(1), 2018, pp. 86-110 (digital edition: 1-25 pages).
- «**Gender as a protected characteristic**. A legal perspective», en ZEMPI, Irene/SMITH, Jo (eds.), *Misogyny as hate crime*, Routledge, Londres/Nueva York, 2021, pp. 65-78.
- BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Palestra Editores, Lima, 2017.
- BARBOSA DELGADO, Francisco, “**Los límites a la doctrina** del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, *Revista Derecho del Estado*, Núm. 26, 2011, pp. 107-135.
- BARENDT, Eric, *Freedom of speech* (2nd ed.), Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2005.
- BARJA DE QUIROGA, Jacobo, «**Art. 22.4 CP**», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.)/DÍAZ MARTÍNEZ, Pilar (coord.), *Código penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia. Tomo I (arts. 1 al 318 bis) (3^a ed.)*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 176-178.
- *Tratado de Derecho penal. Parte general* (2^a ed.), Aranzadi, Pamplona, 2018.
- BARJA DE QUIROGA, Jacobo/GRANADOS PÉREZ, Carlos/MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés/MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, Cristina/VILLEGAS GARCÍA, María de los Ángeles, *Código penal. Comentarios, concordancias, jurisprudencia e índice analítico* (18^a ed.), Colex, A Coruña, 2021.
- BARKER, Kim/JURASZ, Olga, *Online misogyny as a hate crime. A challenge for legal regulation?*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2019.
- «**Online misogyny** as a hate crime. #TimesUp», en ZEMPI, Irene/SMITH, Jo (eds.), *Misogyny as hate crime*, Routledge, Londres/Nueva York, 2021, pp. 79-98.
- BARNETT, Brett A., *Untangling the web of hate. Are online “hate sites” deserving of First Amendment protection?*, Cambria Press, Youngstown, 2007.

- BARON, Ryan M.F., “**A critique** of the International Cybercrime Treaty”, *CommLaw Conspectus: Journal of Communications Law and Technology Policy*, Vol. 10(2), 2002, pp. 263-278.
- BARQUÍN SANZ, Jesús, «**Apología** del genocidio» en COBO DEL ROSAL (dir.)/BAJO FERNÁNDEZ, M. (coord.), *Comentarios a la legislación penal. T. XVIII*, Edersa, Madrid, 1997, pp. 375-380.
- BARRÈRE UNZUETA, M^a Ángeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positive en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997.
- *El Derecho antidiscriminatorio y sus límites. Especial referencia a la perspectiva iusfeminista*, Grijley, Lima, 2014.
 - *Feminismo y derecho. Fragmentos para un derecho antisubordiscriminatorio*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019.
- BELL, Mark, *Racism and equality in the European Union*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2008.
- BENTHAM, Jeremy, *Nomografía o el arte de redactor leyes (2^a ed.)*, Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio, «**Comentario al art. 22.4 CP**», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal. Tomo II*, Edersa, Madrid, 1999, pp. 965-997.
- BERK, Richard A./BOYD, Elizabeth A./HAMNER, Karl M., «**Thinking more clearly** about hate-motivated crimes», en PERRY, Barbara (ed.), *Hate and bias crime: a reader*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2003, pp. 49-60.
- BERKEL Christian/SCHWAIGHOFER, Klaus, *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II (§§ 169 bis 321k StGB). 14. Auflage*, Verlag Österreich, Viena, 2020.
- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, *La discriminación en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1998.
- *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Atelier, Barcelona, 2011.
 - “**Política criminal en España** y discriminación xenófoba: la centralidad de los delitos de provocación a la discriminación”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, Núm. 18, 2014, pp. 371 - 399.
 - «**Protección penal de minorías** en países multiculturales: estudio comparado de la incitación al racismo, violencia y odio en Israel y España», en BERNAL DEL CASTILLO, Jesús (dir.), *Delito y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 17-43.
- BERSTER, Lars, «**Article III**», en TAMS, Christian/BERSTER, Lars/SCHIFFBAUER, Björn (eds.), *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. A commentary*, C.H. Beck/Hart/Nomos, Munich/Oxford/Baden-Baden, 2014, pp. 157-190.

- BEYRER, Michael/BIRKLBAUER, Alois/SADOGHI, Alice, *Strafgesetzbuch Praxiskommentar* (29. Auflage), proLIBRIS Verlagsgesellschaft, Linz, 2017.
- BHAGWAT, Ashutosh, “**The test** that ate everything: intermediate scrutiny in First Amendment jurisprudence”, *University of Illinois Law Review*, 2007, pp. 783-837.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, “**La negación de un genocidio** no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 85, 2009, pp. 299-352.
- BINDMAN, Geoffrey, “**Restraint on incitement**. The new British law”, *Patterns of Prejudice*, Vol. 11(2), 1977, pp. 5-9.
- “**Outlawing Holocaust denial**”, *New Law Journal*, 147, 1997, pp. 466-468.
- BLEICH, Erik, *The freedom to be racist? How the United States and Europe struggle to preserve freedom and combat racism*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2011.
- BOCK, Stefanie/STARK, Findlay, «**Preparatory offences**», en AMBOS, Kai/DUFF, Antony/ROBERTS, Julian/WEIGEND, Thomas/HEINZE, Alexander (eds.), *Core concepts in Criminal law and criminal justice. Part II*, Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York, pp. 54-93.
- BOIX PALOP, Andrés, “**Libertad de expresión** y pluralismo en la red”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22. Núm. 65, 2002, pp. 133-180.
- “**La construcción de los límites** a la libertad de expresión en las redes sociales”, *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 173, 2016, pp. 55-112.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, «**La circunstancia agravante** de género», en PÉREZ MANZANO, Mercedes/IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel/ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina/MARTÍN LORENZO, María/MARISCAL DE GANTE, Margarita Valle (coords.), *Estudios en homenaje a la Profesora Susana Huerta Tocildo*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2020, pp. 389-397.
- “**El actual entendimiento** de los delitos de violencia de género y sus perspectivas de expansión”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 3, 2020.
- BOONIN, David, *Should race matter? Unusual answers to the usual questions*, Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York, 2011.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Comares, Granada, 1999.
- «**Presupuestos político-criminales** del nacimiento de la legislación penal contra el racismo y la xenofobia en Europa», en GARCÍA AÑÓN, José/RUIZ SANZ, Mario (eds.), *Discriminación racial y étnica. Balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 197-216.
- «**La circunstancia agravante** de discriminación del art. 22.4ª», en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.)/GÓRRIZ ROYO, Elena (coord.)/MATALLÍN

- EVANGELIO, Ángela (coord.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015 (2ª ed.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 119-123.
- BOWLING, Benjamin, «**Racial harassment** in East London», en HAMM, Mark S. (ed.), *Hate crime: international perspectives on causes and control*, Academy of Criminal Justice Sciences/Anderson Publishing, Highland Heights/Cincinnati, 1994, pp. 1-36.
- *Violent racism. Victimization, policing and social context (revised ed.)*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 1999.
- BOWLING, Benjamin/PHILLIPS, Coretta, *Racism, crime and justice*, Pearson Education, Edimburgo, 2002.
- BRAX, David, «**Hate crime concepts** and their moral foundations: a universal framework?», en SCHWEPPE, Jennifer/WALTERS, Mark A., *The globalization of hate. Internationalizing hate crime*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2016, pp. 49-64.
- BRAX, David/MUNTHER, Christian, “**The philosophical aspects** of hate crime and hate crime legislation: introducing the special section on the philosophy of hate crime”, *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 30, SAGE, 2015, pp. 1687-1695.
- «**The philosophy** of hate crime: a primer», en DUNBAR, Edward/BLANCO, Amalio/CRÈVECOEUR-MACPHAIL, Desirée A. (eds.), *The psychology of hate crimes as domestic terrorism: U.S. and global issues. Volume one: theoretical, legal, and cultural factors*, Praeger, Santa Barbara/Denver, 2017, pp. 159-176.
- BRENNAN, Fernne, “**Legislating** against Internet race hate”, *Information & Communications Technology Law*, Vol. 18(2), 2009, pp. 123-153.
- BRENNER, Susan W., «**The Council** of Europe’s Convention on Cybercrime», en BALKIN, Jack M./GRIMMELMANN, James/KATZ, Eddan/KOZLOVSKI, Nimro/WAGMAN, Shlomit/ZARSKY, Tal (eds.), *Cybercrime. Digital cops and laws in a networked environment*, New York University Press, Nueva York/Londres, 2007, pp. 207-220.
- BROWN, Alexander, *Hate speech law. A philosophical examination*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2015.
- BROWN, Wendy, *States of injury. Power and freedom in late modernity*, Princeton University Press, Princeton, 1995. Traducción al castellano: *Estados del agravio. Poder y libertad en la modernidad tardía*, Lengua de Trapo, Madrid, 2019.
- BRUDHOLM, Thomas, «**Conceptualizing hatred globally**: is hate crime a human rights violation?», en SCHWEPPE, Jennifer/WALTERS, Mark A. (eds.), *The globalization of hate. Internationalizing hate crime?*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2016, pp. 31-48.
- BUNCE, Robin/FIELD, Paul, *Darcus Howe. A political biography*, Bloomsbury, Londres/Nueva York, 2014.

- BUSTOS RUBIO, Miguel, *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4º CP)*, Bosch, Barcelona, 2020.
- BUYSE, Antoine, «**Contested contours**: the limits of freedom of expression from an abuse of rights perspective – articles 10 and 17 ECHR», en BREMS, Eva/GERARDS, Janneke (eds.), *Shaping rights in the ECHR. The role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights*, Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York, 2013, pp. 183-208.
- “**Dangerous expressions**: the ECHR, violence and free speech”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 63(2), pp. 491-503.
- «**Prohibition** of the abuse of rights (Article 17)», en VAN DIJK, Pieter/VAN HOOFF, Fried/VAN RIJN, Arjen/ ZWAAK, Leo (eds.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights (5th ed.)*, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland, 2018, pp. 1085-1094.
- CALVERT, Clay, “**Harm to reputation**: an interdisciplinary approach to the impact of denial of defamatory allegations”, *Pacific Law Journal*, Vol. 26(4), 1995, pp. 933-960.
- “**Hate speech** and its harms: a communication theory perspective”, *Journal of communication*, Vol. 47(1), 1997, pp. 4-19.
- CALVO BUEZAS, Tomás, *El crimen racista de Aravaca. Crónica de una muerte anunciada*, Editorial Popular, Madrid, 1993.
- CÁMARA ARROYO, Sergio, “**El concepto de delitos de odio** y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 70(1), 2017, pp. 139-225.
- “**Delitos de odio**. Concepto y crítica: ¿límite legítimo a la libertad de expresión?”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Núm. 130, 2018 [LA LEY 1800/2018]
- CAMARERO GONZÁLEZ, Gonzalo, “**Algunas notas** sobre los artículos 510 y 607.2 CP y su posible reforma desde el derecho comparado”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Núm. 100, 2013 [LA LEY 1120/2013]
- «**Delitos de odio**: consideraciones generales», en DEL MORAL GARCÍA, Antonio (dir.)/ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael (coord.), *Código penal. Comentarios y jurisprudencia (4ª ed.)*, Comares, Granada, 2018, pp. 2792-2813.
- CAMPBELL, Penny/MACHET, Emmanuelle, «**European policy** on regulation of content on the Internet», en VV.AA., *Liberating cyberspace. Civil liberties, human rights and the Internet*, Pluto Press/Liberty, Londres/Sterling/Virginia, pp. 140-158.
- CANCIO MELIÁ, Manuel/DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código penal*, Aranzadi, Pamplona, 2019.

- CANCIO MELIÁ, Manuel, «**Artículo 510**», en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.)/JORGE BARREIRO, Agustín (coord.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “**Odio e incitación a la violencia** en el contexto del terrorismo islamista. Internet como elemento ambiental”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 4, 2016.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos/VIVES ANTÓN, Tomás S., «**Artículo 510**», en VIVES ANTÓN, Tomás S. (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995. Volumen II (art. 234 a disposiciones finales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 2002-2003.
- CARD, Richard/WARD, Richard, *The Criminal Justice and Public Order Act 1994*, Jordans, Bristol, 1994.
- *The Crime and Disorder Act 1998. A practitioner's guide*, Jordans, Bristol, 1998.
- CARD, Richard, *Public order law*, Jordans, Bristol, 2000.
- CARLÓN RUIZ, Matilde, «**Regulación, control y acceso** a los medios públicos de comunicación social (artículo 20.3 CE)», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel/CASAS BAAMONDE, María Emilia (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario. Tomo I*, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 633-644.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, “**El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno**”, *Política Criminal*, Núm. 3, 2007.
- CASADO CASADO, Lucía, «**Recopilación y documentación** de asuntos tramitados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos relacionados con la discriminación por motivos raciales, étnicos o por razón de nacionalidad», en GARCÍA AÑÓN, José/RUIZ SANZ, Mario (eds.), *Discriminación racial y étnica. Balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 58-148.
- CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, Federico, *Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946.
- CATHCART, Brian, *The case of Stephen Lawrence*, Viking, Londres, 1999.
- CAVEZZA, Cristina/McEWAN, Troy E., “**Cyberstalking versus off-line stalking** in a forensic sample”, *Psychology, Crime & Law*, 2014, pp. 1-16.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Tomo III. Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001.
- *Derecho penal. Parte general*, B de f, Buenos Aires, 2008.
- CHAKRABORTI, Neil, «**Framing the boundaries** of hate crime», en HALL, Nathan/CORB, Abbee/GIANNASI, Paul/GRIEVE, John G.D. (eds.), *The*

- Routledge international handbook on hate crime*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2015, pp. 13-23.
- CHALMERS, James/LEVERICK, Fiona (eds.), *Gordon's Criminal law of Scotland. Vol. II* (4th ed.), W. Green, Edinburgh, 2016.
- CHANNING, Iain, *The police and the expansion of Public Order Law in Britain, 1829-2014*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2015.
- CHILD, J.J., "Exploring the mens rea requirements of the Serious Crime Act 2007 Assisting and Encouraging Offences", *Journal of Criminal Law*, Vol. 76(3), 2012, pp. 220-231.
- CHRISTIE, Michael, *Breach of the peace*, Butterworths, Edinburgh, 1990.
- CHRISTIE, Michael (ed.), *Gordon's Criminal law of Scotland. Vol. I* (3rd ed.), W. Green, Edinburgh, 2000.
- CISNEROS ÁVILA, Fátima, *Derecho penal y diversidad cultural. Bases para un diálogo intercultural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- «**La agravante** de discriminación por razones de género: una oportunidad para una aplicación del Derecho penal con perspectiva de género», en LAURENZO COPELLO, Patricia/DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto (coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, Granada, 2021, pp. 397-426.
- CLIVE, Eric, "Codification of Scottish Criminal law", *Scottish Criminal Law*, 2008, pp. 747-757.
- «**Codification of the Criminal law**», in CHALMERS, James/LEVERICK, Fiona/FARMER, Lindsay (eds.), *Essays in Criminal law in honour of Sir Gerald Gordon*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2010, pp. 54-69.
- CLOUGH, Jonathan, *Principles of cybercrime* (2nd ed.), Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York, 2015.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal. Parte general* (5^a ed. corregida, aumentada y actualizada), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- COHEN, Jeremy/GLEASON, Timothy, *Social research in communication and law*, SAGE, Newbury Park/Londres/Nueva Delhi, 1990.
- COHEN-ALMAGOR, Raphael, "Taking North American white supremacist groups seriously: the scope and challenge of hate speech on the Internet", *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, Vol. 7(2), 2018, pp. 38-57.
- COLINA OQUENDO, Pedro, «**Comentario al art. 510 CP**», en RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (dir.)/RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, Gabriel (coord.), *Código penal concordado y comentado con jurisprudencia* (6^a ed.), La Ley, Madrid, 2017, pp. 2434-2441.

- COLLINGWOOD, Lisa/BROADBENT, Graeme, “**Offending and being offended online: vile messages, jokes and the law**”, *Computer Law & Security Review*, Vol. 31(6), 2015, pp. 763-772.
- CÓRDOBA RODA, Juan, «**Comentario al art. 10.4^a**», en CÓRDOBA RODA, Juan/RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código penal. Tomo I (artículos 1-22)*, Ariel, Barcelona, 1976, pp. 574-578.
- CORRECHER MIRA, Jorge, “**Discurso del odio** y minorías: redefiniendo la libertad de expresión”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, Núm. 28, 2020, pp. 166-191.
- “**La banalización** del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 2, 2021.
- CORRIN, Lucy/OLIVER, Michael/WALSH, Jack, *Blackstone’s guide to the Sentencing Code 2020*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2020.
- CORRY, Robert J., “**Burn this article: it is evidence in your thought crime prosecution**”, *Texas Review of Law & Politics*, Vol. 4(2), 2000, pp. 461-488.
- COSTELLO, Matthew/HAWDON, James, «**Hate speech** in online spaces», en HOLT, Thomas J./BOSSLER, Adam M. (eds.), *The Palgrave handbook of international cybercrime and cyberdeviance*, Palgrave Macmillan, Londres, 2020, pp. 1397-1416.
- COSTELLO, Matthew/HAWDON, James/RATLIFF, Thomas N., “**Confronting online extremism: the effect of self-help, collective efficacy, and guardianship on being a target for hate speech**”, *Social Science Computer Review*, Vol. 35(5), 2017, pp. 587-605.
- COSTELLO, Matthew/HAWDON, James/RATLIFF, Thomas N./GRANTHAM, Tyler, “**Who views** online extremism? Individual attributes leading to exposure”, *Computers in Human Behavior*, Vol. 63, 2016, pp. 311-320.
- COTTERRELL, Roger, “**Prosecuting incitement** to racial hatred”, *Public law*, 1982, pp. 378-381.
- CRAM, Ian, «**Parliamentary and judicial** treatments of free speech interests in the UK», en KNOWLES, Helen J./METROKA, Brandon T. (eds.), *Free speech theory. Understanding the controversies*, Peter Lang, Bruselas/Viena/Oxford/Varsovia, 2020, pp. 205-226.
- CUBIE, Andrew M., *Scots Criminal law (4th ed.)*, Bloomsbury Professional, Edimburgo/Haywards Heath, 2016.
- CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal. Conforme al “código penal, texto refundido de 1944”*. Tomo I. Parte general (13^a ed.), Bosch, Barcelona, 1960.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, “**Observaciones** en torno a las nuevas figuras de apología”, *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1757, 1995, pp. 87-116.

- “**Observaciones** en torno a las nuevas figuras de apología”, *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, Núm. 1757, 5 de octubre de 1995, pp. 87-116.
- «**Artículo 22.4ª**», en VIVES ANTÓN, Tomás S. (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995. Volumen I (arts. 1 a 233)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 238-247.
- “**Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento**”, *Revista General de Derecho Penal (RGDP)*, Núm. 8, 2007.
- «**Proporcionalidad penal. Libertad de expresión** y efecto de desaliento. Su proyección sobre los nuevos tipos de apología», en LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio/RUSCONI, Maximiliano (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, pp. 151-201.
- «**Delitos contra la libertad (y II): Amenazas. Coacciones**», en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 151-176.
- «**Lección XL. Delitos contra la Constitución**», en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (coord.), *Derecho penal. Parte especial (6ª ed.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 739-773.
- DANCYGIER, Rafaela/GREEN, Donald, «**Hate crime**», en DOVIDIO, John/HEWSTONE, Miles/GLICK, Peter/ESSES, Victoria (eds.), *The SAGE handbook of prejudice, stereotyping and discrimination*, SAGE, Los Ángeles/Londres, 2010, pp. 294-311.
- D.C.O., “**Grossly offensive** telephone messages: test for determining whether message grossly offensive”, *Criminal Law Review*, 2005, pp. 794-796.
- DAVID JONES, Thomas, *Human rights: group defamation, freedom of expression, and the law of nations*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1998.
- DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Marín, “**La agravante genérica** de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, Núm. 20(27), 2018. Véase también: «**La agravante genérica** de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)», en MORALES PRATS, Fermín/TAMARIT SUMALLA, Josep Mª/GARCÍA ALBERO, Ramón (coords.), *Represión penal y Estado de derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 409-424.
- «**Lección 14. Las circunstancias** modificativas de la responsabilidad criminal», en MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte general (5ª ed.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 251-266.
- DE FARIA COSTA, José Francisco, *Direito penal da comunicação. Alguns escritos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.
- DE LUCAS MARTÍN, Francisco Javier, “**Algunos problemas** del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 15, 1993, pp. 97-128.
- «**Sobre los fundamentos** de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración»,

- en DE LUCAS, Javier/QUIÑONES ESCÁMEZ, Anna/CAMPELO, Patricia/IZAOLA, Amaia/ZUBERO, Imanol, *Inmigración e integración en la UE: dos retos para el s. XXI*, Vitoria-Gasteiz, EUROBASK, 2012, pp. 11-91.
- «**Sobre el pluralismo político** y los límites jurídicos del reconocimiento de las diversidades culturales», en ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Democracia constitucional y diversidad cultural*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp. 29-39.
- DE MORREE, Paulien Elsbeth, *Rights and wrongs under the ECHR. The prohibition of abuse of rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights*, Universidad de Utrecht, Utrecht, 2016.
- DE PABLO SERRANO, Alejandro, *Honor, injurias y calumnias. Los delitos contra el honor en el derecho histórico y en el derecho vigente español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- DE PABLO SERRANO, Alejandro/TAPIA BALLESTEROS, Patricia, “**Discurso del odio**: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal”, *Diario la Ley*, Núm. 8911, 2017 [LA LEY 625/2017]
- DE PORRES ORTIZ DE URBINA, Eduardo, «**El delito de discurso del odio**», en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.), *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín. Tomo I*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 253-290.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, «**Art. 22.4 CP**», en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (dir.)/BARJA DE QUIROGA, Jacobo (coord.), *Comentarios al Código penal. Tomo I (arts. 1 al 108)*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 307-310.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, «**Circunstancias modificativas** de la responsabilidad criminal», en DEMETRIO CRESPO, Eduardo (coord.)/DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario/MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo II. Teoría del delito (2ª ed.)*, Iustel, Madrid, 2015, pp. 395-428.
- *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- DEE, Juliet, «Whitney v. California», en PARKER, Richard A. (ed.), *Free speech on trial. Communication perspectives on landmark Supreme Court decisions*, University of Alabama Press, Tuscaloosa, 2003, pp. 36-51.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *La provocación para cometer delito en el derecho español (exégesis del párrafo tercero del artículo 4 del Código penal)*, Instituto Universitario de Criminología-Universidad Complutense de Madrid/Edersa, Madrid, 1986.
- «**La apología delictiva** en el nuevo Código penal de 1995», en VIVES ANTÓN, Tomás/MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (dirs.), *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte general)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 185-213.

- «**Capítulo 62. Delitos contra la Constitución** (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.), *Sistema de Derecho penal. Parte especial (3ª ed.)*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 1419-1432.
- DELGADO SANCHO, Carlos David, *Penas y medidas de seguridad. La individualización de la pena: eximentes, atenuantes y agravantes*, Colex, A Coruña, 2020.
- DEWART, Megan H., *The Scottish legal system (6th ed.)*, Bloomsbury Professional, Edimburgo/Haywards Heath, 2019.
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, *El odio discriminatorio como agravante penal. sentido y alcance del artículo 22.4º CP*, Civitas, Madrid, 2013.
- «**A generic aggravating** circumstance to punish hate speech. The Spanish case», en CORTESE, Fulvio/PELACANI, Gracy (eds.), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2017, pp. 625-649.
- «**El art. 22.4 CP** y la motivación discriminatoria *online*», en MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 107-127.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, «**La agravante por discriminación**», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 51-64.
- «**La nueva configuración de la agravante** por discriminación en el código penal español», en POSADA MAYA, Ricardo (coords.), *Discriminación, principio de jurisdicción universal y temas de Derecho penal*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2013, pp. 321-344.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (dir.), «**Delitos en el ejercicio de derechos y libertades**», en LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002, pp. 501-516.
- *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007.
- «**Principios de lesividad y conexos**, libertad de expresión y delitos de odio. Breves reflexiones desde el derecho español», en RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón/GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria (coords.), *Transiciones de la política penal ante la violencia. Realidades y respuestas específicas para Iberoamérica*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2019, pp. 197-218.
- DICKEY, Anthony, «**English law** and incitement to racial hatred», *Race & Class*, Vol. 9(3), 1968, pp. 311-329.
- «**English law and race** defamation», *New York Law Forum*, 1968, pp. 9-32.
- «**The offence of incitement** to hatred. Section 6 of the Race Relations Act, 1965», *Patterns of Prejudice*, Vol. 4(1), 1970, pp. 10-14 y 18.
- «**Anti-incitement legislation** in Britain and Northern Ireland», *Patterns of Prejudice*, Vol. 1(2), 1972, pp. 133-138.

- “**The law on incitement** to racial hatred”, *Patterns of Prejudice*, Vol. 7(4), 1973, pp. 6-10.
- DICKSON, Brice, *Human rights and the United Kingdom Supreme Court*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2013.
- «**Common law** constitutional rights at the devolved level», en ELLIOTT, Mark/HUGHES, Kirsty (eds.), *Common law constitutional rights*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2020, pp. 273-294.
- DIENER, Ed, “**Deindividuation**, self-awareness, and desinhibition”, *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 37(7), 1979, pp. 1160-1171.
- DÍEZ BUESO, Laura, “**Discurso del odio en las redes sociales**: la libertad de expresión en la encrucijada”, *Revista Catalana de Dret Públic*, Núm. 61, 2020, pp. 50-64.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales (5ª ed.; 1ª en Tirant lo Blanch)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “**Naturaleza de las circunstancias** modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 30(3), 1977, pp. 597-649.
- “**La atenuante** de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 32(1), 1979, pp. 93-140.
- *Derecho penal español. Parte general (5ª ed. revisada)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- *Política criminal y Derecho penal. Estudios (3ª ed. ampliada). Tomo II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- DOCKSEY, Christopher/BELL, Mark/WADDINGTON, Lisa, “**The 1996 Intergovernmental Conference** and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article”, *Industrial Law Journal*, Vol. 25(4), 1996, pp. 320–336.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, «**Delitos cometidos** por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación para la sanción penal», en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.), *Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal. Tomo II*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 497-526. Véase también: Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 57(1), 2004, pp. 143-176; “**Delitos cometidos** por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena”, *Revista General de Derecho Penal (RGDP)*, Núm. 4, 2005.
- «**Motivos racistas o similares** (art. 22.4 CP)», en VV.AA., *Memento práctico. Penal 2021*, Ediciones Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 539-544.
- DREßING, Harald/BAILER, Josef/ANDERS, Anne/WAGNER, Henriette/GALLAS, Christine, “**Cyberstalking in a large sample** of social network users: prevalence,

characteristics, and impact upon victims”, *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*, Vol. 17(2), 2014, pp. 61-67.

DUFF, R.A., *Criminal attempts*, Clarendon Press, Oxford/Nueva York, 1996.

— *Answering for crime. Responsibility and liability in the Criminal law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2007.

— *The realm of Criminal law*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2018.

DUFF, R.A./MARSHALL, S.E., «**Criminalizing hate?**», en BRUDHOLM, Thomas/JOHANSEN, Birgitte Schepelern (eds.), *Hate, politics, law. Critical perspectives on combating hate*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2018, pp. 115-149.

DUNBAR, Edward, «**Cultural and psychological characteristics** in the evolution of hate crimes initiatives», en DUNBAR, Edward/BLANCO, Amalio/CRÈVECOEUR-MACPHAIL, Desirée A. (eds.), *The psychology of hate crimes as domestic terrorism: U.S. and global issues. Volume one: theoretical, legal, and cultural factors*, Praeger, Santa Barbara/Denver, 2017, pp. 1-42.

DYSON, Matthew, “**Public order** on the internet”, *Archbold Review*, Num. 2, 2010, pp. 6-9.

EASTON, Susan M., *The problem of pornography. Regulation and the right to free speech*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 1994.

EK, Kaitlin, “**Conspiracy** and the fantasy defense: the strange case of the cannibal cop”, *Duke Law Journal*, Vol. 64, 2015, pp. 901-945.

ELÓSEGUI ITXASO, María, “**Las recomendaciones de la ECRI** sobre discurso del odio y la adecuación del ordenamiento jurídico español a las mismas”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Núm. 44, 2017.

— “**El principio de proporcionalidad**, la incitación al odio y la libertad de expresión en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. los casos *Stomakhin c. Rusia*, *Williamson c. Alemania* y *Pastörs c. Alemania*”, *Revista General de Derecho Europeo*, Núm. 51, 2020, pp. 14-54.

ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, «**Lección 12: los derechos de libertad (II)**. Libertades de expresión e información», en LÓPEZ GUERRA, Luis/ESPÍN TEMPLADO, Eduardo/GARCÍA MORILLO, Joaquín/PÉREZ TREMP, Pablo/SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel, *Derecho constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos (11ª ed.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 253-277.

ESQUIVEL ALONSO, Yéssica, “**El discurso del odio** en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 35, 2016.

FABRIZY, Ernst Eugen, *Strafgesetzbuch (StGB) samt ausgewählten Nebengesetzen. Kurzkomentar (13. Auflage)*, MANZ’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 2018.

- FARRINGTON, Neil/HALL, Lee/KILVINGTON, Daniel/PRICE, John/SAEED, Amir, *Sport, racism and social media*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2015.
- FAYOS GARDÓ, Antonio, “**El nuevo mercado de las ideas** (sobre la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano del caso Internet)”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 144, 1997, pp. 231-244.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “**Reflexiones** sobre los delitos de genocidio (artículo 607 del código penal)”, *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Núm. 6, 1998, pp. 2267-2284.
- FERGUS, Edward, «**Cultural deficiency**», en MOORE, John Hartwell (ed.), *Encyclopedia of race and racism (Vol. 1)*, Macmillan Reference USA, Farmington Hills, 2007, pp. 374-377.
- FERGUSON, Pamela R., *Breach of the peace*, Dundee University Press, Dundee, 2013.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel/MARTÍNEZ ATIENZA, Gorgonio, *Código penal. Parte especial después de 2019*, Ediciones Experiencia, El Masnou, 2020.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “**Las causas de la discriminación** o la movilidad de un concepto”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Núm. 98, 2009, pp. 11-57.
- «**La prohibición** de discriminación», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel/CASAS BAAMONDE, María Emilia (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario. Tomo I*, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 353-371. Véase también: “**La prohibición** de discriminación”, *Diario la Ley*, Núm. 9314, 2018 [LA LEY 14450/2018].
- FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código penal. Tomo I*, Sucesores de Nogués, Murcia, 1946.
- FINCH, Emily, *The criminalisation of stalking: constructing the problem and evaluating the solution*, Cavendish Publishing, Londres/Sydney, 2001.
- “**Stalking the perfect stalking law: an evaluation of the efficacy of the Protection from Harassment Act 1997**”, *Criminal Law Review*, 2002, pp. 703-719.
- FINEMAN, Martha Albertson, «**Equality, autonomy**, and the vulnerable subject in law and politics», en FINEMAN, Martha Albertson (ed.), *Vulnerability. Reflections on a new ethical foundation for law and politics*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2013, pp. 13-27.
- FISHMAN, Donald A., «**United States v. O’Brien**», en PARKER, Richard A. (ed.), *Free speech on trial. Communication perspectives on landmark Supreme Court decisions*, University of Alabama Press, Tuscaloosa, 2003, pp. 130-144.
- FLETCHER, Maria/LÖÖF, Robin/GILMORE, Bill, *EU Criminal law and justice*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008.

- FORST, Rainer, *Toleration in conflict. Past and present*, Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York, 2013.
- FRALEIGH, Douglas, «**Reno v. ACLU**», en PARKER, Richard A. (ed.), *Free speech on trial. Communication perspectives on landmark Supreme Court decisions*, University of Alabama Press, Tuscaloosa, 2003, pp. 298-312.
- FREDMAN, Sandra, *Comparative human rights law*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2018.
- FREEMAN, Michael, *Human rights (3rd ed.)*, Polity Press, Cambridge/Malden, 2017.
- FRONZA, Emanuela, *Memory and punishment. Historical denialism, free speech and the limits of Criminal law*, Asser Press, La Haya, 2018.
- *El delito de negacionismo en Europa. Análisis comparado de la legislación y la jurisprudencia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018.
- FROSIO, Giancarlo (ed.), *The Oxford handbook of online intermediary liability*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2020.
- FUENTES OSORIO, Juan Luis, «**Concepto** de «odio» y sus consecuencias penales», en MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 131-154.
- «**El odio como delito**», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, Núm. 19(27), 2017.
- GANZENMÜLLER ROIG, Carlos/ESCUADERO MORATALLA, José Francisco/FRIGOLA VALLINA, Joaquín, «**Circunstancias que agravan** la responsabilidad criminal (Capítulo IV. Art. 22 CP)», en VV.AA., *Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código penal de 1995. Personas criminalmente responsables. Comentario de los artículos 19 a 31 del Código penal de 1995*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 187-254.
- GARCÍA ALBERO, Ramón, «**Non bis in idem**» material y concurso de leyes penales, Cedecs, Barcelona, 1995.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *El derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- «**Protección penal** frente a la discriminación racial y étnica: la discriminación de los extranjeros», en GARCÍA AÑÓN, José/RUIZ SANZ, Mario (eds.), *Discriminación racial y étnica. Balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 229-247.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Estudios penales*, Bosch, Barcelona, 1984.
- «**Asociaciones ilícitas**. Discriminación racial», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.); BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (coord.), *La reforma del Código penal de*

- 1983 [Tomo V, Vol. 2 (Libros II y III del Código Penal)], Edersa, Madrid, 1985, pp. 641-660.
- GARLAND, Jon/CHAKRABORTI, Neil, *Hate crime. Impact, causes & responses* (2nd ed.), SAGE, Los Angeles/Londres, 2015.
- «**Divided by a common concept?** Assessing the implications of different conceptualizations of hate crime in the European Union», en BEAN, Philip (ed.), *Hate crime. Critical concepts in criminology* (Vol. IV), Routledge, Abingdon/Nueva York, 2017, pp. 42-57.
- GARLAND, Jon/FUNNELL, Corinne, «**Defining hate crime internationally:** issues and conundrums», en SCHWEPPE, Jennifer/WALTERS, Mark A. (eds.), *The globalization of hate. Internationalizing hate crime?*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2016, pp. 15-30.
- GARRO CARRERA, Enara, «**Los discursos** de odio en el ordenamiento jurídico penal alemán: el “laberinto dogmático” del tipo de incitación a la población del § 130 StGB», en LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena/GARRO CARRERA, Enara (dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 27-77.
- GARROCHO SALCEDO, Ana, «**Delitos relacionados** con el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas», en VV.AA., *Memento práctico. Penal 2021*, Ediciones Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 1992-2015.
- GARROCHO SALCEDO, Ana/PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «**Delitos de incitación** al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal “Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012”, celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 931-941.
- GAVISON, Ruth, «**Incitement** and the limits of law», en POST, Robert C. (ed.), *Censorship and silencing: practices of cultural regulation*, The Getty Research Institute for the History of Art and the Humanities, Los Ángeles, 1998, pp. 43-65.
- GEACH, Neal/HARALAMBOUS, Nicola, “**Regulating harassment:** is the law fit for the social networking age?”, *Journal of Criminal Law*, Vol. 73(3), 2009, pp. 241-257.
- GERSTENFELD, Phyllis B., *Hate crimes: causes, controls and controversies* (4th ed.), SAGE, Los Angeles/Londres, 2017.
- GHAFFAR-KUCHER, Ameena, «**Assimilation**», en PHILLIPS, D.C. (ed.), *Encyclopedia of educational theory and philosophy*, SAGE, Los Ángeles/Londres, 2014, pp. 61-63.
- GIANNI, Matteo, “**¿Cuál podría ser la concepción liberal** de ciudadanía diferenciada?”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Núm. 6, 2001, pp. 13-58.

- GIBBONS, Thomas, “**Grossly offensive** communications”, *Communications Law*, Vol. 11(4), 2006, pp. 136-138.
- GILBERT, Geoff, «**Article 6**», en WELLER, Marc (ed.), *The rights of minorities in Europe. A commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2005, pp. 177-191.
- GILLESPIE, Alisdair A., “**Offensive communications** and the law”, *Entertainment Law Review*, Vol. 17(8), 2006, pp. 236-239.
- «**Hate and harm: the law on hate speech**», en SAVIN, Andrej/TRZASKOWSKI, Jan (eds.), *Research handbook on EU Internet law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014, pp. 488-507.
 - “**Obscene conversations**, the Internet and the Criminal law”, *Criminal Law Review*, 2014, pp. 350-363.
 - *Cybercrime. Key issues and debates (2nd ed.)*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2019.
- GILLIGAN, Chris, «**Two wrongs don’t make a right: (in)tolerance and hate crime laws in Northern Ireland**», en HONOHAN, Iseult/ROUGIER, Nathalie (eds.), *Tolerance and diversity in Ireland, North and South*, Manchester University Press, Manchester, 2016, pp. 171-188.
- *Northern Ireland and the crisis of anti-racism. Rethinking racism and sectarianism*, Manchester University Press, Manchester, 2017.
- GIVENS, Terri E./CASE, Rhonda Evans, *Legislating equality. The politics of antidiscrimination policy in Europe*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2014.
- GLEN, Carol M., *Controlling cyberspace. The politics of Internet governance and regulation*, Praeger, Santa Barbara/Denver, 2018.
- GLOVER, P.B., “**Statutory aggravation** by religious prejudice in Scotland: correcting the ‘The Lord Advocate’s Lacuna’”, *Juridical Review*, Num. 2, 2017, pp. 87-105.
- GOLUMBIC, Martin Charles, *Fighting terror online. The convergence of security, technology, and the law*, Springer, Cham, 2008.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor, «**¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y discriminación en el Código penal español**», en MIR PUIG, Santiago/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dirs.)/HORTAL IBARRA, Juan Carlos (coord.), *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 175-221.
- «**Comentario al artículo 510 CP**», en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/MIR PUIG, Santiago (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1600-1605.
 - «**V. Delitos de discriminación (arts. 510-512)**», en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial (actualizado con las*

- LLOO 1/2015 y 2/2015*). *Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, **2015**, pp. 206-214.
- “**Incitación al odio y género**. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, Núm. 18(20), 2016.
 - “**Los delitos de odio en las redes sociales**”, *Economist & Jurist*, Vol. 25, Núm. 213, 2017, pp. 14-21.
 - “**Delictes d’odi a Twitter i Facebook**”, *Món jurídic: butlletí del Col·legi d’Advocats de Barcelona*, Núm. 313, 2017, pp. 40-41.
 - «**Incitación al odio y género**. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», en MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 177-204.
 - «**Incitación al odio y a la discriminación de género**. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 del Código penal y su aplicabilidad al discurso sexista», en BOIX PALOP, Andrés/MARTÍNEZ OTERO, Juan María/MONTIEL ROIG, Gonzalo (coords.), *Regulación y control sobre contenidos audiovisuales en España*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 185-213.
 - “**Odio en la red**. Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre ciberterrorismo y ciberodio”, *Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPC)*, Núm. 20, 2018, pp. 411-449.
 - *Delitos de discriminación y discurso de odio punible. Nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, Editorial Juruá, Oporto, 2019.
 - «**V. Delitos de discriminación (arts. 510-512)**», en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial. Tomo I (adaptado a las LLOO 1/2019 y 2/2019 de reforma del Código penal). Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados (2ª ed.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, **2019**, pp. 214-233.
 - «**Delitos de odio y derecho penal de autor**», en MARAVER, Mario/POZUELO, Laura (coords.), *La crisis del principio del hecho en Derecho penal*, Reus, Madrid, 2020, pp. 89-142.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, «**El principio constitucional** de proporcionalidad en España», en LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio/RUSCONI, Maximiliano (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, pp. 235-273.
- *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2ª ed.)*, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Universidad de Valencia, Valencia, 1988.
- GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis, “**La apología** en la reforma penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (RFDUC)*, núm. 6, monográfico: *V Jornadas de profesores de Derecho penal*, Universidad Complutense-Facultad de Derecho, 1983, pp. 381-398.
- GOODALL, Kay, “**Conceptualising ‘racism’** in Criminal law”, *Legal Studies*, Vol. 33(2), 2013, pp. 215-238.

- GORDON, Gregory S., *Atrocity speech law. Foundation, fragmentation, fruition*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2017.
- GORDON, Milton, *Assimilation in American life. The role of race, religion and national origins*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 1964.
- *Human nature, class and ethnicity*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 1978.
- GORDON BENITO, Iñigo, “**La violencia de género** y los contornos de la criminalidad por odio en la jurisprudencia sobre la agravante del art. 22.4 CP: ¿Un salto hacia lo desconocido?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPC)*, Núm. 24, 2020, pp. 89-160.
- GORJÓN BARRANCO, M^a Concepción, *Ciberterrorismo y delito de odio motivado por ideología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- «**Los derechos humanos** ante los delitos de odio», en SANZ MULAS, Nieves (dir.)/GORJÓN BARRANCO, M^a Concepción/NIETO BARRANCO, Ana Belén (coords.), *Los derechos humanos 70 años después de la Declaración Universal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 213-252.
- GOULD, Rebecca R., “**Is the ‘hate’ in hate speech** the ‘hate’ in hate crime? Waldron and Dworkin on political legitimacy”, *Jurisprudence. An international journal of legal and political thought*, Vol. 10(2), 2019, pp. 171-187.
- GOYENA HUERTA, Jaime, «**Artículo 22**», en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal. Parte general (artículos 1-137)*. Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 335-374.
- “**Algunas cuestiones penales** sobre el discurso del odio”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Núm. 49, 2018, pp. 79-94.
- GRABENWARTER, Christoph, *European Convention on Human Rights. Commentary*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2014.
- GRANNIS, Eric J., “**Fighting words** and fighting freestyle: the constitutionality of penalty enhancement for bias crimes”, *Columbia Law Review*, Vol. 93(1), 1993, pp. 178-230.
- GUARDIOLA GARCÍA, Javier, «**El concepto de discriminación** en la legislación penal antidiscriminatoria», en GARCÍA AÑÓN, José/RUIZ SANZ, Mario (eds.), *Discriminación racial y étnica. Balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 217-228.
- GÜERRI FERRÁNDEZ, Cristina, “**La especialización de la fiscalía** en materia de delitos de odio y discriminación: aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso del odio en España”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 1, 2015.
- GUIORA, Amos N., *Tolerating intolerance. The price of protecting extremism*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2014.

- HAAS, John, «**Hate speech** and stereotypic talk», en GILES, Howard (ed.), *The handbook of intergroup communication*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2012, pp. 128-140.
- HALL, Jerome, *General principles of Criminal law* (2nd ed.), The Lawbook Exchange, Clark, 2008 [second edition originally published by Bobbs-Merrill Company, Indianapolis, in 1960].
- HALL, Nathan, *Hate crime* (2nd ed.), Routledge, Abingdon/Nueva York, 2013.
- «**Understanding hate crimes. Sociological** and criminological perspectives», en HALL, Nathan/CORB, Abbee/GIANNASI, Paul/GRIEVE, John G.D. (eds.), *The Routledge international handbook on hate crime*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2015, pp. 69-80.
 - «**Understanding hate crimes. Perspectives** from the wider social sciences», en HALL, Nathan/CORB, Abbee/GIANNASI, Paul/GRIEVE, John G.D. (eds.), *The Routledge international handbook on hate crime*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2015, pp. 81-91.
- HANEK, Aleš Gião, «**International legal framework** for hate crimes», en HAYNES, Amanda/SCHWEPPE, Jennifer/TAYLOR, Seamus (eds.), *Critical perspectives on hate crime. Contributions from the island of Ireland*, Palgrave Macmillan, Londres, 2017, pp. 467-491.
- HANES, Emma/MACHIN, Stephen, «**Hate crime in the wake** of terror attacks: evidence from 7/7 and 9/11», *Journal of Contemporary Criminal Justice*, Vol. 30(3), 2014, pp. 247-267.
- HAREL, Alon, «**Hate speech** and comprehensive forms of life», en HERZ, Michael/MOLNAR, Peter (eds.), *The content and context of hate speech: rethinking regulation and responses*, Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York, 2012, pp. 306-326.
- HAWDON, James/OKSANEN, Atte/RÄSÄNEN, Pekka, «**Victims** of online hate groups», en HAWDON, James/RYAN, John/LUCHT, Marc (eds.), *The causes and consequences of group violence: from bullies to terrorists*, Lexington Books, Lanham/Boulder/Nueva York/Londres, 2014, pp. 165-182.
- «**Exposure to online hate** in four nations: a cross-national consideration», *Deviant Behavior*, Vol. 38(3), 2016, pp. 254-266.
- HAWDON, James/BERNATZKY, Colin/COSTELLO, Matthew, «**Cyber-routines**, political attitudes, and exposure to violence-advocating online extremism», *Social Forces*, Vol. 98(1), 2018, pp. 329-354.
- HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, 2002.
- HEINZE, Eric, *Hate speech and democratic citizenship*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2016.

- HERBECK, Dale, «**Chaplinsky v. New Hampshire**», en PARKER, Richard A. (ed.), *Free speech on trial. Communication perspectives on landmark Supreme Court decisions*, University of Alabama Press, Tuscaloosa, 2003, pp. 85-99.
- HERRING, Jonathan, *Criminal law. Text, cases, and materials (9th ed.)*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2020.
- HERZOG, Benno, “**La sociología española** y el antisemitismo. Entre prejuicios pasados y clave civilizatoria”, *Política y Sociedad*, Vol. 51(3), 2014, pp. 817-839.
- HESSE, Barnor/RAI, Dhanwant K./BENNETT, Christine/McGILCHRIST, *Beneath the surface: racial harassment*, Avebury, Aldershot, 1992.
- HINTERHOFER, Hubert/ROSBAUD, Christian, *Strafrecht. Besonderer Teil II (§§ 169 - 321 StGB). 6. Auflage*, facultas Universitätsverlag, Viena, 2016.
- HOOD, Roger, *Race and sentencing*, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- HOPKINS, Tim, “**Scotland’s approach to hate crime law**”, Safer Communities, Vol. 8(4), pp. 19-26.
- HORDER, Jeremy, *Ashworth's principles of Criminal law (9th ed.)*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2019.
- HORTAL IBARRA, Juan Carlos, “**La circunstancia agravante** por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4^a CP)”, Cuadernos de Política Criminal, Núm. 108, 2012, pp. 31-66.
- HUHN, Wilson R., “**Assessing** the constitutionality of laws that are both content- based and content-neutral: the emerging constitutional calculus”, *Indiana Law Journal*, Vol. 79(4), 2004, pp. 801-861.
- HUSAK, Douglas, *Overcriminalization. The limits of the Criminal law*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2008.
- *The philosophy of Criminal law. Selected essays*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2010.
- IBARRA BLANCO, Esteban, *Los crímenes del odio. Violencia skin y neonazi en España*, Temas de Hoy, Madrid, 2003.
- *La España racista. La lucha en defensa de las víctimas del odio*, Temas de Hoy, Madrid, 2011.
- IGANSKI, Paul, “**Hate crimes hurt more**”, *American Behavioral Scientist*, Vol. 45(4), 2001, pp. 626-638.
- *‘Hate crime’ and the city*, Policy Press, Bristol, 2008.
- “**Criminal law** and the routine activity of ‘hate crime’”, *Liverpool Law Review*, Vol. 29(1), 2008, pp. 1-17.

- IGANSKI, Paul/LEVIN, Jack, *Hate crime. A global perspective*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2015.
- IGANSKI, Paul/SWEIRY, Abe, «**Hate crime**», en TREVIÑO, A. Javier (ed.), *The Cambridge handbook of social problems. Volume II*, Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York, 2018, pp. 399-409.
- JACKSON, Liz, *Muslims and Islam in U.S. education. Reconsidering multiculturalism*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2014.
- JACOBS, James B./POTTER, Kimberly, “**Hate crimes. A critical perspective**”, *Crime and Justice*, Vol. 22, 1997, pp. 1-50.
- *Hate crimes. Criminal law & identity politics*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 1998.
- JAKOBS, Günther, «**Criminalización** en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, Civitas/UAM Ediciones, Madrid, 1997, pp. 293-324.
- JARMAN, Neil, «**Acknowledgement**, recognition and response: the criminal justice system and hate crime in Northern Ireland», en HAYNES, Amanda/SCHWEPPE, Jennifer/TAYLOR, Seamus (eds.), *Critical perspectives on hate crime. Contributions from the island of Ireland*, Palgrave Macmillan, Londres, 2017, pp. 45-69.
- JENNESS, Valerie/GRATTET, Ryken, *Making hate a crime. From social movement to law enforcement*, Rose Series in Sociology, Nueva York, 2001.
- «**Examining the boundaries** of hate crime law: disabilities and the “dilemma of difference”», en GERSTENFELD, Phyllis B./GRANT, Diana R., *Crimes of hate. selected readings*, SAGE, Los Angeles/Londres, 2004.
- JENSEN, Derrick, *The culture of make believe*, Chelsea Green Publishing, White River Junction, 2004.
- JEPSON, Peter, *Tackling militant racism (Routledge Revivals)*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2018 (first published in 2003 by Ashgate Publishing and reissued in 2018 by Routledge).
- JONES, Timothy H./TAGGART, Ian, *Criminal law (7th ed.)*, Thomson Reuters/W. Green, Edimburgo, 2018.
- JOPPKE, Christian/MORAWSKA, Ewa, «**Integrating immigrants** in liberal nation-states: policies and practices», en JOPPKE, Christian/MORAWSKA, Ewa (eds.), *Toward assimilation and citizenship. Immigrants in liberal nation-states*, Palgrave Macmillan, Londres, 2014, pp. 1-36.
- JOSEPH, Sarah/CASTAN, Melissa, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, materials, and commentary (3rd ed.)*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2013.

- JOVER OLMEDA, Gonzalo, “**La idea de tolerancia** en el proyecto educativo de la Unión Europea”, *Revista Española de Pedagogía*, Núm. 201, 1995, pp. 225-247.
- JUDEL PRIETO, Ángel, «**Tema 12**», en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (dir./coord.), *Manual de Derecho penal. Tomo I. Parte general (8ª ed.)*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 281-301.
- «**Tema 57**», en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (dir./coord.), *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial (8ª ed.)*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 785-799.
- KAHAN, Dan M., «**The progressive appropriation** of disgust», en BANDES, Susan, *The passions of Law*, Nueva York/Londres, 1999, pp. 63-79.
- KELSO, R. Randall, “**The structure** of modern free speech doctrine: strict scrutiny, intermediate review, and “reasonableness” balancing”, *Elon Law Review*, Vol. 8, 2016, pp. 291-405.
- KENDI, Ibram X., *Stamped from the beginning. The definitive history of racist ideas in America*, Nation Books, Nueva York, 2016. Traducción al castellano: KENDI, Ibram X., *Marcados al nacer. La historia definitiva de las ideas racistas en Estados Unidos*, Editorial Debate, Barcelona, 2021.
- KERN, Eduard, *Los delitos de expresión*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967.
- KILDAY, Anne-Marie, *Crime in Scotland 1660-1960: the violent North?*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2018.
- KIENLEN, Kristine K./BIRMINGHAM, Daniel L./SOLBERG, Kenneth B./O'REGAN, John T./MELOY, J. Reid, “**A comparative study** of psychotic and nonpsychotic stalking”, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Vol. 25(3), 1997. pp. 317-334.
- KIRK, Ewan, «**Legislation and international** frameworks tackling online islamophobia», en AWAN, Imran, *Islamophobia in cyberspace. Hate crimes go viral*, Ashgate, Abingdon/Nueva York, pp. 123-136.
- KLEMPERER, Victor, *LTI. La lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*, Minúscula, Barcelona, 2001.
- KLIP, André, *European Criminal law. An integrative approach (3rd ed.)*, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland, 2016.
- *European Criminal law. An integrative approach (4th ed.)*, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Chicago, 2021.
- KNAPMAN, Lynne, “**Grievous bodily harm**: inflicting grievous bodily harm - psychiatric harm”, *Criminal Law Review*, 1997, pp. 452-455.
- KOHL, Uta, “**Islamophobia**, ‘gross offensiveness’ and the internet”, *Information & Communications Technology Law*, Vol. 27(1), 2018, pp. 111-131.

- KUHN, Philippe Yves, “**Reforming the approach** to racial and religious hate speech under Article 10 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Vol. 19(1), 2019, pp. 119-147.
- KUNDRÁK, Viktor, “**Beizaras and Levickas v. Lithuania**. Recognizing individual harm caused by cyber hate?”, *East European Yearbook on Human Rights (EYHR)*, 2020, pp. 19-39.
- KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, Barcelona, 1996.
- LACEY, Nicola, «**The resurgence** of character: responsibility in the context of criminalization», en DUFF, R.A./GREEN, Stuart P. (eds.), *Philosophical foundations of Criminal law*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2011, pp. 151-178.
- LIDLAW, Emily B., *Regulating speech in cyberspace. Gatekeepers, human rights and corporate responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York, 2015.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, “**La publicidad** en Derecho penal: una aproximación conceptual e histórica”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 34(2/3), 1981, pp. 573-584
- “**Sobre la posible** supresión de la agravante genérica de publicidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 35(2), 1982, pp. 357-379.
 - «**Tema 24. Delitos** contra la Constitución», en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.)/ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina/MESTRE DELGADO, Esteban/RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2013, pp. 787-816.
 - «**Tema 24. Delitos** contra la Constitución», en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.)/ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina/MESTRE DELGADO, Esteban/RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 983-1018.
- LAMBERT, Wallace/TAYLOR, Donald, *Coping with cultural and racial diversity in urban America*, Praeger, Westport, 1990.
- LAND, Molly K./HAMILTON, Rebecca J., «**Beyond takedown**: expanding the tool kit for responding to online hate», en DOJČINOVIĆ, Predrag (ed.), *Propaganda and International Criminal law. From cognition to criminality*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2020, pp. 143-156.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, “**La regulación** penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva “Ley de lucha contra la criminalidad””, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 49(2), 1996, pp. 529-591.
- “**La llamada** «mentira de Auschwitz» (art. 607-2o CP) y el «delito de provocación» (art. 510 CP) a la luz del «caso Varela»: una oportunidad perdida para la «cuestión de inconstitucionalidad» (Comentario a la Sentencia del Juzgado

- de lo penal No 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)”, *Actualidad Penal*, 1999, pp. 689-715.
- **La intervención penal frente a la xenofobia. problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código penal**, Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 2000.
 - **La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal**, Comares, Granada, 2001.
 - “**Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata (a la vez un comentario a la STS 259/2011 –librería Kalki– y a la STC 235/2007)**”, *Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPC)*, Núm. 7, 2012, pp. 297-346.
 - “**Recensión a Juan Alberto Díaz López, El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP**”, Civitas, Cizur Menor, 2013, por Jon-M. Landa Gorostiza (con réplica de Juan Alberto Díaz López”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho. Sección ExLibris*, InDret 3/2014, 2014, pp. 1-16.
 - “**El modelo político-criminal antirracista “sui generis” del Código penal español de 1995: una aproximación crítica**”, *Revue Internationale de Droit Penal. International Review of Penal Law*, Vol. 73(1-2), 2002, pp. 167-213.
 - **Los delitos de odio**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
 - «**El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del artículo 510 CP**», en LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena/GARRO CARRERA, Enara (dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 221-260.
 - “**Políticas de víctimas de la violencia política en España y el País Vasco: una reflexión a la luz del Holocausto**”, *Revista General de Derecho Penal (RGDP)*, Núm. 29, 2018.
 - “**Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente**”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, Núm. 22(19), 2020.
 - «**Delitos de odio y sentido de tutela: reflexiones al hilo del «caso Altsasu» (STS 458/2019)**», en LAURENZO COPELLO, Patricia/DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto (coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, Granada, 2021, pp. 351-374.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «**Protección penal y límites penales de las libertades comunicativas**», en VV.AA., *Las libertades de información y de expresión. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 45-83.
- «**¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación?**», en GARCÍA GARCÍA, Ricardo/DOCAL GIL, David (dirs.), *Grupos de odio y violencias sociales*, Rasche, Madrid, 2012, pp. 23-35.
 - «**Vale la pena la reforma? Análisis desde los principios penales democráticos**», en VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita/BUSTOS RUBIO, Miguel (coords.), *La reforma penal de 2013. Libro de Actas. XIV Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho penal de las Universidades de Madrid, Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, 2014, pp. 11-22.

- “**Todo a la vez:** la limitación de la expresión y la desprotección del honor”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, Núm. 36, 2017, pp. 119-134.
- LASSWELL, Harold D., *Propaganda technique in the World War*, Peter Smith, Nueva York, 1938.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, “**La discriminación** en el Código Penal de 1995”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Núm. 19, 1996, pp. 219-288. Véase también: «**Marco de protección** jurídico-penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia», en MAQUEDA ABREU, M^a Luisa (dir.), *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 217-282.
- *Los delitos contra el honor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- «**¿Vulnerables o vulnerados?** Las paradojas de la tutela penal de los inmigrantes», en DE HOYOS SANCHO, Montserrat (dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 75-88.
- “**Un ejemplo de derecho penal expansivo:** los delitos de odio en la realidad judicial española”, *Revista de Derecho Penal*, Núm. 26, 2018, pp. 243-256.
- «**La manipulación** de los delitos de odio», en PORTILLA CONTRERAS, Guillermo/VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (dirs.), *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 453-468.
- «**No es odio, es discriminación.** A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio», en LAURENZO COPELLO, Patricia/DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto (coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, Granada, 2021, pp. 257-284.
- LAVERICK, Wendy/JOYCE, Peter, *Racial and religious hate crime. The UK from 1945 to Brexit*, Palgrave Macmillan, Londres, 2019.
- LAWRENCE III, Charles R., «**If he hollers** let him go: regulating racist speech on campus», en MATSUDA, Mari J./LAWRENCE III, Charles R./DELGADO, Richard/CRENSHAW, Kimberlè Williams, *Words that wound. Critical race theory, assaultive speech, and the First Amendment*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 1993, pp. 53-88.
- LAWRENCE, Frederick M., “**The punishment of hate:** toward a normative theory of bias motivated crimes”, *Michigan Law Review*, Vol. 93, 1994, pp. 320-381.
- *Punishing hate. Bias crimes under American law (3rd ed.)*, Harvard University Press, Cambridge/Londres, 2002.
- «**Racial violence** on a ‘small island’: bias crime in a multicultural society», en IGANSKI, Paul (ed.), *The hate debate. Should hate be punished as a crime?*, Profile Books, Londres, 2002, pp. 36-53.
- LAWSON-CRUTTENDEN, Timothy/ADDISON, Neil, *Blackstone’s guide to the Protection from Harassment Act 1997*, Blackstone Press, Londres, 1997.

- LEAKER, Anthony, *Against free speech*, Rowman & Littlefield, Lanham/Boulder/Nueva York/Londres, 2020.
- LEE, Ronan, *Myanmar's rohingya genocide: identity, history and hate speech*, I.B. Tauris, Londres/Nueva York/Oxford Nueva Delhi/Sídney, 2021.
- LENG, Roger/TAYLOR, Richard/WASIK, Martin, *Blackstone's guide to the Crime & Disorder Act 1998*, Blackstone Press, Londres, 1998.
- *Blackstone's guide to the Criminal Justice Act 2003*, Blackstone Press, Londres, 2004.
- LEOPOLD, Patricia M., “Incitement to hatred. The history of a controversial criminal offence”, *Public Law*, 1977, pp. 389-405.
- LERNER, Natan, “Ethnic cleansing”, *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 24 Martinus Nijhoff, La Haya, 1994, pp. 103-117.
- *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. Reprint revised by Natan Lerner*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2014.
- LESTER, Anthony/BINDMAN, Geoffrey, *Race and law*, Penguin Books, Harmondsworth, 1972.
- LEVIN, Brian, “From slavery to hate crime laws: the emergence of race and status-based protection in American Criminal law”, *Journal of Social Issues*, Vol. 58, 2002, pp. 227-245.
- LEVIN, Brian, «The long arc of justice: race, violence, and the emergence of hate crime law», en PERRY, Barbara/IGANSKI, Paul (eds.), *Hate crime. Volume I. Understanding and defining hate crime*, Praeger, Westport, 2009, pp. 1-22.
- LEVIN, Jack/McDEVITT, Jack, *Hate crimes. The rising tide of bigotry and bloodshed*, Plenum, Nueva York, 1993.
- *Hate crimes revisited: America's war against those who are different*, Westview Press, Boulder, 2002.
- «Hate crimes: an updated offender typology», en VALERI, Robin Maria/BORGESON, Kevin (eds.), *Hate crimes. Typology, motivations, and victims*, Carolina Academic Press, Durham, 2018, pp. 33-48.
- LEVIN, Jack/NOLAN, Jim, *The violence of hate. Understanding harmful forms of bias and bigotry (4th ed.)*, Rowman & Littlefield, Lanham/Boulder/Nueva York/Londres, 2016.
- LEVIN, Jack/RABRENOVIC, Gordana, «Hate as cultural justification for violence», en PERRY, Barbara/IGANSKI, Paul (eds.), *Hate crime. Volume I. Understanding and defining hate crime*, Praeger, Westport, 2009, pp. 41-53.
- LIEVENS, Eva, *Protecting children in the digital era. The use of alternative regulatory instruments*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010.

- LILIENTHAL, Gary/AHMAD, Nehaluddin, “**Hate crime and social media** in the UK”, *Computer and Telecommunications Law Review*, Vol. 22(7), pp. 188-193.
- LIU, Eric Yang, «**Chinese Exclusion Act**», en SCHAEFER, Richard (ed.), *Encyclopedia of race, ethnicity, and society*, SAGE, Los Ángeles/Londres, 2008, pp. 289-291.
- LLORIA GARCÍA, Paz, “**La violencia sobre la mujer** en el siglo XXI. Sistemas de protección e influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en su diseño”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Núm. 138, 2019 [LA LEY 8412/2019].
- *Violencia sobre la mujer en el siglo XXI. Violencia de control y nuevas tecnologías. Habitualidad, sexting y stalking*, Iustel, Madrid, 2020.
- LOEWENSTEIN, Karl, “**Militant Democracy and Fundamental Rights, I**”, *The American Political Science Review*, Vol. 31(3), 1937, pp. 417-432.
- “**Militant Democracy and Fundamental Rights, II**”, *The American Political Science Review*, Vol. 31(4), 1937, pp. 638-658.
- LOGAN, Lisa/GOZEN, Asli, “**Reporting on sensitive** current events”, *Entertainment Law Review*, Vol. 29(8), 2018, pp. 250-254.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Eurojuris, Madrid, 1996.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- LÓPEZ ULLA, Juan Manuel, *Libertad de informar y derecho a expresarse: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 1994.
- LUCAS MARÍN, Antonio, *Introducción a la sociología. Para el estudio de la realidad social (5ª ed.)*, Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA), Pamplona, 2003.
- MACHADO RUIZ, M^a Dolores, *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MALIK, Maleiha, “**“Racist crime”**: racially aggravated offences in the Crime and Disorder Act 1998 Part II”, *The Modern Law Review*, Vol. 62(3), pp. 409-424.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Comentarios al Código penal (tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo)*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- MARCUSE, Herbert, «**Repressive tolerance**», en WOLFF, Robert Paul/MOORE, Barrington/MARCUSE, Herbert, *A critique of pure tolerance*, Beacon Press, Boston, 1965, pp. 81-117. Traducción al castellano: «**La tolerancia represiva**», en DE VICENTE HERNANDO, César (ed.), *La tolerancia represiva y otros ensayos*, Los libros de la catarata, Madrid, 2010, pp. 47-74.

- MARQUINA BERTRÁN, Marta, «**Los delitos de odio** tras la reforma penal por la LO 1/2015», en ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio (dir.), *Cuadernos penales José María Lidón núm. 12. La reforma del Código Penal a debate*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2016, pp. 321-376.
- MARTÍN HERRERA, David, *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, Dykinson, Madrid, 2018.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Los elementos subjetivos en la antijuridicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MASON, Gail, “**Hate crime laws in Australia**: are they achieving their goals?”, *Criminal Law Journal*, Vol. 33, 2009.
- MASON, Gail, «**Legislating** against hate», en HALL, Nathan/CORB, Abbee/GIANNASI, Paul/GRIEVE, John G.D. (eds.), *The Routledge international handbook on hate crime*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2015, pp. 59-68.
- MATSUDA, Mari J., “**Public response to** racist speech: considering the victim's story”, *Michigan Law Review*, Vol. 87(8), 1989.
- MATSUDA, Mari J./LAWRENCE III, Charles R./DELGADO, Richard/CRENSHAW, Kimberlè Williams, «**Introduction**», en MATSUDA, Mari J./LAWRENCE III, Charles R./DELGADO, Richard/CRENSHAW, Kimberlè Williams, *Words that wound. Critical race theory, assaultive speech, and the First Amendment*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 1993, pp. 1-15.
- McDEVITT, Jack/LEVIN, Jack/BENNETT, Susan, “**Hate crime offenders**: an expanded typology”, *Journal of Social Issues*, Vol. 58(2), 2002, pp. 303-317.
- McGARRY, Ross/WALKLATE, Sandra, *Victims. Trauma, testimony and justice*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2015.
- McGOLDRICK, James M., “**Symbolic speech**: a message from mind to mind”, *Oklahoma Law Review*, Vol. 61(1), 2008, pp. 1-82.
- McNALLY, Gerry/McILROY, Eithne, «**Probation practice** and offending motivated by hate and discrimination: an all-Ireland perspective», en HAYNES, Amanda/SCHWEPPE, Jennifer/TAYLOR, Seamus (eds.), *Critical perspectives on hate crime. Contributions from the island of Ireland*, Palgrave Macmillan, Londres, 2017, pp. 443-465.
- McVEIGH, Robbie, , «**There’s no racism** because there’s no Black people here’: racism and anti- racism in Northern Ireland», en HAINSWORTH, Paul (ed.), *Divided society. Ethnic minorities and racism in Northern Ireland*, Pluto Press, Londres/Sterling, 1998, pp. 11-32.
- «**Hate and the state**: Northern Ireland, sectarian violence and ‘perpetrator-less crime’», en HAYNES, Amanda/SCHWEPPE, Jennifer/TAYLOR, Seamus (eds.), *Critical perspectives on hate crime. Contributions from the island of Ireland*, Palgrave Macmillan, Londres, 2017, pp. 393-417.

- MEIKLEJOHN, Alexander, *Free speech and its relation to self-government*, Harper & Brothers, Nueva York, 1948.
- MELOY, J. Reid (ed.), *The psychology of stalking. Clinical and forensic perspectives*, Academic Press, Cambridge, 1998.
- MERLE, Jean-Christophe, “**Cultural defense, hate crimes** and equality before the law”, *ethic@ - Florianopolis*, Vol. 5(1), 2006, pp. 7-19.
- METTRAUX, Guénaël, *International crimes. Law and practice. Volume 1: genocide*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2019.
- MIDDLEMISS, Sam, “**The new law of stalking** in Scotland, too little too late?”, *Juridical Review*, Num. 4, 2010, pp. 297-306.
- “**Let the stalker** beware? Analysis of the law of stalking in Scotland”, *Journal of Criminal Law*, Vol. 78(5), 2014, pp. 407-422.
- MIDDLEMISS, Sam/SHARP, Laura, “**A critical analysis** of the law of stalking in Scotland”, *Journal Criminal Law*, Vol. 73(1), pp. 89-114.
- MIFSUD BONNICI, Jeanne Pia, *Self-regulation in cyberspace*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2008.
- MIFSUD BONNICI, Jeanne Pia/DE VEY MESTDAGH, C.N.J., “**Right vision, wrong expectations**: the European Union and self-regulation of harmful Internet content”, *Information & Communications Technology Law*, Vol. 14(2), 2005, pp. 133-149.
- MILGRAM, Stanley, “**Some conditions** of obedience and disobedience to authority”, *Human Relations*, Vol. 18, 1965, pp. 57-76.
- MIR PUIG, Santiago, «**Amenazas y coacciones**», en LUZÓN CUESTA, José María (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002, pp. 60-64.
- *Bases constitucionales del Derecho penal*, Iustel, Madrid, 2011.
- «**El principio de proporcionalidad** como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal», en CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/ORTS BERENGUER, Enrique (dirs.)/CUERDA ARNAU, M^a Luisa (coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón). Tomo II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1357-1382. Véase también: «**El principio de proporcionalidad como fundamento** constitucional de límites materiales del Derecho penal», en LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio/RUSCONI, Maximiliano (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, pp. 329-357.
- *Derecho penal. parte general (10^a ed.)*, Reppertor, Barcelona, 2016.
- MIR PUIG, Santiago/GÓMEZ MARTÍN, Víctor, «**Artículo 22**», en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/MIR PIG, Santiago (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 143-154.

- MIRÓ LLINARES, Fernando, «**Derecho penal y moral**. Notas a partir de la controversia Devlin vs. Hart», en BACIGALUPO SAGGESE, Silvina/FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo/ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio (eds.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 333-360.
- “**Taxonomía** de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet”, *IDP. Revista de Internet, derecho y política*, Núm. 22, 2016, pp. 82-107.
- «**Derecho penal y 140 caracteres**», en MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 21-65.
- MITSOLENGAS, Valsamis, *EU Criminal law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2009.
- MOCCIA, Sergio, *El Derecho penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica*, B de f, Buenos Aires/Montevideo, 2008.
- MODELELL GONZÁLEZ, Juan Luis, «**Delitos de odio** en Hispanoamérica: descripción comparada», en LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena/GARRO CARRERA, Enara (dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 177-192.
- MOECKLI, Daniel, *Human rights and non-discrimination in the 'war on terror'*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2008.
- MOLINA CABALLERO, María Jesús, «**La agravante** del artículo 22.4 del Código penal: dificultades probatorias», en LAURENZO COPELLO, Patricia/DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto (coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, Granada, 2021, pp. 427-451.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito (3ª ed.)*, B de f, Buenos Aires/Montevideo, 2021.
- MONAGHAN, Rachel, “**Not quite terrorism**: animal rights extremism in the United Kingdom”, *Studies in Conflict & Terrorism*, Vol. 36(11), pp. 933-951.
- MONTILLA MARTOS, José Antonio, «**Capítulo XIX**. La libertad de expresión», en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.), *Manual de Derecho constitucional. Volumen II (15ª ed.)*, Tecnos, Madrid, 2020, pp. 230-262.
- MOODY, S.R./CLARK, Ian, “**Dealing with racist victimisation**: racially aggravated offences in Scotland”, *International Review of Victimology*, Vol. 10(3), pp. 261-280.
- MOORE, Thomas H., “**R.A.V. v. City of St. Paul**: a curious way to protect free speech”, *North Carolina Law Review*, Vol. 71(4), pp. 1252-1281.
- MORANO-FOADI, Sonia/DE VRIES, Karin, «**The equality clauses** in the EU Directives on non-discrimination and migration/asylum», en MORANO-FOADI, Sonia/MALENA, Micaela (eds.), *Integration for third country nationals in the European Union. The equality challenge*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, pp. 16-44.

- MÜLLER, Karsten/SCHWARZ, Carlo, “**Fanning the flames** of hate: social media and hate crime”, *SSRN Electronic Journal*, 2017.
- “**From hashtag** to hate crime: Twitter and anti-minority sentiment”, *SSRN Electronic Journal*, 2018.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, «**Libertad de expresión** y derecho al honor en el estado social y democrático de derecho», en DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis/DENDALUZE SEGUROLA, Iñaki/ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique (comp.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, Donostia, 1989, pp. 845-857.
- *Derecho penal. Parte especial (11ª ed., revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M^a Isabel, «**Calumnia e injuria**», en LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002, pp. 223-226.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general (10ª ed.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MURDOCH, Jim, *Reed and Murdoch: Human rights law in Scotland (4th ed.)*, Bloomsbury Professional, Edimburgo/Haywards Heath, 2017.
- MURPHY, Sean D., “**Hate-speech Protocol** to Cybercrime Convention”, *The American Journal of International Law*, Vol. 96(4), 2002, pp. 973-975.
- NÄSI, Matti/RÄSÄNEN, Pekka/HAWDON, James/HOLKERI, Emma/OKSANEN, Atte, “**Exposure to online hate** material and social trust among Finnish youth”, *Information Technology & People*, Vol. 28(3), 2015, pp. 607-622.
- NEIER, Aryeh, *Defendiendo a mi enemigo. Los nazis americanos, el caso de Skokie y los riesgos que entraña la libertad*, Instituto Berg, Madrid, 2020.
- NEWMAN, Chris, “**Offensive picture** on the internet later shown to complainant by a third-party causing distress”, *Journal of Criminal Law*, Vol. 72(6), pp. 481-484.
- NIESSEN, Jan, “**The starting line** and the promotion of EU anti-discrimination legislation: the role of policy-oriented research”, *Journal of International Migration and Integration*, Vol. 1(4), 2000, pp. 493-503.
- NIETO MARTÍN, Adán, «**El principio de proporcionalidad**», en SICURELLA, Rosaria/MITSILEGAS, Valsamis/PARIZOT, Raphaële/LUCIFORA, Analisa (eds.), *Principios generales del Derecho penal en la Unión Europea*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 135-180.
- NIKOLAIDIS, Charilaos, *The right to equality in European human rights law. The quest for substance in the jurisprudence of the European courts*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2015.

- NOWAK, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR. Commentary* (2nd revised ed.), N.P. Engel Verlag, Kehl/Strasbourg/Arlington, 2005.
- NUSSBERGER, Angelika, *The European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2020.
- OETHEIMER, Mario, “**Protecting freedom of expression**: the challenge of hate speech in the European Court of Human Rights Case Law”, *Cardozo Journal of International & Comparative Law*, Vol. 17(3), 2009, pp. 427-443.
- OHLIN, Jens David, «**Incitement** and conspiracy to commit genocide», en GAETA, Paola (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2009, pp. 207-227.
- «**State responsibility** for conspiracy, incitement, and attempt to commit genocide», en GAETA, Paola (ed.), *The UN Genocide Convention. A commentary*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2009, pp. 374-380.
- OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, Néstor, *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, Iustel, Madrid, 2019.
- “**Los sujetos pasivos** en los delitos por discriminación”, *Revista General de Derecho Penal (RGDP)*, Núm. 35, 2021.
- ORMEROD, David/LAIRD, Karl, *Smith, Hogan and Ormerod’s Criminal law* (16th ed.), Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2021.
- ORMEROD, David/PERRY, David (general eds.), *Blackstone’s Criminal practice 2021* (30th ed.), Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2020. Junto con este material, también ha sido consultado ampliamente: LEAKE, Stephen (ed.), *Archbold. Magistrate’s Courts Criminal practice 2021* (17th ed.), Sweet & Maxwell, Londres, 2020.
- OSTER, Jan, *Media freedom as a fundamental right*, Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York, 2015.
- OSUNA CERREZO, María José, “**Los delitos de odio** (análisis del artículo 510 del Código penal: unos tipos penales con imprecisas fronteras)”, *Jueces para la democracia*, Núm. 86, 2016, pp. 60-79.
- OTERO GONZÁLEZ, Pilar, «**Delitos contra el honor**. Cuestiones generales. Calumnias», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.)/VENTURA PÜSCHEL, Arturo (coord.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial (I). Delitos contra las personas* (3^a ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1537-1563.
- OWUSU-BEMPAH, Abenaa/WALTERS, Mark A., “**Racially aggravated offences**: when does section 145 of the Criminal Justice Act 2003 apply?”, *Criminal Law Review*, 2016, pp. 116-123.
- PACKER, John/HOLT, Sally, «**Article 9**», en WELLER, Marc (ed.), *The rights of minorities in Europe. A commentary on the European Framework Convention for*

- the Protection of National Minorities*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2005, pp. 263-300.
- PADFIELD, Nicola, *A guide to the Crime and Disorder Act 1998*, Butterworths, Londres/Edinburgh/Dublin, 1998.
- PARK, Robert Ezra/BURGESS, Ernest Watson, *Introduction to the science of sociology*, University of Chicago Press, Chicago, 1921.
- PARKER, James E. K., *Acoustic jurisprudence. Listening to the Trial of Simon Bikindi*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2015.
- PARKER, Richard A., «**Brandenburg v. Ohio**», en PARKER, Richard A. (ed.), *Free speech on trial. Communication perspectives on landmark Supreme Court decisions*, University of Alabama Press, Tuscaloosa, 2003, pp. 145-159.
- PARTSCH, Karl Josef, «**Racial speech** and human rights: article 4 of the Convention of the Elimination of All Forms of Racial Discrimination», en COLIVER, Sandra (ed.), *Striking a balance. Hate speech, freedom of expression and non-discrimination*, Article 19/Essex University's Human Rights Centre, London/Colchester, 1992, pp. 21-28.
- PAUL, Anju Mary, «**Assimilation**», en SCHAEFER, Richard (ed.), *Encyclopedia of race, ethnicity, and society*, SAGE, Los Ángeles/Londres, 2008, pp. 104-107.
- PERALTA, José Milton, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Edersa, Madrid, 1995.
- PÉREZ CEPEDA, Ana, «**Lección XXVI. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas**», en GÓMEZ RIVERO, M^a del Carmen (dir.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial. Volumen II (3^a ed.)*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 603-629.
- PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías. Una aproximación iusfilosófica*, Dykinson, Madrid, 2005.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Lecciones de Derecho penal. Parte general (4^a ed.)*, Dykinson, Madrid, 2020.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.
- «**Sobre la igualdad** en la Constitución española», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Núm. 4, 1987, pp. 133-151.
- PERRY, Barbara, «**Introduction**», en PERRY, Barbara (ed.), *Hate and bias crime: a reader*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2003, pp. 3-7.

- *Silent victims. Hate crimes against native Americans*, University of Arizona Press, Tucson, 2008.
- «**The sociology of hate: theoretical approaches**», en PERRY, Barbara/IGANSKI, Paul (eds.), *Hate crime. Volume I. Understanding and defining hate crime*, Praeger, Westport, 2009, pp. 55-75.
- «**Racist violence** against Native Americans», en PERRY, Barbara, *Hate crimes. Volume III. The victims of hate crime*, Praeger, Westport, 2009, pp. 1-17.
- «**Exploring the community impacts** of hate crime», en HALL, Nathan/CORB, Abbee/GIANNASI, Paul/GRIEVE, John G.D. (eds.), *The Routledge international handbook on hate crime*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2015, pp. 47-58.
- “**Disrupting the mantra** of multiculturalism: hate crime in Canada”, *American Behavioral Scientist*, Vol. 59(13), 2015, pp. 1637-1654.
- PERRY, Barbara/OLSSON, Patrik, «**Hate crime** as a human rights violation», en PERRY, Barbara/IGANSKI, Paul (eds.), *Hate crime. Volume II. The consequences of hate crime*, Praeger, Westport, 2009, pp. 175-191.
- PEZZELLA, Frank S., *Hate crime statutes. A public policy and law enforcement dilemma*, Springer, Cham, 2017.
- PHILLIPS, Nickie D., «**Health consequences** of hate crime», en RENZETTI, Claire M./EDLESON, Jeffrey L., *Encyclopedia of interpersonal violence*, SAGE, Los Angeles/Londres, 2008.
- “**The prosecution** of hate crimes. The limitations of the hate crime typology”, *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 24(5), 2009, pp. 883-905.
- PHILLIPSON, Gavin, «**Searching for a Chimera?** Seeking common law rights of freedom of assembly and association», en ELLIOTT, Mark/HUGHES, Kirsty (eds.), *Common law constitutional rights*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2020, pp. 141-166.
- PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código Penal. À luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (3ª edição atualizada)*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015.
- PLÖCHL, Franz, «**Verhetzung** (§ 283 StGB)», en HÖPFEL, Frank/RATZ, Eckart, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (2.Auflage). Kommentar in Faszikeln (§§ 279–287 Plöchl)*, MANZ’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 2020, pp. 34-51.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Addenda al curso de Derecho Penal español. Parte especial (Tomos I y II, recogiendo todas las reformas legislativas producidas desde la publicación del Código Penal de 1995)*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- POLLICINO, Oreste, *Judicial protection of fundamental rights on the Internet. A road towards digital constitutionalism?*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2021.
- POLLICINO, Oreste/BASSINI, Marco, «**Free speech, defamation** and the limits to freedom of expression in the EU: a comparative analysis», en SAVIN, Andrej/TRZASKOWSKI, Jan (eds.), *Research handbook on EU Internet law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014, pp. 508-542.

- POLLICINO, Oreste/SOLDATOV, Oleg, «**Judicial balancing** of human rights online», en SUSI, Mart (ed.), *Human rights, digital society and the law. A research companion*, Routledge, Londres/Nueva York, 2019, pp. 132-147.
- POPPER, Karl R., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona, 2010.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «**Delitos en los que concurre un móvil discriminatorio** basado en la identidad sexual de la víctima (art. 22.4º CP)», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 37-40.
- «**El Derecho penal** entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural. La influencia de la identidad cultural en la teoría jurídica del delito», en BACIGALUPO, Silvina/FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José/ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 417-450.
- «**La represión penal** del “discurso del odio”», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. IV. Delitos contra la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 379-412.
- «**El retorno de la censura** y la caza de brujas anarquistas», en MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 87-105.
- «**Incitación al odio** y exaltación del terrorismo: entre la peligrosidad estadística y la peligrosidad potencial de lesión de la igualdad o seguridad de los colectivos», en LAURENZO COPELLO, Patricia/DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto (coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, Granada, 2021, pp. 329-349.
- PRATS CANUT, José Miguel, «**Cometer el delito** por racismo o xenofobia (art. 22.4 NCP)», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.)/VALLE MUÑIZ, José Manuel (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 242-244.
- PRECIADO DOMÉNECH, Carlos Hugo, *Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2016.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel/TERUEL LOZANO, Germán, *La libertad de expresión en América y Europa*, Juruá Editorial, Lisboa, 2017.
- PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Colex, Madrid, 1997.
- QUESADA ALCALÁ, Carmen, “**La labor de la Unión Europea**, el Consejo de Europa y la OSCE en materia de crímenes de odio: sus repercusiones en España”, *Revista General de Derecho Europeo*, Núm. 36, 2015.
- QUINTANAR DÍEZ, Manuel, «**Las agravantes**», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir./coord.)/PERIS RIERA, Jaime/QUINTANAR DÍEZ, Manuel/SÁNCHEZ DOMINGO, Belén, *Sinopsis de Derecho penal. Parte general. Libro de estudio*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 243-259.

- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Comentarios a Código penal* (2ª ed.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966.
- QUINTEL, Teresa/ULLRICH, Carsten, «**Self-regulation** of fundamental rights? The EU Code of Conduct on Hate Speech, related initiatives and beyond», en PETKOVA, Bilyana/OJANEN, Tuomas (eds.), *Fundamental rights protection online. The future regulation of intermediaries*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2020, pp. 197-229.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «**Libertad de expresión y honor** en el Código penal de 1995», en VIVES ANTÓN, Tomás/MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (dirs.), *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte Especial)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 149-182.
- *La justicia penal en España*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- «**Cap. IV. De las circunstancias** que agravan la responsabilidad criminal», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.)/ MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al Código penal español. Tomo I (Artículos 1 a 233) (7ª ed.)*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 295-321.
- «**Artículo 170**», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.)/ MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al Código penal español. Tomo I (Artículos 1 a 233) (7ª ed.)*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 1152-1153.
- *Pequeña historia penal de España*, Iustel, Madrid, 2017.
- RAINEY, Bernadette/McCORMICK, Pamela/OVEY, Clare, *Jacobs, White, and Ovey. The European Convention on Human Rights (8th ed.)*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2021.
- RAUTZ, Günther/HOFMANN, Mahulena, «**Commentary of article 9** of the Framework Convention for the Protection of National Minorities», en HOFMANN, Rainer/MALLOY, Tove H./REIN, Detlev (eds.), *The Framework Convention for the Protection of National Minorities. A commentary*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2018, pp. 189-204.
- REBOLLO VARGAS, Rafael, *La provocación y la apología en el nuevo Código penal. La exteriorización de la voluntad delictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- “**La agravante de discriminación** por razón de sexo y su fundamento (art. 22.4 del Código penal)”, *Revista General de Derecho Penal (RGDP)*, Núm. 23, 2015.
- «**Controversias y propuestas interpretativas** sobre la agravante de discriminación por razón de odio», en LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena/GARRO CARRERA, Enara (dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 195-220.
- REID, Paul, *Public law (4th ed.)*, W. Green, Edimburgo, 2020.
- RENART GARCÍA, Felipe, “**La agravación del delito** por motivos discriminatorios. Análisis del artículo 22.4 del Código Penal de 1995”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Núm. 5, 2002, pp. 1736-1752.

- REY MARTÍNEZ, Fernando, “**La discriminación racial** en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Pensamiento Constitucional*, Núm. 17, 2012, pp. 291-319.
- «**Discurso del odio** y racismo líquido», en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (dir.), *Libertad de expresión y discurso del odio*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2015, pp. 51-88.
- *Derecho antidiscriminatorio*, Aranzadi, Pamplona, 2019.
- RICHARDS, Imogen/WOOD, Mark, «**Legal and security frameworks** for responding to online violent extremism. A comparison of far-right and jihadist contexts», en IRELAND, Carol A./LEWIS, Michael/LOPEZ, Anthony C./IRELAND, Jane L. (eds.), *The handbook of collective violence. Current developments and understanding*, Routledge, Londres/Nueva York, 2020, pp. 112-124.
- RICHARDSON, Matthew, *Cyber-crime: law & practice*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, Londres, 2014. Véase también la edición más reciente: RICHARDSON, Matthew, *Cyber-crime: law & practice (2ª ed.)*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, Londres, 2019.
- RIVERA, Julio César, *La libertad de expresión y las expresiones de odio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
- ROBERTS, Julian V., «**Punishing, more or less**: exploring aggravation and mitigation at sentencing», en ROBERTS, Julian V. (ed.), *Mitigation and aggravation at sentencing*, Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York, 2011, pp. 1-20.
- ROBERTSON, Geoffrey, *Freedom, the individual and the law (7ª ed.)*, Penguin Books, Londres/Nueva York, 1993.
- RODRÍGUEZ DEVESA, Jose María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte general (18ª ed.)*, Dykinson, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, “**El ámbito de aplicación** del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015”, *Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPC)*, Núm. 12, 2014, pp. 165-232.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «**Artículo 22.4 CP**», en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.)/JORGE BARREIRO, Agustín (coord.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 137-139.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel, “**Discriminación múltiple**”, *Diario la Ley*, Núm. 8571, 2015 [LA LEY 4374/2015].
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel/FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

- «**La igualdad ante la ley** y en la aplicación de la ley», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel/CASAS BAAMONDE, María Emilia (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario. Tomo I*, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 334-352.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina, *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, Bomarzo, Albacete, 2007.
- «**Comentario al artículo 510**», ARROYO ZAPATERO, Luis/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/GARCÍA RIVAS, Nicolás/SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón/TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a (dirs.), NIETO MARTÍN, Adán/PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (coords.), *Comentarios al Código penal*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 1005-1008.
- «**Una propuesta de clasificación** de los delitos de discriminación en el Código Penal español», *Dos mil-tres mil*, Núm. 11, 2007.
- «**La política criminal europea** contra la discriminación racial: ¿es Decisión Marco 2008/913/JAI un verdadero avance?», en NIETO MARTÍN, Adán/DÍEZ-PICAZO, Luis María (coords.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 331-376.
- «**La sanción penal de la denegación** discriminatoria de prestaciones: una reflexión a partir de su (in)aplicación por los tribunales», en LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena/GARRO CARRERA, Enara (dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 261-302.
- ROHLFING, Sarah, «**Hate** on the Internet», en HALL, Nathan/CORB, Abbee/GIANNASI, Paul/GRIEVE, John G.D. (eds.), *The Routledge international handbook on hate crime*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2015, pp. 293-305.
- «**Who is really British anyway?: a thematic analysis of responses to online hate materials**», *Cyberpsychology: Journal of Psychosocial Research on Cyberspace*, Vol. 10(4), 2016.
- ROIG TORRES, Margarita, «**Los delitos de racismo** y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)», en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.)/GÓRRIZ ROYO, Elena/MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (cords), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015 (2ª ed.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1257-1279.
- ROLLNERT LIERN, Göran, «**El discurso del odio y los límites** de la libertad de expresión: de la «zona intermedia» a los estándares internacionales», en MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 255-273.
- «**El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional**», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 115, pp. 81-109.
- RONSON, Jon, *Humillación en las redes. Un viaje a través del mundo del escarnio público*, Ediciones B, Barcelona, 2015.

- ROWBOTTOM, Jacob, “**To rant, vent and converse:** protecting low level digital speech”, *Cambridge Law Journal*, Vol. 71(2), 2012, pp. 355-383.
- «**The protection of expression** in the UK: old principles in a digital world», en POLLICINO, Oreste/ROMEO, Graziella (eds.), *The Internet and constitutional law. The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, Routledge, Londres/Nueva York, pp. 192-206.
 - «**Crime and communication:** do legal controls leave enough space for freedom of expression?», en MANGAN, David/GILLIES, Lorna E. (eds.), *The legal challenges of social media*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2017.
 - *Media law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2018.
- ROZENBERG, Danielle, *La España contemporánea y la cuestión judía. Retejiendo los hilos de la memoria y de la historia*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Reus, Madrid, 2012.
- “**Cometer un delito** por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, Núm. 21, 2019.
- RUIZ VIEYTEZ, Eduardo J., *Minorías, inmigración y democracia en Europa. Una lectura multicultural de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- RUSCHER, Janet B., *Prejudiced communication. A social psychological perspective*, The Guilford Press, Nueva York/Londres, 2001.
- SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón, “**La libertad de expresión.** Apariencia y realidad”, *Juezas y Jueces para la Democracia. Boletín Informativo*, Núm. 71, 2018, pp. 2-4.
- SALIMI, Farsam, “**Die Verhetzung im Internet** – § 283 StGB in der gerichtlichen Praxis”, *Juristische Blätter*, 141. Jahrgang (Heft 10), 2019, pp. 609-622.
- SALINERO ALONSO, Carmen, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal*, Comares, Granada, 2000.
- SALLAVACI, Oriola, «**Crime and social media:** legal responses to offensive online communications and abuse», en JAHANKHANI, Hamid (ed.), *Cyber criminology*, Springer, Cham, 2018, pp. 3-23.
- SALZMANN, Harald, *Das österreichische Strafrecht. Vierter Teil. Verordnungen und Erlässe zum materiellen und formellen Strafrecht*, Verlag Österreich, Viena, 2020.
- SÁNCHEZ MELGAR, Julián, «**La violencia de género** en Ávila a propósito de la agravante de género», en VV.AA., *Investigar el pasado para entender el presente. Homenaje al Profesor Carmelo Luis López, Vol. 2 – Tomo 2*, Ediciones de la Institución Gran Duque de Alba, Ávila, 2019, pp. 463-476.

- «**Art. 22.4**», en SÁNCHEZ MELGAR, Julián (coord.), *Código penal. Comentarios y jurisprudencia. Tomo I (5ª ed.)*, Sepin, Madrid, 2020, pp. 262-264.
- «**Art. 174**», en SÁNCHEZ MELGAR, Julián (coord.), *Código penal. Comentarios y jurisprudencia. Tomo II (5ª ed.)*, Sepin, Madrid, 2020, pp. 1335-1339.
- «**La agravante de género: fundamento y requisitos. Repaso jurisprudencial**», en ORTEGA BURGOS, Enrique/OCHOA MARCO, Raúl (dirs.), *Derecho penal 2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 599-622.
- SANTANA VEGA, Dulce María, «**Disponibilidad versus consentimiento** en Derecho penal (sobre la modificación del ámbito de protección jurídico-penal originario)», en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.), *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 1137-1159.
- SANZ MORÁN, Ángel, *Elementos subjetivos de justificación*, Bosch, Barcelona, 1992.
- SANZ MULAS, Nieves, *Delitos culturalmente motivados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- *Violencia de género y pacto de estado. La huida hacia adelante de una norma agotada (LO 1/2004)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- SARDO, Alessio, “**Categories**, balancing, and fake news: the jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Vol. 33(2), 2020, pp. 435-460.
- SAUNDERS, Kevin W., *Degradation. What the history of obscenity tells us about hate speech*, Nueva York University Press, Nueva York/Londres, 2011.
- SAUTNER, Lyane, «**Delitos de odio** en el derecho penal austríaco: consideraciones de *lege lata* y de *lege ferenda*», en LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena/GARRO CARRERA, Enara (dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 101-118.
- SCAIFE, Laura, “**The DPP and social media: a new approach coming out of the Woods?**”, *Communications Law*, Vol. 18(1), 2013, pp. 5-10.
- *Handbook of social media and the law*, Informa law (Routledge), Abingdon/Nueva York, 2015.
- SCANLAN, David E., *The Crime & Disorder Act 1998: a guide for practitioners*, Callow Publishing, Londres, 1998.
- SCHNEIDER, Peter, «**In dubio pro libertate**», en VON CAEMMERER, Ernst/FRIESENHAHN, Ernst/LANGE, Richard, *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. estschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960. Band II*, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1960, pp. 263-290.
- SCHWAIGHOFER, Klaus, «**Verhetzung** (§ 283 StGB)», en BIRKLBAUER, Alois/HILF, Marianne Johanna/KONOPATSCH, Cathrine/MESSNER, Florian/SCHWAIGHOFER, Klaus/SEILER, Stefan/TIPOLD, Alexander, *StGB -*

- Strafgesetzbuch: Praxiskommentar*, facultas Universitätsverlag, Viena, 2018, pp. 1467-1472.
- SHERR, Avrom, *Freedom of protest, public order & the law*, Basil Blackwell, Oxford/Nueva York, 1989.
- «**Incitement** to racial hatred in England», en GREENSPAN, Louis/LEVITT, Cyril (eds.), *Under the shadow of Weimar. Democracy, law, and racial incitement in six countries*, Praeger, Westport, 1993, pp. 63-82.
- SIEBER, Ulrich, «**La lucha** contra el odio en Internet. Fundamentos técnicos, jurídicos y estratégicos para un concepto de prevención», *Revista de ciencias penales: Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, Núm. 4, 2001-2002, pp. 165-179.
- SIEGEL, Alexandra A., «**Online hate speech**», en PERSILY, Nathaniel/TUCKER, Joshua A. (eds.), *Social media and democracy. The state of the field, prospects for reform*, Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York, 2020, pp. 56-88.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, (2ª ed.), Civitas, Madrid, 2001.
- SIMESTER, A.P./SPENCER, John R./STARK, Findlay/SULLIVAN, G.R./VIRGO, Graham, *Simester and Sullivan's Criminal law. Theory and doctrine (7th ed.)*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2019.
- SIVARAJASINGAM, Vasekaran/READ, Simon/SVOBODOVA, Martina/WIGHT, Lucy/SHEPHERD, Jonathan, «**Injury resulting from targeted violence: an emergency department perspective**», *Criminal Behaviour and Mental Health*, Vol. 28(3), 2018, pp. 295-308.
- SCHJOLBERG, Stein, *The history of cybercrime: 1976-2016*, Books on Demand, Norderstedt, 2017. Véase también la edición más reciente: SCHJOLBERG, Stein, *The history of cybercrime (3rd ed.)*, Books on Demand, Norderstedt, 2020.
- SCHJOLBERG, Stein, *The history of cybercrime. Third Edition*, Cybercrime Research Institute – Books on Demand, Norderstedt, 2020.
- SMITH, A.T.H., *The offences against public order. Including the Public Order Act 1986*, Sweet & Maxwell/Police Review Publishing Company, Londres, 1987.
- SMITH, Stephen A., «Schenck v. United States and Abrams v. United States», en PARKER, Richard A. (ed.), *Free speech on trial. Communication perspectives on landmark Supreme Court decisions*, University of Alabama Press, Tuscaloosa, 2003, pp. 20-35.
- SOFAER, Abraham D./GROVE/WILSON, «**Draft International** Convention to enhance protection from cyber crime and terrorism», SOFAER, Abraham D./GOODMAN, Seymour E. (eds.), *The Transnational dimension of cyber crime and terrorism*, Hoover Institution Press, Stanford, 2001, pp. 249-265.

- SOLANKE, Iyiola, *Making anti-racial discrimination law. A comparative history of social action and anti-racial discrimination law*, Routledge, Londres/Nueva York, 2009.
- SOLOMOS, John, *Race and racism in Britain (3rd ed.)*, Palgrave Macmillan, Londres, 2003.
- SPADE, Dean «**What's wrong with rights?**», en GOLDBERG, Suzanne B. (ed.), *Sexuality and equality law*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2013, pp. 383-403.
- STATHI, Sofia/ROSCINI, Claudia, «**Identity and acculturation** processes in multicultural societies», en McKEOWN, Shelley/HAJI, Reeshma/FERGUSON, Neil (eds.), *Understanding peace and conflict through social identity theory. Contemporary global perspectives*, Springer, Cham, 2016, pp. 55-69.
- STERNBERG, Robert/STERNBERG, Karin, *La naturaleza del odio*, Paidós, Barcelona, 2010.
- STREISSGUTH, Tom, *Hate crimes. Revised edition*, Facts on File. Infobase Publishing, Nueva York, 2009.
- STREMLAU, Nicole/GAGLIARDONE, Iginio, «**Socio-legal** approaches to online hate speech», en CREUTZFELDT, Naomi/MASON, Marc/McCONNACHIE, Kirsten (eds.), *Routledge handbook of socio-legal theory and methods*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2020, pp. 385-398.
- SULLAWAY, Megan, «**Hate crime, violent extremism**, domestic terrorism – distinctions without difference?», en DUNBAR, Edward/BLANCO, Amalio/CRÈVECOEUR-MACPHAIL, Desirée A. (eds.), *The psychology of hate crimes as domestic terrorism: U.S. and global issues. Volume one: theoretical, legal, and cultural factors*, Praeger, Santa Barbara/Denver, 2017, pp. 89-121.
- SUMMERS, Sarah/SCHWARZENEGGER, Christian/EGE, Gian/YOUNG, Finlay, *The emergence of EU Criminal law. Cybercrime and the regulation of the information society*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2014.
- SUMNER, L.W., «**Criminalizing expression**: hate speech and obscenity», en DEIGH, John/DOLINKO, David (eds.), *The Oxford handbook of philosophy of Criminal law*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2011, pp. 17-36.
- SZMODIS, Whitney/ENG, Sothy, «**Tolerance**», en CORTÉS, CARLOS E. (ed.), *Multicultural America. A multimedia encyclopedia* (Vol. 4), SAGE, Los Ángeles/Londres, pp. 2076-2079.
- TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, «**Artículo 510**», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.)/VALLE MUÑIZ, José Manuel (coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, Aranzadi, Pamplona, **1996**, pp. 2077-2080.
- «**Artículo 174**», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios al Código penal español (Tomo I – Artículos 1 a 233)*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 1217-1222.

- «**Artículo 510**», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo II (Artículos 234 a DF. 7ª)*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 1655-1672.
- “**Los delitos de odio** en las redes sociales”, *IDP. Revista de Internet, derecho y política*, Núm. 27, 2018, pp. 17-29.
- TAPIA BALLESTEROS, Patricia, «**Artículo 510**», en GÓMEZ TOMILLO, Manuel/JAVATO MARTÍN, Antonio M^a (dirs.), *Comentarios prácticos al Código penal. Delitos contra la Constitución, el orden público. Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional. Delitos contra la comunidad internacional (artículos 472-676 quáter). Tomo VI*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 181-194.
- «**Identificación de las víctimas** de los delitos de odio: aproximación a algunos de los problemas que plantea esta categoría delictiva», en DE HOYOS SANCHO, Montserrat (dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 355-371.
- «**Los titulares** del bien jurídico en los delitos de odio», en LAURENZO COPELLO, Patricia/DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto (coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, Granada, 2021, pp. 313-327.
- “**El discurso de odio** del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un Caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación”, *Política Criminal*, Vol. 16, Núm. 31(11), 2021, pp. 284-320.
- TAYLOR, Paul M., *A commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights. The UN Human Rights Committee’s Monitoring of ICCPR Rights*, Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York, 2020.
- TAYLOR, Richard, “**The role of aggravated offences** in combating hate crime – 15 years after the Crime and Disorder Act 1998: time for a change?”, *Contemporary Issues in Law*, Vol. 13(1), 2014, pp. 76-92.
- TEMPERMAN, Jeroen, *Religious hatred and international law. The prohibition of incitement to violence or discrimination*, Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York, 2016.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, «**Lección 28. Delitos** relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», en TERRADILLOS BASOCO, Juan María (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo III. Derecho penal. Parte especial. Volumen II (2ª ed.)*, Iustel, Madrid, 2016, pp. 327-345.
- TERUEL LOZANO, Germán, *La lucha del derecho contra el negacionismo una peligrosa frontera*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
- «**El discurso del odio y el discurso negacionista**: ¿ejercicio de una libertad o abuso de derecho?», en ALONSO, Lucía/VÁZQUEZ, Víctor J. (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio. Textos críticos*, Athenaica Ediciones Universitarias, Sevilla, 2017, pp. 152-167.

- “**Cuando las palabras** generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 114, 2019, pp. 13-45.
- THORNBERRY, Patrick, «**The Committee** on the Elimination of Racial Discrimination (CERD)», en MÉGRET, Frédéric/ALSTON, Philip (eds.), *The United Nations and human rights. A critical appraisal (2nd ed.)*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2020.
- *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. A commentary*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2016.
- «**International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: the prohibition of ‘racist hate speech’**», en *The United Nations and freedom of expression and information. Critical perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York, 2015, pp. 121-144.
- THORNTON, Peter, *The law of public order and protest*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2010.
- THURLOW, Richard, *Fascism in Britain. A History: 1918-1998*, I.B. Tauris, Londres, 1998.
- «**Blaming the Blackshirts: the authorities and the anti-Jewish disturbances in the 1930s**», en PANAYI, Panikos (ed.), *Racial violence in Britain in the Nineteenth and Twentieth centuries*, Leicester University Press, Londres, 1996, pp. 112-130.
- TIMMERMANN, Wibke K., *Incitement in International law*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2015.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel, “**Motivo y ocasión** en el robo con homicidio”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 23(3), 1970, pp. 605-624.
- TSEISIS, Alexander, *Free speech in the balance*, Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York, 2020.
- TULKENS, Françoise, «**When to say is to do: freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights**», en VV.AA., *Freedom of Expression. Essays in honour of Nicolas Bratza, President of the European Court of Human Rights*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2012, pp. 279-295.
- TUMAN, Joseph, «**Miller v. California**», en PARKER, Richard A. (ed.), *Free speech on trial. Communication perspectives on landmark Supreme Court decisions*, University of Alabama Press, Tuscaloosa, 2003, pp. 187-202.
- TURPIN-PETROSINO, Carolyn, «**Connecting the past to the future: hate crime in America**», en PERRY, Barbara (ed.), *Hate and bias crime: a reader*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2003, pp. 9-26.
- TURPIN-PETROSINO, Carolyn, *Understanding hate crimes. Acts, motives, offenders, victims, and justice*, Routledge, Londres/Nueva York, 2015.

- TURTON, Andrew, “**Inflicting harm** – abuse of process”, *Criminal Law Review*, 1996, pp. 331-334.
- URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín, «**La libertad de creación** (artículo 20.1.b CE)», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel/CASAS BAAMONDE, María Emilia (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario. Tomo I*, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 617-625.
- «**La libertad de cátedra** (artículo 20.1.c CE)», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel/CASAS BAAMONDE, María Emilia (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario. Tomo I*, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 626-632.
- *La libertad de expresión. Una inmersión rápida*, Tibidabo Ediciones, Barcelona, 2019.
- «**De qué diantres hablamos**, cuando hablamos de libertad de expresión», RÍOS VEGA, Luis Efrén/SPIGNO, Irene (dirs.)/VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J. (coord.), *Estudios de casos líderes europeos y nacionales. Vol. XIV. La libertad de expresión en el siglo XXI. Cuestiones actuales y problemáticas*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2021, pp. 3-23.
- “**Insultos en el Tribunal Constitucional** (sobre un requisito para el ejercicio de las libertades de expresión e información)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 121, 2021, pp. 271-301.
- VAJÍC, Nina/VOYATZIS, Panayotis, «**The Internet and freedom of expression: a “brave new world” and the ECtHR’s evolving case-law**», en VV.AA., *Freedom of Expression. Essays in honour of Nicolas Bratza, President of the European Court of Human Rights*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2012, pp. 391-407.
- VALERI, Robin Maria, «**Crossing the divide: from virtual hate to actual harm**», en VALERI, Robin Maria/BORGESON, Kevin (eds.), *Hate crimes. Typology, motivations, and victims*, Carolina Academic Press, Durham, 2018, pp. 261-283.
- VALLS PRIETO, Javier, «**Cap. 30. Delitos contra la Constitución**», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 861-874.
- VAN BLARCUM, Christopher D., “**Internet hate speech: the European Framework and the emerging American haven**”, *Washington and Lee Law Review*, Vol. 62(2), 2005, pp. 781-830.
- VAN RIJN, Arjen, «**Freedom of expression** (Article 10)», en VAN DIJK, Pieter/VAN HOOFF, Fried/VAN RIJN, Arjen/ ZWAAK, Leo (eds.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights (5th ed.)*, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland, 2018, pp. 765-811.
- VARONA GÓMEZ, Daniel, “**La cara oculta** de la justicia penal: la conformidad del acusado. A propósito de la STS 15-4-2021”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 3, 2021, pp. vii-ix.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Comentario al Código penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*, La Ley, Madrid, 2010.

— *Código penal comentado (actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)*, Atelier, Barcelona, 2015.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy, *Delitos tecnológicos. Cuestiones penales y procesales*, La Ley, Madrid, 2021.

VELASCO NÚÑEZ/SANCHÍS CRESPO, CAROLINA, *Delincuencia informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

VIDAL HERRERO-VIOR, M^a Sonsoles, *Delincuencia juvenil online. El menor infractor y las tecnologías de la información y la comunicación*, Juruá Editorial, Lisboa, 2016.

VIERDAG, E. W., *The concept of discrimination in international law. With special reference to human rights*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1973.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, «**La libertad de expresión** (artículo 20.1.a) y d), 20.2, 20.4 y 20.5)», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel/CASAS BAAMONDE, María Emilia (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario. Tomo I*, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 581-616.

VILLIGER, Mark E., «**Article 17 ECHR** and freedom of speech in Strasbourg practice», en VV.AA., *Freedom of Expression. Essays in honour of Nicolas Bratza, President of the European Court of Human Rights*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2012, pp. 321-329.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, «**La libertad de expresión e información: límites penales**», en RAMÍREZ JIMÉNEZ, Manuel (dir.), *El derecho a la información. Teoría y práctica*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1995.

— *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

— *Fundamentos del sistema penal (2^a ed.)*. Acción significativa y derechos constitucionales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

— «**Sobre la apología del terrorismo** como “discurso” del odio», en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (dir.), *Libertad de expresión y discurso del odio*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2015, pp. 33-49. Véase también: «**Sobre la apología del terrorismo** como “discurso” del odio», en VIVES ANTÓN, Tomás S./CUERDA ARNAU, María Luisa (comp.), *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 501-517.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador/CUERDA ARNAU, M^a Luisa, «**Estado autoritario y adelantamiento** de la “línea de defensa penal”», en MAQUEDA ABREU, M^a Luisa/MARTÍN LORENZO, María/VENTURA PÜSCHEL, Arturo (coords.), *Derecho penal para un Estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, pp. 365-381. Véase también: «**Estado**

- autoritario** y adelantamiento de la “línea de defensa penal”», en VIVES ANTÓN, Tomás S./CUERDA ARNAU, María Luisa (comp.), *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 595-623.
- VOLOKH, Eugene, “**Speech as conduct**: generally applicable laws, illegal courses of conduct, situation-altering utterances, and the uncharted zones”, *Cornell Law Review*, Vol. 90(5), 2005, pp. 1277-1348.
- WALDRON, Jeremy, *The harm in hate speech*, Harvard University Press, Cambridge/Londres, 2012.
- WALKER, Samuel, *Hate speech. The history of an American controversy*, University of Nebraska Press, Lincoln/Londres, 1994.
- WALL, David, «**Cybercrimes** and the Internet», en WALL, David (ed.), *Crime and the Internet*, Routledge, Londres/Nueva York, 2001, pp. 1-17.
- WALLER, James, *Becoming evil: How ordinary people commit genocide and mass killing*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2002.
- WALTERS, Mark A., *Hate crime and restorative justice. Exploring causes, repairing harms*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2014.
- “**Conceptualizing ‘hostility’** for hate crime law: minding ‘the minutiae’ when interpreting section 28(1)(a) of the Crime and Disorder Act 1998”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 34(1), 2014, pp. 47-74.
- WALTERS, Mark A./GODZISZ, Piotr, “**Hate crime**: mapping the boundaries”, *Journal of the Law Society of Scotland*, Vol. 65(6), 2020, pp. 12-14.
- WALTERS, Mark A./OWUSU-BEMPAH, Abenaa/WIEDLITZKA, “**Hate crime** and the “justice gap”: the case for law reform”, *Criminal Law Review*, 2018, pp. 961-986.
- WALTMAN, Michael/HAAS, John, *The communication of hate*, Peter Lang Publishing, Nueva York, 2011.
- WANG, Lu-Win, «**Hate crime** and everyday discrimination. Influences of and on the social context», en GERSTENFELD, Phyllis B./GRANT, Diana R. (eds.), *Crimes of hate. Selected readings*, SAGE, Los Angeles/Londres, 2004, pp. 156-168.
- WARD, Richard/DAVIES, Olwen M., *The Criminal Justice Act 2003. A practitioner’s guide*, Jordans, Bristol, 2004.
- WASIK, M./TAYLOR, Richard D., *Blackstone’s guide to the Criminal Justice & Public Order Act 1994*, Blackstone Press, Londres, 1995.
- WEBER, Amalie M., “**The Council** of Europe’s Convention on Cybercrime”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 18(1), 2003, pp. 425-446.

- WELLS, Celia/QUICK, Oliver, *Lacey, Wells and Quick. Reconstructing Criminal law. Text and materials (4th ed.)*, Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York, 2010.
- WELSH, Lucy/SKINNS, Layla/SANDERS, Andrew, *Sanders and Young's Criminal justice (5th ed.)*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2021.
- WEINSTEIN, J., “**First Amendment challenges** to hate crime legislation: where's the speech?”, *Criminal Justice Ethics*, Vol. 11(2), pp. 6-20.
- WHITE, Ciarán, «**Law, policing** and the criminal justice system», en HAINSWORTH, Paul (ed.), *Divided society. Ethnic minorities and racism in Northern Ireland*, Pluto Press, Londres/Sterling, 1998, pp. 70-88.
- WILLIAMS, David, “**Insulting words** and public order”, *The Modern Law Review*, Vol. 26(4), 1963, pp. 425-429.
- *Keeping the peace. The police and public order*, Hutchinson, Londres, 1967.
- «**Hate speech** in the United Kingdom: An historical overview», en HARE, Ivan/WEINSTEIN, James (eds.), *Extreme speech and democracy*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2010, pp. 92-95.
- WILLIAMS, Matthew, *Virtually criminal. Crime, deviance and regulation online*, Routledge, Londres/Nueva York, 2006.
- WILLIAMS, Matthew L./BURNAP, Pete, “**Cyberhate on social media** in the aftermath of Woolwich: a case study in computational criminology and big data”, *British Journal of Criminology*, Vol. 56(2), 2016, pp. 211-238.
- WILLIAMS, Matthew L./BURNAP, Pete/JAVED, Amir/LIU, Han/OZALP, Sefa, “**Hate in the machine**: anti-Black and anti-Muslim social media posts as predictors of offline racially and religiously aggravated crime”, *British Journal of Criminology*, Vol. 60(1), 2020, pp. 93-117.
- WILSON, Barbara, «**Commentary of article 4** of the Framework Convention for the Protection of National Minorities», en HOFMANN, Rainer/MALLOY, Tove H./REIN, Detlev (eds.), *The Framework Convention for the Protection of National Minorities. A commentary*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2018, pp. 111-125.
- WILSON, Richard Ashby, *Incitement on trial. Prosecuting international speech crimes*, Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York, 2017.
- WILSON, William, *Criminal law (7th ed.)*, Pearson, Harlow, 2020.
- WITTE, Rob, *Racist violence and the state: A comparative analysis of Britain, France and the Netherlands*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 1996.
- WIVIORKA, Michel, *El espacio del racismo*, Paidós, Barcelona, 1992.
- WOLFFE, W.J., “**Values in conflict**: incitement to racial hatred and the Public Order Act 1986”, *Public Law*, pp. 85-95.

- WONG, Kevin/CHRISTMANN, Kris, «**Hate crime** victimization», en ROBERSON, Cliff (ed.), *Routledge handbook on victims' issues in Criminal justice*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2017, pp. 105-106.
- WOODS, Jordan Blair, «**Hate crime** in the United States», en HALL, Nathan/CORB, Abbee/GIANNASI, Paul/GRIEVE, John G.D. (eds.), *The Routledge international handbook on hate crime*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2015, pp. 153-162.
- YANAGIZAWA-DROTT, David, «**Propaganda** vs. education: a case study of hate radio in Rwanda», en AUERBACH, Jonathan/CASTRONOVO, Russ (eds.), *The Oxford handbook of propaganda studies*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2013, pp. 378-394.
- “**Propaganda and conflict: evidence** from the Rwandan genocide”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 129(4), 2014, pp. 1947-1994.
- YAR, Majid/STEINMETZ, Kevin F., *Cybercrime and society* (3rd ed.), SAGE, Los Angeles/Londres, 2019.
- YINGER, John Milton, “**Toward a theory** of assimilation and dissimilation”, *Ethnic and Racial Studies*, Vol. 4(3), 1981, pp. 249-264.
- YOUNG, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, Ediciones Cátedra, Valencia, 2000.
- ZAMORA ZARAGOZA, José Antonio, “**Racismo, xenofobia, antisemitismo** en el horizonte de los flujos migratorios. Enfoques teóricos y teoría crítica”, *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, Vol. 188-755, 2012, pp. 591-604.
- ZICCARDI, Giovanni, *Online political hate speech in Europe. The rise of new extremisms*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2020.
- ZINN, Howard, *La otra historia de los Estados Unidos (desde 1492 hasta hoy)*, Hiru, Hondarribia, 2005.

INFORMES Y OTRAS FUENTES CONSULTADAS

ACFC [Advisory Committee of the Framework Convention for the Protection of National Minorities], *Third Opinion on the Slovak Republic adopted on 28 May 2010 (ACFC/OP/III(2010)004)*, Consejo de Europa, Estrasburgo, **2010**.

- *The Framework Convention: a key tool to managing diversity through minority rights. Thematic commentary No. 4. The scope of application of the Framework Convention for the Protection of National Minorities (ACFC/56DOC(2016)001)*, Consejo de Europa, Estrasburgo, **2016**.

AKDENIZ, Yaman, «**Governance** of hate speech on the Internet in Europe», en MÖLLER, Christian/AMOUREUX, Arnaud (eds.), *Governing the Internet. Freedom and regulation in the OSCE region*, OSCE/The Representative on Freedom of the Media, Viena, 2007, pp. 91-117.

- *Media freedom on the Internet: an OSCE guidebook*, OSCE/ OSCE Office of the Representative on Freedom of the Media, Viena, **2016**.

AMNESTY INTERNATIONAL, *Targeted by hate, forgotten by law. Lack of a coherent response to hate crimes in Poland*, Amnesty International, Londres, **2015**.

- *Tackling hate crime in the UK. A background briefing paper from Amnesty International UK*, Amnesty International, Londres, **2017**.

ARCI [Associazione Ricreativa e Culturale Italiana], *Hate crime and hate speech in Europe: comprehensive analysis of international law principles, EU-wide study and national assessments*, The Prism Project, **2015**.

ARTÍCULO 19 (o ARTICLE 19), *'Hate speech' explained. A toolkit (2015 edition)*, Article 19, Londres, **2015**.

- *United Kingdom (England and Wales): Responding to 'hate speech'*, Article 19, Londres, **2018**.
- *España: delitos relacionados con la libertad de expression en el Codigo penal*, **2020**.
- *España: Informe del diálogo sobre libertad de expression y 'discurso de odio'*, **2020**.

ARTÍCULOS/COMUNICADOS DE PRENSA:

- 1) “La Audiencia Nacional deniega a Alemania la entrega del nazi Remer”, *ABC*, 18 de febrero de 1996.
- 2) “Telecommunications Ministers decide on caution regarding Community regulation of the Internet”. *CORDIS*, 29 de abril de 1996.
- 3) “Telecommunications Council of 27 September 1996”. *CORDIS*, 1 de octubre de 1996.
- 4) “Harmful and illegal content on the Internet - Protection of minors”. *CORDIS*, 17 de octubre de 1996.
- 5) “Telecommunications Council of 28 November 1996”. *CORDIS*, 4 de diciembre de 1996.

- 6) “Dos inmigrantes, secuestrados y golpeados tras un robo en un comercio de El Ejido”, *El País*, 16 de diciembre de 1997.
- 7) “Un centenar de vecinos de El Ejido apoyan al supuesto agresor de dos inmigrantes”, *El País*, 17 de diciembre de 1997.
- 8) “Internet stalker faces jail”, *BBC News*, 8 September 1999.
- 9) “Three months' jail for internet stalker”, *The Guardian*, 16 October 1999.
- 10) “Racist war of the Loyalist street gangs”, *The Guardian*, 10 January 2004.
- 11) “The madness of Belfast”, *Der Spiegel*, 28 February 2005.
- 12) “Muslim cleric jailed for inciting murder”, *The Telegraph*, 8 February 2006.
- 13) “Race hate message man jailed”, *The Guardian*, 6 October 2006.
- 14) “HMA V Imran Shahid, Mohammed Faisal Mushtaq and Zeeshan Shahid”, *BBC News*, 8 November 2006.
- 15) “Man jailed for posting racist video clips on YouTube”, *BBC News*, 15 November 2010.
- 16) “Viper in our midst' jailed for threatening MPs”, *The Telegraph*, 29 July 2011.
- 17) “Facebook user jailed for inciting Manchester riots”, *The Telegraph*, 28 October 2011.
- 18) “Grimsby man jailed over Facebook race-hate posts”, *BBC News*, 4 November 2011.
- 19) “Charges over racist tweet about Newcastle United”, *BBC News*, 18 January 2012.
- 20) “Fan admits making racist tweets about Newcastle United”, *BBC News*, 6 February 2012.
- 21) “Man sentenced over racist tweets about Newcastle United”, *BBC News*, 27 February 2012.
- 22) “Stan Collymore Twitter race abuser Joshua Cryer sentenced”, *BBC News*, 21 March 2012.
- 23) “Condenado un neonazi por difundir mensajes de odio en un foro de Internet”, *El País*, 12 de abril de 2012.
- 24) “April Jones: Matthew Woods jailed for Facebook posts”, *BBC News*, 8 October 2012.
- 25) “Azhar Ahmed sentenced over Facebook soldier deaths slur”, *BBC News*, 9 October 2012.
- 26) “Racist thug who made white supremacist salute while leaving court after admitting to wearing Ku Klux Klan outfit in YouTube videos is jailed”, *Daily Mail*, 8 January 2014.
- 27) “Far right activist Joshua Bonehill-Payne jailed for anti-Semitic posts”, *BBC News*, 17 December 2015.
- 28) “Facebook troll who subjected disabled man to ‘tirade’ of online abuses is jailed”, *Manchester Evening News*, 28 January 2016.
- 29) “Man who posted articles to MP ‘littered with hate’ convicted”, *CPS Press*, 7 December 2016.
- 30) “Man who sent anti-Semitic messages to MP and others jailed”, *CPS Press*, 10 February 2017.
- 31) “Racist bigot’ who called Hitler ‘God’ and had a swastika tattoo on his chest is jailed for five years for having a ‘bomb recipe’ on his laptop and posting hundreds of extremist messages online”, *Daily Mail*, 23 February 2017.
- 32) “Sadiq Khan launches London online hate crime hub”, *BBC News*, 24 April 2017.
- 33) “Condenado a dos años por publicar en redes sociales mensajes “vejatorios” contra el colectivo árabe”, *Europa Press*, 31 de mayo de 2017.

- 34) “Online troll jailed for suggesting Britain should introduce a ‘bomb a mosque day’”, *Metro*, 20 June 2017.
- 35) “Man who called for all British Muslims to be killed after Manchester attack on Facebook jailed for a year”, *The Independent*, 7 September 2017.
- 36) “La carta de disculpa del hombre que insultó a Moriyón”, *La Voz de Asturias*, 14 de septiembre de 2017.
- 37) “Home Secretary announces new national online hate crime hub”, *Home Office*, 8 October 2017.
- 38) “Condenado a un año y tres meses de cárcel por odio a los independentistas”, *El Periódico de Catalunya*, 25 de enero de 2018.
- 39) “Man sentenced for posting Islamophobic Facebook messages”, *Mend News*, 9 February 2018.
- 40) “Facebook racist jailed over shoot Muslims posts”, *BBC News*, 19 February 2018.
- 41) “Britain First leader and deputy leader jailed for hate crimes”, *BBC News*, 7 March 2018.
- 42) “This is the face of the weeping Facebook racist”, *SomersetLive*, 29 March 2018.
- 43) “Woman guilty of ‘racist’ Snap Dogg rap lyric Instagram post”, *BBC News*, 19 April 2018.
- 44) “Man jailed for threatening to ‘slit a Muslim’s throat’ on Twitter after terror attacks”, *The Independent*, 27 June 2018.
- 45) “Man who called for Muslims to be gassed and sterilised is jailed for hate speech”, *The Independent*, 9 August 2018.
- 46) “Parliamentary candidate who ran antisemitic campaign to ‘bring white supremacy back’ jailed”, *The Independent*, 5 October 2018.
- 47) “An independent assessment of the human rights impact of Facebook in Myanmar”, *Facebook*, 5 de noviembre de 2018.
- 48) “Condenado en Palma por publicar decenas de tuits homófobos y racistas”, *Diario de Mallorca*, 12 de diciembre de 2018.
- 49) “Campaign to get rid of NI blasphemy laws”, *BBC News*, 27 March 2019.
- 50) “The story of Jack Renshaw: The ex-Manchester student and paedophile who plotted a murder”, *The Tab*, 24 May 2019.
- 51) “Seis meses de cárcel por llamar “golfas y guarras” a las manifestantes del 8-M”, *Diario de Sevilla*, 17 de septiembre de 2019.
- 52) “El acusado de insultar a Carmen Moriyón acepta el pago de 1.580 euros”, *El Comercio*, 18 de septiembre de 2019.
- 53) “Man jailed over anti-Muslim Instagram posts alongside topless photos with gun”, *The Independent*, 23 September 2019.
- 54) “Expelled student, 22, is jailed for 18 months after calling for Muslims to be ‘wiped off the face of the earth’ in vile 17-minute Facebook video rant”, *Daily Mail*, 5 December 2019.
- 55) “Britain's first police unit dedicated to smashing online hate crime has charged just ONE PER CENT of the internet trolls it has investigated”, *Daily Mail*, 30 December 2019.
- 56) “Less than 1% of cases reported to online hate crime unit resulted in charges”, *The Independent*, 30 December 2019.
- 57) “Libertad de expresión: crimen y palabra”, *El País*, 15 de febrero de 2021.
- 58) “Un año de cárcel por publicar mensajes contra la Policía en Facebook”, *La Voz de Avilés*, 25 de febrero de 2021.
- 59) “Hate Crime and Public Order (Northern Ireland) Bill not expected until 2022”, *agendaNi*, March 2021.

- 60) “NSS urges repeal of Northern Ireland blasphemy laws”, *National Secular Society*, 17 March 2021.
- 61) “Anti-Semitic blogger, 56, who believes 'Hitler was right' is jailed for 18 weeks for saying Jewish people use Holocaust as 'eternal cash cow'”, *Daily Mail*, 1 April 2021.
- 62) “Alison Chabloz jailed for anti-Semitic radio show comments”, *BBC News*, 7 April 2021.
- 63) “Condenado a un año y nueve meses de cárcel por pedir que se carguen de "un tiro en cabeza a toda esa gente del PP y Vox"”, *Conflegal*, 13 de mayo de 2021.
- 64) “Condenado un vecino de Ourense por mensajes en un foro de internet que incitaban al odio contra la comunidad gitana”, *Europa Press*, 15 de junio de 2021.
- 65) “Delitos de odio: peculiaridades españolas”, *El País*, 13 de julio de 2021.
- 66) “Bisexual neo-Nazi who called for the extermination of queers gets lengthy prison sentence”, *Queerty*, 23 July 2021.
- 67) “Radio host sentenced to 32 months' imprisonment for inciting racial hatred on his radio show”, *CPS Press*, 6 August 2021.
- 68) “Cheshire man sentenced for racist abuse of England players”, *CPS Press*, 8 September 2021.

BAKALIS, Chara, *Cyberhate: an issue of continued concern for the Council of Europe's Anti-Racism Commission. A report by Chara Bakalis*, Consejo de Europa, Estrasburgo, **2015**.

BAKALIS, Chara/GHAZARYAN, Ara, *Comparative study on hate speech laws and Armenian legislation*, Consejo de Europa, Estrasburgo, **2020**.

BALESTRI, Carlo, *Racism, football and the Internet*, EUMC, Viena, **2002**.

BAYER, Judit/BARD, Petra, *Hate speech and hate crime in the EU and the evaluation of online content regulation approaches*, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Bruselas, **2020**.

BENEDEK, Wolfgang/KETTEMANN, Matthias C., *Freedom of expression and the Internet (updated and revised 2nd ed.)*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, **2020**.

BENESCH, Susan. *Dangerous speech: a proposal to prevent group violence*, World Policy Institute, Nueva York, **2012**. Acceso online: <http://worldpolicy.org/wp-content/uploads/2016/01/Dangerous-Speech-Guidelines-Benesch-January-2012.pdf> (último acceso: 22.09.2021)

BRACADALE, *Independent review of hate crime legislation in Scotland. Consultation paper*, Scottish Government, Edinburgh, **2017**.

— *Independent review of hate crime legislation in Scotland*, Scottish Government, Edinburgh, **2018**.

BSR [Business for Social Responsibility], *Human rights impact assessment: Facebook in Myanmar*, BSR, San Francisco, **2018**.

BURNEY, Elizabeth/ROSE, Gerry, *Racist offences – how is the law working? The implementation of the legislation on racially aggravated offences in the Crime and Disorder Act 1998*, Home Office. Research, Development and Statistics Directorate, Londres, 2002.

CAJ, *CAJ's response to the "Race crime and sectarian crime legislation in Northern Ireland"*, Committee on the Administration of Justice (CAJ), Belfast, 2003.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (CGPJ):

- *Informe sobre el Anteproyecto de Código penal de 1992 del Consejo General del Poder Judicial*, Cuadernos de Política Criminal, Núm. 48, 1992, pp. 645-776.
- *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, 2003.
- *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, 2013.

CHALMERS, James/LEVERICK, Fiona, *A comparative analysis of hate crime legislation: a report to the hate crime legislation review*, Scottish Government, Edinburgh, 2017.

CLIVE, Eric/FERGUSON, Pamela/GANE, Christopher/SMITH, Alexander McCall, *A draft Criminal Code for Scotland with commentary*, Scottish Law Commission, Edinburgh, 2013.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS/COMISIÓN EUROPEA

- *Communication from the Commission on racism, xenophobia and anti-semitism, and proposal for a Council Decision designating 1997 as European Year against Racism (COM(95) 653 final)*, Bruselas, 1995.
- *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Illegal and harmful content on the Internet (COM(96) 487)*, Bruselas, 1996.
- *Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información (COM(96) 483)*, Bruselas, 1996.
- *1949th Council meeting -Telecommunications- Brussels, 27 September 1996 (PRES/96/247)*, Bruselas, 1996.
- *Protection of minors and human dignity in audiovisual and information services - Consultations on the Green Paper. Commission Staff working paper. SEC (97) 1203 final*, Bruselas, 1997.
- *Communication from the Commission to the Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the follow-up to the "Green Paper on the protection of minors and human dignity in audiovisual and information services" including a "Proposal for a Council recommendation concerning the protection of minors and human dignity in audiovisual and information services" (COM (97) 570 final)*, Bruselas, 1997.
- *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Creación de una sociedad de la información más segura mediante la mejora de la seguridad de las*

- infraestructuras de información y la lucha contra los delitos informáticos (COM(2000) 890 final), Bruselas, 2001.*
- *Propuesta de Decisión-marco del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia (COM(2001) 664 final), Bruselas, 2001.*
 - *Proposal for a Council Framework Decision on combating racism and xenophobia (COM(2001) 664 final). Explanatory memorandum, Bruselas, 2001.*
 - *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité de las Regiones. Hacia una política general de lucha contra la ciberdelincuencia (COM(2007) 267 final), Bruselas, 2007.*
 - *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de 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 (COM(2014) 27 final), Bruselas (2014).*
 - *Código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en Internet (2016)*
 - *Factsheet. Code of conduct on countering illegal hate speech online. First results on implementation (2016)*
 - *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Las plataformas en línea y el mercado único digital Retos y oportunidades para Europa (COM/2016/0288 final) (2016)*
 - *Factsheet. Code of conduct on countering illegal hate speech online. One year after (2017)*
 - *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Lucha contra el contenido ilícito en línea. Hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea (COM/2017/0555 final) (2017)*
 - *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa a la revisión intermedia de la aplicación de la Estrategia para el Mercado Único Digital. Un mercado único digital conectado para todos (COM/2017/0228 final) (2017)*
 - *Factsheet. Code of conduct on countering illegal hate speech online. Results of the 3rd monitoring exercise (2018)*
 - *Factsheet. Code of conduct on countering illegal hate speech online. Fourth evaluation confirms self-regulation works (2019)*
 - *Factsheet. Countering illegal hate speech online. 5th evaluation of the Code of conduct (2020)*

COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 19 de la Convención. Cuarto informe periódico de España (CAT/C/55/Add.5), 2001.*

- *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención. Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura (CAT/C/CR/29/3), 2002.*

COMITÉ DE LA CERD, **Recomendación General Núm. 15** del Comité de la CERD, relativa al art. 4 de la Convención, de 17 de marzo de 1993 (A/48/18), **1993**.

- **Opinión del Comité** adoptada de conformidad con el art. 14 de la CERD (Caso L.R. y otros c. Eslovaquia), de 7 de marzo de 2005 (CERD/C/66/D/31/2003), **2005**.
- **Recomendación General Núm. 35** del Comité de la CERD. La lucha contra el discurso de odio racista, de 26 de septiembre de 2013 (CERD/C/GC/35), **2013**.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (cita íntegra inserta en el texto):

- *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, V Legislatura, Serie B: Propositiones de Ley, 4 de enero de 1994, Núm. 52-1.
- *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de marzo de 1995, Núm. 77-6.
- *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie B: Propositiones de Ley, 10 de noviembre de 1997, Núm. 128-1.
- *Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, año 1997 (núm. 130), VI Legislatura, Pleno y Diputación Permanente, sesión plenaria núm. 126, celebrada el martes 23 de diciembre de 1997.
- *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Enmiendas e índice de enmiendas al articulado. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Serie A: Proyectos de Ley, 10 de diciembre de 2014, Núm. 66-2.
- *Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, año 2015 (núm. 738), X Legislatura, Comisión de Justicia, sesión núm. 44 (extraordinaria), celebrada el viernes 16 de enero de 2015.
- *Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, año 2015 (núm. 269), X Legislatura, Pleno y Diputación Permanente, sesión plenaria núm. 252, celebrada el jueves 26 de marzo de 2015.
- *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, XIV Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de junio de 2020, Núm. 22-1.

CONSEJO DE ESTADO, **Dictamen sobre Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (Núm de Exp.: 358/2013 – JUSTICIA)**, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, **2013**.

CONSEJO DE EUROPA:

- **Recommendation 453**, adopted by the Consultative Assembly on 27th January 1966, on measures to be taken against incitement to racial, national and religious hatred, **1966**.
- **Recommendation No. R (97) 20** of the Committee of Ministers to member states on “hate speech” (adopted by the Committee of Ministers on 30 October 1997 at the 607th meeting of the Ministers’ Deputies), **1997**.
- **Motion for a recommendation presented by Mrs Zwerver and others. Racism and xenophobia in cyberspace. Parliamentary Assembly (Doc. 8886)**, **2000**.

- **Draft Convention.** *Report (Committee on Legal Affairs and Human Rights. Rapporteur: Mr Ivar Tallo, Estonia, Socialist Group). Parliamentary Assembly (Doc. 9031), 2001.*
- **Opinion 226** of the Parliamentary Assembly. *Draft Convention on Cyber-crime, 2001.*
- **Official report** of debates (Volume II, Sittings 9 to 16, Pages 341 to 648). *Parliamentary Assembly. 2001 Ordinary Session (second part), 23-27 April 2001, 2001.*
- **Report.** *Racism and xenophobia in cyberspace (Committee on Legal Affairs and Human Rights. Rapporteur: Mr Ivar Tallo, Estonia, Socialist Group). Parliamentary Assembly (Doc. 9263), 2001.*
- **Recommendation 1543.** *Racism and xenophobia in cyberspace. Parliamentary Assembly, 2001.*
- **Explanatory report** to the Convention on Cybercrime, **2001.**
- **Report.** *Draft additional Protocol to the Convention on Cybercrime concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems (Committee on Legal Affairs and Human Rights. Rapporteur: Mr Ignasi Guardans, Spain, Liberal, Democratic and Reformers' Group). Parliamentary Assembly (Doc. 9538), 2002.*
- **Opinion 240** of the Parliamentary Assembly. *Draft Additional Protocol to the Convention on Cybercrime concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems, 2002.*
- **Reply** to Recommendation 1543 (2001) from the Committee of Ministers, adopted at the 812th meeting of the Ministers' Deputies (16 October 2002) (**Doc. 9607**), **2002.**
- **Explanatory report** to the Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems, **2003.**
- **Declaration on freedom** of political debate in the media, adopted by the Committee of Ministers on 12 February 2004 at the 872nd meeting of the Ministers' Deputies, **2004.**
- **Recommendation 1805.** *Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion, adopted by the Parliamentary Assembly on 29 June 2007 (27th Sitting), 2007.*
- **Project on cybercrime.** *Final report (September 2006 – February 2009). Prepared by the Economic Crime Division of the Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, 2009.*
- **Declaration of the Committee of Ministers** on the protection of freedom of expression and freedom of assembly and association with regard to privately operated Internet platforms and online service providers, adopted by the Committee of Ministers on 7 December 2011 at the 1129th meeting of the Ministers' Deputies, **2011.**
- **Report.** *Recognising and preventing neo-racism (Committee on Equality and Non-Discrimination Rapporteur: Ms Milena SANTERINI, Italy, Socialist Group). Parliamentary Assembly (Doc. 13809), 2015.*
- **Resolution 2069.** *Recognising and preventing neo-racism. Text adopted by the Assembly on 26 June 2015 (27th Sitting), 2015.*
- **Comparative analysis** of the Malabo Convention of the African Union and the Budapest Convention on Cybercrime. *Based on a study by Zahid Jamil (Pakistan) for the GLACY+ Project, 2016.*

- **Report. Ending cyberdiscrimination and online hate** (Committee on Equality and Non-Discrimination Rapporteur: Ms Marit MAIJ, Netherlands, Socialist Group). Parliamentary Assembly (**Doc. 14217**), **2016**.
- **Recommendation of the Committee of Ministers to member States on Internet freedom (CM/Rec(2016)5)**. Adopted by the Committee of Ministers on 13 April 2016 at the 1253rd meeting of the Ministers' Deputies, **2016**.
- **Steering Committee on Media and Information Society (CDMSI) - c. Recommendation CM/Rec(2016)5 of the Committee of Ministers to member States on Internet freedom – Explanatory Memorandum [1253 meeting] (CM(2016)26-addfinal)**, **2016**.
- **Resolution 2144. Ending cyberdiscrimination and online hate**. Text adopted by the Assembly on 25 January 2017 (5th Sitting), **2017**.
- **Recommendation 2098. Ending cyberdiscrimination and online hate**. Text adopted by the Assembly on 25 January 2017 (5th Sitting), **2017**.
- **Reply to Recommendation 2098 (2017). Ending cyberdiscrimination and online hate**. Text adopted by the Committee of Ministers at the 1297th meeting of the Ministers' Deputies (17 October 2017) (**Doc. 14431**), **2017**.
- **Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights. Freedom of expression**, **2020**.

CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS/DE LA UE:

- **Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo**, **1976**.
- **Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 29 de mayo de 1990, relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia (90/C 157/01)**, **1990**.
- **Conferencia Intergubernamental de 1996 (CIG 96). Informe del Grupo de Reflexión y otras referencias documentales**, **1995**.
- **Acción Común, de 15 de julio de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia (96/443/JAI)**, **1996**.
- **Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros reunidos en el seno del Consejo de 17 de febrero de 1997 sobre contenidos ilícitos y nocivos en Internet (97/C 70/01)**, **1997**.
- **Recomendación del Consejo, de 24 de septiembre de 1998, relativa al desarrollo de la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información mediante la promoción de marcos nacionales destinados a lograr un nivel de protección comparable y efectivo de los menores y de la dignidad humana (98/560/CE)**, **1998**.
- **Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico**, **2000**.
- **Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación**, **2000**.
- **Declaración del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 28 de junio de 2001, relativa a la**

lucha contra el racismo y la xenofobia en Internet mediante una intensificación del trabajo con los jóvenes (2001/C 196/01), Bruselas, 2001.

- **Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, Bruselas, 2008.**

CONSEJO DE LA UE – PRESIDENCIA, **Proposal for a Council Framework Decision on Combating racism and xenophobia**, 8994/1/05 REV 1 LIMITE DROIPEN 24, **2005.**

- **Proposal for a Council Framework Decision on Combating racism and xenophobia**, 5118/07 DROIPEN 1, **2007.**

CROWN OFFICE & PROCURATOR FISCAL SERVICE (COPFS): Thematic annual bulletins on race crime, and on crimes aggravated by religious, disability, sexual orientation or transgender identity prejudice. Available at <https://www.copfs.gov.uk/publications/equality-and-diversity> (last access: 22.09.2021)

CROWN PROSECUTION SERVICE (CPS):

- **Public order offences incorporating the charging standard (no date)**. Available at <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/public-order-offences-incorporating-charging-standard> (last access: 22.09.2021)
- **Racist and religious hate crime - Prosecution guidance (2020)**. Available at <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/racist-and-religious-hate-crime-prosecution-guidance> (last access: 22.09.2021)
- **Disability hate crime and other crimes against disabled people - Prosecution guidance (2020)**. Available at <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/disability-hate-crime-and-other-crimes-against-disabled-people-prosecution-guidance> (last access: 22.09.2021)
- **Homophobic, biphobic and transphobic hate crime - Prosecution guidance (2020)**. Available at <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/homophobic-biphobic-and-transphobic-hate-crime-prosecution-guidance> (last access: 22.09.2021)
- **The code for Crown Prosecutors (8th ed.) (2018)**. Available at <https://www.cps.gov.uk/sites/default/files/documents/publications/Code-for-Crown-Prosecutors-October-2018.pdf> (last access: 22.09.2021)
- **Guidelines on prosecuting cases involving communications sent via social media (2018)**. Available at <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/social-media-guidelines-prosecuting-cases-involving-communications-sent-social-media> (last access: 22.09.2021)
- Reports on hate crimes. Available at: <https://www.cps.gov.uk/publication/hate-crime-reports> (last access: 22.09.2021). Although all those available at the time of writing have been consulted, the following two has been duly cited:
Hate crime report 2014/15 and 2015/16 (2016)
Hate crime report 2018/19 (2019)

CSCE:

- **Carta de París para una nueva Europa, CSCE, París, 1990.**

- *Report of the CSCE meeting of experts on national minorities*, CSCE, Ginebra, **1991**.

DANISH INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS, *Hate speech in the public online debate*, Danish Institute for Human Rights, Copenhagen, **2017**.

DEPARTMENT FOR DIGITAL, CULTURE, MEDIA & SPORT/HOME OFFICE, *Online Harms White Paper: consultation outcome*, HM Government, Londres, **2020**. Available at <https://www.gov.uk/government/consultations/online-harms-white-paper/online-harms-white-paper> (last access: 22.09.2021)

- *Online Harms White Paper: full Government response to the consultation. Presented to Parliament by the Secretary of State for Digital, Culture, Media & Sport and the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty*, HM Government, Londres, **2020**.

DEPARTMENT OF JUSTICE (NI), *Stalking – A serious concern. A consultation on the creation of a new offence of stalking in Northern Ireland. Consultation report and summary of responses*, Department of Justice (NI), Belfast, **2019**.

DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio. Estudio encargado por la Comisión de Seguimiento del Convenio de colaboración y cooperación Interinstitucional contra el racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia y financiado por la Secretaría General de Inmigración y Emigración*, Secretaria General de Inmigración y Emigración/Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, Madrid, **2018**.

DOYLE, Kathleen, *Use of section 74 of the Criminal Justice (Scotland) Act 2003 - religiously aggravated reported crime: an 18-month review*, Scottish Executive, Edinburgh, **2006**.

ECRI. Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia

- *General Policy Recommendation No. 1 on combating racism, xenophobia, antisemitism and intolerance, adopted by ECRI on 4 October 1996*, **1996**.
- *General Policy Recommendation No. 6 on combating the dissemination of racist, xenophobic and antisemitic material via the Internet, adopted by ECRI on 15 December 2000*, **2000**.
- *General Policy Recommendation No. 7 on national legislation to combat racism and racial discrimination, adopted by ECRI on 13 december 2002 and amended on 7 December 2017*, **2002**.
- *Explanatory Memorandum to ECRI General Policy Recommendation No. 7 on national legislation to combat racism and racial discrimination*, **2002**.
- *Recomendación de Política General Núm. 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio, adoptada el 8 de diciembre de 2015*, **2015**.
- *Memorándum explicativo a la Recomendación de Política General Núm. 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio, adoptado el 8 de diciembre de 2015*, **2015**.
- *Recomendación de Política General Núm. 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorándum explicativo*, OBERAXE/ Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social [edita y

distribuye la Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones], Madrid, **2017**.

ECRI: UK monitoring reports. Available at: <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/united-kingdom> (last access: 22.09.2021)

- *First report on the United Kingdom*
- *Second report on the United Kingdom* (2000).
- *Third report on the United Kingdom* (2004).
- *ECRI report on the United Kingdom (fourth monitoring cycle)* (2010).
- ***ECRI report on the United Kingdom (fifth monitoring cycle)*** (2016).

EUMC, *Diversity and equality for Europe. Annual report 2000*, EUMC, Viena, **2001**.
 — ***Annual report 2001***, EUMC, Viena, **2002**.

EVRIGENIS, Dimitrios, *Comisión de investigación del ascenso del fascismo y el racismo en Europa. Informe sobre los resultados de los trabajos*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, **1985**.

FORD, Glyn, ***Informe elaborado en nombre de la Comisión de Investigación del Racismo y la Xenofobia sobre las conclusiones de la Comisión de Investigación***, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, **1991**.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (FGE):

- ***Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1944 por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo D. Ramón García del Valle y Salas***, Instituto Editorial Reus, Madrid, **1944**.
- ***Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del Año Judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Eduardo Torres-Dulce Lifante. Vol. I***, Centro de Estudios Jurídicos – Ministerio de Justicia, Madrid, **2012**.
- ***Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código penal***, **2012**.
- ***Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP*** (2019).
- ***Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del Año Judicial por la Fiscal General del Estado Excmo. Sra. Doña Dolores Delgado García***, Fiscalía General del Estado – Ministerio de Justicia, Madrid, **2021**.

FRA, ***Making hate crime visible in the European Union: acknowledging victims' rights***, FRA, Viena, **2012**.

FRA/TEDH/CONSEJO DE EUROPA, ***Manual de legislación europea contra la discriminación. Edición de 2018***, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, **2019**.

FREE SPEECH UNION, ***Written submission to the Justice Committee (Ref. No. J/S5/20/HC/39)***, **2020**.

GARNER, Bryan A. (Editor in Chief), *Black's law dictionary (11th ed.)*, Thomson Reuters, St. Paul, 2019.

GAGLIARDONE, Iginio/GAL, Danit/ALVES, Thiago/MARTÍNEZ, Gabriela, *Countering online hate speech*, UNESCO, París, 2015.

GEPC, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

— *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

HM GOVERNMENT, *Action against hate. The UK Government's plan for tackling hate crime – 'two years on'* (2018).

HOPE NOT HATE/OTHERS, *Free speech for all. Why legal but harmful content should continue to be included in the Online Safety Bill* (2021).

HOUSE OF COMMONS:

— *Northern Ireland Affairs – Minutes of evidence: Memorandum submitted by Committee on the Administration of Justice* (2004). Available online at: <https://publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmselect/cmniaf/548/4051201.htm>

— *Northern Ireland Affairs – Minutes of evidence: Memorandum submitted by the Equality Commission for Northern Ireland* (2004). Available online at: <https://publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmselect/cmniaf/548/4042101.htm>

— *Post-legislative scrutiny of Part 2 (Encouraging or assisting crime) of the Serious Crime Act 2007. Sixth report of session 2013–14. Report, together with formal minutes* (2013).

— *Home Affairs Committee: E-crime. Fifth report of session 2013-14* (2013).

— *Home Affairs Committee: Hate crime and its violent consequences inquiry. Written evidence submitted by the Government (Ref. HCR0052)* (2016). Available online at: <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/home-affairs-committee/hate-crime-and-its-violent-consequences/written/36658.pdf>

— *Misogyny as a hate crime. Non-legislative debate: Westminster Hall, Wednesday 7 March 2018, 9:30am* (2018).

— House of Commons (HC):

HC Debate, Vol. 711, Cols. 940-941 (May 3, 1965)

HC Debate, Vol. 89, Col. 792 (January 13, 1986).

HC Debate, Vol. 127, Cols. 623-624 and 645 (February 12, 1988).

HC Select Committee on Home Affairs, Minutes of evidence, Question 401 (January 25, 2005).

HC Written Answers, Vol. 471, Col. 209W (January 29, 2008).

HOUSE OF LORDS:

— *Social media and criminal offences. Select Committee on Communications. 1st report of session 2014-15* (2014).

— House of Lords Debates (*HL Debates*):

- HL Debate, Vol. 96, Cols. 163-164 (March 19, 1935).
- HL Debate, Vol. 268, Col. 1064 (July 26, 1965).
- HL Debate, Vol. 476, Cols. 530-531 (June 13, 1986).
- HL Debate, Vol. 555, Cols. 1866 and 1873 (June 16, 1994).
- HL Debate, Vol. 577, Cols. 917 and 923 (January 15, 1997).
- HL Debate, Vol. 585, Cols. 1268, 1273 and 1277 (February 12, 1998).
- HL Debate, Vol. 587, Col. 705 (March 17, 1998).
- HL Debate, Vol. 587, Cols. 921-924 (March 19, 1998).
- HL Debate, Vol. 624, Col. 687 (April 2, 2001).
- HL Debate, Vol. 735, Col. 153 (February 7, 2012).
- HL Debate, Vol. 585, Cols. 1280-1281 (February 12, 1998).

HOME OFFICE:

- *Review of the Public Order Act 1936 and related legislation (Cmnd. 7891) (1980).*
- *Racial attacks. Report of a Home Office study (1981).*
- *Review of Public Order Law (Cmnd. 9510) (1985).*
- *Racial violence and harassment: a consultation document (1997).*
- *Animal rights extremism: Government strategy. A consultation document (2001).*
- *Cyber crime strategy. Presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty (Cm 7842) (2010).*
- *Review of the Protection from Harassment Act 1997: improving protection for victims of stalking. Summary of consultation responses and conclusions (2012).*
- *Home Office Circular 018/2012 (2012).* Available at: <https://www.gov.uk/government/publications/a-change-to-the-protection-from-harassment-act-1997-introduction-of-two-new-specific-offences-of-stalking> (last access: 22.09.2021)
- *Action against hate. The UK Government's plan for tackling hate crime (2016).*
- Thematic statistical bulletins on hate crimes or racist incidents. Available at <https://www.gov.uk/government/collections/hate-crime-statistics> (last access: 22.09.2021). Although all those available at the time of writing have been consulted, the following four have been duly cited:
 - Hate crime. England and Wales, 2016/17. Statistical Bulletin 17/17 (2017).*
 - Hate crime. England and Wales, 2017/18. Statistical Bulletin 20/18 (2018).*
 - Hate crime. England and Wales, 2018/19. Statistical Bulletin 24/19 (2019).*
 - Hate crime. England and Wales, 2019/20. Statistical Bulletin 29/20 (2020).*

HUMAN RIGHTS WATCH, *Dangerous indifference. Violence against minorities in Serbia*, Vol. 17(7-D), Nueva York, 2005.

IMADR, *La Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial (ICERD) y su Comité (CERD): una guía para actores de la sociedad civil*, IMADR, Ginebra, 2011.

JARMAN, Neil, *Criminal justice responses to hate crime in Northern Ireland*, Institute for Conflict Research, Belfast, 2012.

JUBANY, Olga/ROIHA, Malin, *Backgrounds, experiences and responses to online hate speech: a comparative cross-country analysis*, The Prism Project, 2015.

KAHN, Jean, *Final report from: Consultative Commission on Racism and Xenophobia [Council 6906/1/95]*, Comisión de Investigación del Racismo y la Xenofobia, 1995.

- KILLEAN, Rachel/STANNARD, John, *Review of the need for stalking legislation in Northern Ireland*, Queen's University Belfast, Belfast, **2016**.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *El delito de odio del artículo 510 CP: propuesta de interpretación después de la reforma de 2015*, Ponencia enmarcada en la segunda jornada (sesión de mañana) del Simposio Internacional sobre «Delitos de odio: estado de la cuestión desde una perspectiva comparada», Bilbao (Bizkaia Aretoa), 22 de septiembre de **2017**.
- LAW, Jonathan, *A dictionary of law* (9th ed.), Oxford University Press, Oxford/Nueva York, **2018**.
- LAW COMMISSION/LAW COMMISSION FOR ENGLAND AND WALES:
- *Offences relating to public order* (Law Com. No. 123) (**1983**).
 - *Report on poison-pen letters* (Law Com. No. 147) (**1985**).
 - *Computer misuse* (Working paper No. 110) (**1988**).
 - *Computer misuse* (Law Com. No. 186) (**1989**).
 - *Inchoate liability for assisting and encouraging crime* (Law Com. No. 300) (**2006**).
 - *Hate crime: the case for extending the existing offences. A consultation paper* (Consultation Paper No. 213) (**2013**).
 - *Hate crime: should the current offences be extended?* (Law Com. No. 348) (**2014**).
 - *Abusive and offensive online communications: a scoping report* (Law Com. No. 381) (**2018**).
 - *Hate crime laws. A consultation paper* (Consultation Paper No. 250) (**2020**).
 - *Modernising communications offences* (Law Com. No. 399) (**2021**).
- LIPSCOMBE, Sally, *Hate crime* (Briefing Paper Number 8791; 14 January 2020), House of Commons, Londres, **2020**.
- MACPHERSON, William, *The Stephen Lawrence Inquiry. Report of an inquiry by Sir William Macpherson of Cluny. Presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty*, **1999**.
- MAQUEDA ABREU, M^a Luisa, “**Algunas reflexiones** críticas acerca de la punición de la apología”, *Poder Judicial*, Núm. 9, 1988, pp. 9-27.
- *Els límits de la intervenció penal contra el racisme i la xenofòbia*, en VV.AA., *El racisme i la xenofòbia a les societats democràtiques: manifestacions i eines per combatre-les*, SOS Racisme – Catalunya, **2008**.
 - “**El hábito de legislar** sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015”, *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 118, 2016, pp. 5-42.
 - «¿**Necesitan un móvil** discriminatorio las agravantes de sexo/género del art. 22.4 CP?», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/QUERALT JIMÉNEZ, Joan J./CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa (coords.), *Estudios de Derecho penal: homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, B de F, Buenos Aires, 2017, pp. 703-714.
- MARRINAN, Desmond, *Hate crime legislation in Northern Ireland. Independent review*, Department of Justice (NI), Belfast, **2020**.

MCCALLUM, Frazer, *SPICe briefing (10/35). Criminal Justice and Licensing (Scotland) Bill: Stage 3*, Scottish Parliament, Edinburgh, **2010**.

MCVEIGH, Robbie, *Incitement to hatred in Northern Ireland*, Equality Coalition, Belfast, **2018**.

MINISTERIO DE JUSTICIA/MINISTRY OF JUSTICE:

- *Criminal Code*, Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, **2016**.
- *Informe de la evolución de los delitos de odio en España 2019 (2020)*.
- *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España 2020 (2021)*.

MONCLOA. “**Conferencia de prensa** de la vicepresidenta y portavoz del Gobierno, y de los ministros de Justicia y de Industria, después de la reunión del Consejo de Ministros”, 14 de septiembre de **2012**.

MORROW, Duncan, *Sectarianism in Northern Ireland: a review*, Community Relations Council (CRC), Belfast, **2019**.

NACIONES UNIDAS /UNITED NATIONS:

- *Commission on Human Rights. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. Sixteenth session. Summary record of the 418th meeting, held at Headquarters, New York, on Tuesday, 21 January 1964 (E/CN.4/Sub.2/SR.418), 1964*.
- *Observación general núm. 11. Prohibición de la propaganda de guerra y de incitar al odio nacional, racial y religioso (art. 20), 1983*.
- *Observación general núm. 18 (no discriminación) del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 10 de noviembre de 1989, 1989*.
- *Informe presentado por el Sr. Maurice Glélé-Ahanhanzo, Relator Especial encargado de examinar la cuestión de las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, de conformidad con la resolución 1993/20 de la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/1994/66), 1994*.
- *Informe presentado por el Sr. Maurice Glélé-Ahanhanzo, Relator Especial encargado de examinar la cuestión de las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, de conformidad con la resolución 1994/64 de la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/1995/78), 1995*.
- *Informe presentado por el Sr. Maurice Glélé-Ahanhanzo, Relator Especial encargado de examinar la cuestión de las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, de conformidad con las resoluciones 1993/20 y 1995/12 de la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/1996/72), 1996*.
- *Medidas adoptadas para combatir las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y otros tipos análogos de intolerancia (E/CN.4/RES/1996/21), 1996*.
- *Medidas para combatir las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas conexas de intolerancia (A/51/301), 1996*.
- *Medidas para combatir las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas conexas de intolerancia (A/RES/51/79), 1996*.

- **Informe del Seminario de las Naciones Unidas para evaluar la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, con referencia especial a sus artículos 4 y 6 (E/CN.4/1997/68/Add.1), 1996.**
- **Informe presentado por el Sr. Maurice Glèlè-Ahanhanzo, Relator Especial encargado de examinar la cuestión de las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, de conformidad con la resolución 1996/21 de la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/1997/71), 1997.**
- **Tercer Decenio de la lucha contra el racismo y la discriminación racial (A/RES/51/81), 1997.**
- **Informe del Seminario sobre el papel de Internet en relación con las disposiciones de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (E/CN.4/1998/77/Add.2), 1998.**
- **Medidas que se han de adoptar para combatir las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas conexas de intolerancia (A/54/347), 1999.**
- **El racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia (E/CN.4/RES/2000/14), 2000.**
- **Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial y xenofobia y las formas conexas de intolerancia (A/55/304), 2000.**
- **Tercer Decenio de la Lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial y convocación de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (A/RES/55/84), 2001.**
- **Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos sobre la explotación de Internet para incitar al odio racial y difundir propaganda racista y xenófoba, y sobre las maneras de promover la cooperación internacional en este ámbito (A/CONF.189/PC.2/12), 2001.**
- **El racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia (E/CN.4/RES/2001/5), 2001.**
- **Informe del Sr. Maurice Glèlè-Ahanhanzo, Relator Especial encargado de examinar la cuestión de las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, de conformidad con la resolución 1997/73 de Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/1998/79), 1998.**
- **Observación general núm. 29. Estados de emergencia (artículo 4), 2001.**
- **El racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia (E/CN.4/RES/2002/68), 2002.**
- **Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (A/CONF.189/12), 2002.**
- **Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, y aplicación general y seguimiento de la Declaración y el Programa de Acción de Durban (E/CN.4/RES/2003/30), 2003.**
- **La lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia y la aplicación general y seguimiento de la Declaración y el Programa de Acción de Durban (A/58/313), 2003.**
- **Actividades mundiales para la eliminación total del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia y la aplicación general y el seguimiento de la Declaración y el Programa de Acción de Durban (A/RES/58/160), 2004.**

- *Lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia y aplicación general y seguimiento de la Declaración y el Programa de Acción de Durban (A/59/329), 2004.*
- *Decisión núm. 621. Tolerancia y lucha contra el racismo, la xenofobia y la discriminación (PC.DEC/621), 2004.*
- *Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada “Consejo de Derechos Humanos”. Incitación al odio racial y religioso y promoción de la tolerancia: informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/HRC/2/6), 2006.*
- *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, de 13 de septiembre de 2007 (2007).*
- *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (A/HRC/14/23/Add.2), 2010.*
- *Novedades recientes en el uso de la ciencia y la tecnología por los delincuentes y por las autoridades competentes en la lucha contra la delincuencia, incluido el delito cibernético. Documento de trabajo preparado por la Secretaría (A/CONF.213/9), 2010.*
- *Informe del 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal (A/CONF.213/18), 2010.*
- *Observación general núm. 34. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión, 2011.*
- *Promoción y protección de los derechos de las minorías. Guía para defensores, Naciones Unidas, Ginebra/Nueva York, 2012.*
- *Informe provisional elaborado por el Sr. Mutuma Ruteere, Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia (A/67/326), 2012.*
- *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (A/67/357), 2012.*
- *Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Addendum. 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 (A/HRC/22/17/Add.4), 2013.*
- *Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Mutuma Ruteere (A/HRC/26/49), 2014.*
- *Informe de la Relatora Especial sobre cuestiones de las minorías, Rita Izsák (A/HRC/28/64), 2015.*
- *Human Rights Committee. Concluding observations on the seventh periodic report of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (CCPR/C/GBR/CO/7), 2015.*
- *Committee on the Elimination of Racial Discrimination. Concluding observations on the combined twenty-first to twenty-third periodic reports of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (CERD/C/GBR/CO/21-23), 2016.*
- *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 24 de marzo de 2017 (A/HRC/RES/34/22), 2017.*
- *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (A/HRC/38/35), 2018.*
- *Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar (A/HRC/39/64), 2018.*

- *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar (A/HRC/39/CRP.2)*, 2018.
- *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 27 de septiembre de 2018. Situación de los derechos humanos de los musulmanes rohinyás y otras minorías en Myanmar (A/HRC/RES/39/2)*, 2018.
- *Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (A/74/486)*, 2019.
- *Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar (A/HRC/42/50)*, 2019.
- *La Estrategia y Plan de Acción de las Naciones Unidas para la lucha contra el discurso de odio*, 2019. Acceso online: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/advising-and-mobilizing/Action_plan_on_hate_speech_ES.pdf (último acceso: 22.09.2021)
- *United Nations Strategy and Plan of Action on hate speech. Detailed guidance on implementation for United Nations field presences*, 2020.

NICEM, *Race and criminal justice in Northern Ireland. Towards a blueprint for the eradication of racism from the CJSNI*, Northern Ireland Council for Ethnic Minorities (NICEM), Belfast, 2013.

NIHRC, *Racist hate crime. Human rights and the criminal justice system in Northern Ireland*, Northern Ireland Human Rights Commission (NIHRC), Belfast, 2013.

NIO, *Race crime and sectarian crime legislation in Northern Ireland. A consultation paper*, Northern Ireland Office (NIO), Belfast, 2002.

NIPB, *Thematic review of policing race hate crime*, Northern Ireland Policing Board (NIPB), Belfast, 2017.

NPIA, *Manual of guidance on keeping the peace*, National Policing Improvement Agency (NPIA), Londres, 2010.

NEW YORK CITY BAR, *United Nations resolutions on religious hate speech: the impact on freedom of expression*, New York City Bar Association, Nueva York, 2014.

OSCE/ODIHR:

- *Decisión núm. 193. Mandato del Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación (PC.DEC/193)*, 1997.
- *Decisión núm. 4/03 sobre tolerancia y no discriminación (MC.DEC/4/03)*, 2003.
- *Recommendations from the conference on freedom of the media and the Internet (Amsterdam, 13-14 June 2003)*, 2003.
- *Joint Declaration on the regulation of the media, on the restrictions on journalists, and on investigating corruption, by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression*, 2003.
- *Decisión núm. 607. Lucha contra el antisemitismo (PC.DEC/607)*, 2004.
- *Decisión núm. 621. Tolerancia y lucha contra el racismo, la xenofobia y la discriminación (PC.DEC/621)*, 2004.
- *Decisión núm. 633. Fomento de la tolerancia y de la libertad de los medios informativos en Internet (PC.DEC/633)*, 2004.

- *OSCE Conference on anti-semitism*. Berlin, 28 and 29 April 2004. Consolidated summary (PC.DEL/696/04/Rev.1), **2004**.
- *OSCE Meeting on the relationship between racist, xenophobia and anti-semitic propaganda on the Internet and hate crimes*. Paris, 16 and 17 June 2004 (PC.DEL/918/04/Corr.1), **2004**.
- *OSCE Conference on tolerance and the fight against racism, xenophobia and discrimination*. Brussels, 13 and 14 September 2004. Consolidated summary (PC.DEL/949/04), **2004**.
- *Decimosegunda Reunión del Consejo Ministerial*. 6 y 7 de diciembre de 2004 (MC.DEC/12/04), **2004**.
- *Decisión núm. 12/04. Tolerancia y no discriminación* (MC.DEC/12/04), **2004**.
- *Joint Declaration on the Internet and on anti-terrorist measures, by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression*, **2005**.
- *OSCE Conference on anti-semitism and on other forms of intolerance*. Cordoba, 8 and 9 June 2005 (PC.DEL/924/05), **2005**.
- *Combating hate crimes in the OSCE region: an overview of statistics, legislation, and national initiatives*, OSCE/ODIHR, Varsovia, **2005**.
- *Challenges and responses to hate-motivated incidents in the OSCE region. For the period January-June 2006* (HDIM.ODIHR/465/06), OSCE/ODIHR, Varsovia, **2006**.
- *Joint Declaration on publishing confidential information, openness of national and international public bodies, freedom of expression and cultural/religious tensions, and impunity in cases of attacks against journalists, by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media, the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression and the ACHPR Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information*, **2006**.
- *Decisión núm. 10/07. Tolerancia y no discriminación: promoción de la comprensión y el respeto mutuos* (MC.DEC/10/07), **2007**.
- *Hate crime laws. A practical guide*, OSCE/ODIHR, Varsovia, **2009**.
- *Decision No. 9/09. Combating hate crimes* (MC.DEC/9/09), **2009**.
- *Tenth Anniversary Joint Declaration: Ten key challenges to freedom of expression in the next decade, by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media, the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression and the ACHPR Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information*, **2010**.
- *Joint Declaration on freedom of expression and the Internet, by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media, the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression and the ACHPR Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information*, **2011**.
- *Joint Declaration on crimes against freedom of expression, by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on*

- Freedom of the Media, the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression and the ACHPR Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information, 2012.*
- **Prosecuting hate crimes.** *A practical guide*, OSCE/ODIHR, Varsovia, **2014**.
 - **Propaganda and freedom of the media**, OSCE/OSCE Office of the Representative on Freedom of the Media, Viena, **2015**.
 - **La persecución penal de los delitos de odio [guía práctica]**, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, **2016**.
 - **Joint Declaration on media independence and diversity in the digital age**, by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media, the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression and the ACHPR Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information, **2018**.

PARLAMENTO EUROPEO:

- **Resolución sobre la comunicación de la Comisión relativa a los contenidos ilícitos y nocivos en Internet (COM(96)0487 C4-0592/96)**, Luxemburgo, **1997**.
- **Resolución sobre Libro Verde relativo a la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información (COM(96)0483 C4-0621/96)**, **1997**.
- **Evolución de las negociaciones sobre la Decisión marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia (debate - 20 de junio de 2007)**, Estrasburgo, **2007**. Acceso online:
<https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20070620&secondRef=ITEM-018&language=ES&ring=A6-2007-0151> (ultimo acceso: 22.09.2021)
- **Recomendación del Parlamento Europeo, de 21 de junio de 2007, al Consejo sobre una propuesta de recomendación del Parlamento Europeo al Consejo acerca de la evolución de las negociaciones sobre la Decisión marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia (2007/2067(INI))**, **2007**.
- **Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2013, sobre el refuerzo de la lucha contra el racismo, la xenofobia y los delitos motivados por el odio (2013/2543(RSP))**, **2013**.
- **Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre las plataformas en línea y el mercado único digital (2016/2276(INI))**, **2017**.

PARLAMENTO EUROPEO/CONSEJO DE LA UE:

- **Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (2000)**.
- **Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual) (2010)**.
- **Directiva 2012/29/UE del PE y del Consejo de la UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo (2012)**.

- **Directiva 2017/541** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo (2017).
- **Directiva 2018/1808** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado (2018)

PARLAMENTO EUROPEO/CONSEJO/COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, **Declaración** del Parlamento Europeo, Consejo, representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo y Comisión, de 11 de junio de 1986, contra el racismo y la xenofobia (86/C 158/01), **1986**.

COMISIÓN DE LIBERTADES CIVILES, JUSTICIA Y ASUNTOS DE INTERIOR (LIBE) - Comisión parlamentaria del Parlamento Europeo:

- **Propuesta de recomendación** del Parlamento Europeo al Consejo acerca de la evolución de las negociaciones sobre la Decisión marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia (2007/2067(INI)), Luxemburgo, **2007**.
- **Informe sobre una propuesta de recomendación** del Parlamento Europeo al Consejo acerca de la evolución de las negociaciones sobre la Decisión marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia (2007/2067(INI)), **2007**.

POLLICINO, Oreste, **Freedom of expression and the European approach to disinformation and hate speech: the implication of the technological factor** (Liber Amicorum per Pasquale Costanzo), Consulta Online. Rivista Giuridica Telematica, **2020**.

PUBLIC PROSECUTION SERVICE FOR NORTHERN IRELAND (PPSNI):

- **Hate crime policy** (2010). Available at <https://www.ppsni.gov.uk/sites/ppsnifiles/publications/PPS%20Hate%20Crime%20Policy.pdf> (last access: 22.09.2021)
- **Code for Prosecutors** (2016). Available at <https://www.ppsni.gov.uk/sites/ppsnifiles/publications/PPS%20Code%20for%20Prosecutors.pdf> (last access: 22.09.2021)
- Thematic statistical bulletins on hate crimes. Available at <https://www.ppsni.gov.uk/thematic-bulletins-hate-crime> (last access: 22.09.2021)
- Bulletins on annual trends (and quarterly updates) in hate motivated incidents and crimes. Available at <https://www.ppsni.gov.uk/inside-ppsni/Statistics/hate-motivation-statistics/> (last access: 22.09.2021)

REY MARTÍNEZ, Fernando/GIMÉNEZ GLÜCK, David (coord.), **Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías y perspectivas**, Fundación IDEAS, Madrid, **2010**.

SCARMAN, Leslie, **The Red Lion Square disorders of 15 June 1974: Report of inquiry** (Cmnd. 5919), HMSO, **1975**.

- **The Scarman report: The Brixton disorders, 10-12 April 1981**(Cmnd. 8427), HMSO, **1981**.

SCOTTISH GOVERNMENT:

- *Cyber-crime in Scotland: evidence review* (2018).
- **One Scotland: hate has no home here. Consultation on amending Scottish hate crime legislation (2018).**
- *One Scotland: hate has no home here. Consultation on amending Scottish hate crime legislation. Analysis of responses* (2019).
- *Hate crime: availability of information recorded by the police in Scotland* (2019).
- *Developing information on hate crime recorded by the police in Scotland* (2019).
- Thematic statistical bulletins on racist incidents recorded by the police in Scotland. Available at <https://www.gov.scot/collections/racist-incidents-recorded-by-the-police-in-scotland/> (last access: 22.09.2021). For earlier data on racist incidents, see: CLARK, Ian/MOODY, Susan, *Racist crime and victimisation in Scotland*, Scottish Executive Central Research Unit, Edinburgh, 2002, pp. 20-24.
- Thematic statistical bulletins on religiously aggravated offending: *Religiously aggravated offending in Scotland 2017-2018: analysis of charges* (2018). Available at https://www-gov-scot.translate.google.com/publications/religiously-aggravated-offending-scotland-2017-18/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es-419&_x_tr_pto=nui,op,elem,sc (last access: 22.09.2021)
- Thematic statistical bulletins on the Offensive Behaviour at Football and Threatening Communications (Scotland) Act (2012). Available at <https://www.gov.scot/publications/foi-18-00366/> (last access: 22.09.2021)
- Annual bulletins regarding criminal proceedings concluded in Scottish courts, covering convictions with disability, racial, religious, sexual orientation and transgender aggravators. Available at <https://www.gov.scot/collections/criminal-proceedings-in-scotland/> (last access: 22.09.2021)
- Annual bulletins on crimes and offences recorded and cleared up by the police in Scotland, disaggregated by crime/offence group. Available at <https://www.gov.scot/collections/recorded-crime-in-scotland/> (last access: 22.09.2021)
- **Policy memorandum accompanying the Hate Crime and Public Order (Scotland) Bill (2020).**

SCOTTISH PARLIAMENT, *Meeting of the Parliament* (19 February 2003), Session 1, c. 15464 (2013).

SCOTTISH SENTENCING COUNCIL, *Principles and purposes of sentencing. Sentencing guideline* (2018).

SENADO, *Cortes Generales. Diario de sesiones del Senado*, año 2015 (núm. 146), X Legislatura, Pleno, sesión núm. 68, celebrada el miércoles 11 de marzo de 2015 [cita íntegra inserta en el texto]

SENTENCING ADVISORY PANEL, *Racially aggravated offences: advice to the Court of Appeal* (2020).

SENTENCING COUNCIL:

- *Magistrates' Court Sentencing Guidelines (MCSG). Explanatory materials: hate crimes (no date)*. Available at <https://www.sentencingcouncil.org.uk/explanatory->

- material/magistrates-court/item/hate-crime/1-racial-or-religious-aggravation-statutory-provisions/ (last access: 22.09.2021)
- *Magistrates' Court Sentencing Guidelines (MCSG). Communication network offences (Revised 2017) (2017)*. Available at <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/magistrates-court/item/communication-network-offences-revised-2017/> (last access: 22.09.2021)
 - *Magistrates' Court Sentencing Guidelines (MCSG). Harassment/stalking/racially or religiously aggravated harassment/stalking (2018)*. Available at <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/magistrates-court/item/harassment-stalking-racially-or-religiously-aggravated-harassment-stalking/> (last access: 22.09.2021)
 - *Magistrates' Court Sentencing Guidelines (MCSG). Harassment (fear of violence)/stalking (fear of violence)/racially or religiously aggravated harassment (fear of violence)/stalking (fear of violence) (2018)*. Available at <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/magistrates-court/item/harassment-fear-of-violence-stalking-fear-of-violence/> (last access: 22.09.2021)
 - *Crown Court Sentencing Guidelines (CCSG). Harassment/stalking/racially or religiously aggravated harassment/stalking (2018)*. Available at <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/harassment-stalking-racially-or-religiously-aggravated-harassment-stalking/> (last access: 22.09.2021)
 - *Crown Court Sentencing Guidelines (CCSG). Harassment (fear of violence)/stalking (fear of violence)/racially or religiously aggravated harassment (fear of violence)/stalking (fear of violence) (2018)*. Available at <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/harassment-fear-of-violence-stalking-fear-of-violence/> (last access: 22.09.2021)
 - *General guideline: overarching principles (2019)*. Available at <https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/magistrates-court/item/general-guideline-overarching-principles/> (last access: 22.09.2021)
 - *Sentencing guidelines for public order offences. Racial hatred offences/hatred against persons on religious grounds or grounds of sexual orientation (2019)*. Available at <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/magistrates-court/item/racial-hatred-offences-hatred-against-persons-on-religious-grounds-or-grounds-of-sexual-orientation/> (last access: 22.09.2021)
 - *Magistrates' Court Sentencing Guidelines (MCSG). Disorderly behaviour with intent to cause harassment, alarm or distress/ Racially or religiously aggravated disorderly behaviour with intent to cause harassment, alarm or distress (2020)*. Available at <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/magistrates-court/item/disorderly-behaviour-with-intent-to-cause-harassment-alarm-or-distress-racially-or-religiously-aggravated-disorderly-behaviour-with-intent-to-cause-harassment-alarm-or-distress/> (last access: 22.09.2021)
 - *Magistrates' Court Sentencing Guidelines (MCSG). Threatening behaviour – fear or provocation of violence/racially or religiously aggravated threatening behaviour – fear or provocation of violence (2020)*. Available at <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/magistrates-court/item/threatening-behaviour-fear-or-provocation-of-violence-racially-or->

religiously-aggravated-threatening-behaviour-fear-or-provocation-of-violence/
(last access: 22.09.2021)

- *Magistrates' Court Sentencing Guidelines (MCSG). Disorderly behaviour/racially or religiously aggravated disorderly behaviour (2020)*. Available at <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/magistrates-court/item/disorderly-behaviour-racially-or-religiously-aggravated-disorderly-behaviour/> (last access: 22.09.2021)

SENTENCING GUIDELINES COUNCIL, *Overarching principles: seriousness (2004)*.

STRICKLAND, Pat/DOUSE, Diana, *“Insulting words or behaviour”*: Section 5 of the Public Order Act 1986 (Commons Research Briefing SN05760), House of Commons, Londres, 2013.

SWISS INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW, *Legal instruments to combat racism on the Internet. Report prepared by the Swiss Institute of Comparative Law (Lausanne)*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2000.

- *Legal instruments for combating racism on the Internet. Report prepared and updated by the Swiss Institute of Comparative Law (Lausanne)*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2009.

UNESCO:

- *Declaración de México sobre las políticas culturales. Conferencia mundial sobre las políticas culturales, México D.F., 26 de julio – 6 de agosto de 1982 (1982)*.
- *Declaración universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural, de 2 de noviembre de 2001 (2001)*.
- *Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, de 20 de octubre de 2005 (2005)*.
- *Declaración de Friburgo. Los derechos culturales, de 7 de mayo de 2007 (2007)*.

UNESCO CHAIR FOR HUMAN RIGHTS AND PUBLIC AUTHORITIES/ERTZAINZA:

- *2018 Report on hate incidents in the Basque Country*, Basque Government, Vitoria-Gasteiz, 2019.
- *2019 Report on hate incidents in the Basque Country*, Basque Government, Vitoria-Gasteiz, 2020.
- *2020 Report on hate incidents in the Basque Country*, Basque Government, Vitoria-Gasteiz, 2021.

URÍAS MARTÍNEZ, *Contribución a mesa redonda sobre «el Dret Penal davant del discurs activista i la sátira política»*. Contribución enmarcada dentro de la mesa redonda de la jornada sobre «Dissidència i llibertat d'expressió», Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 11 de marzo de 2021.

VOLOKH, Eugene, *Beauharnais v. Illinois and libel of racial, religious, etc. groups*, Reason, Los Ángeles, 2020.

YANAGIZAWA-DROTT, David, “**Propaganda and conflict: theory** and evidence from the Rwandan genocide”, CID (Harvard University) Working Paper No. 257, Cambridge, **2012**.

WALTERS, Mark A./WIEDLITZKA, Susann/OWUSU-BEMPAH, Abenaa/GOODALL, Kay, ***Hate crime and the legal process. Options for a law reform***, University of Sussex (Project report), Brighton, **2017**.

WEBER, Anne, ***Manual on hate speech***, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, **2009**.

RESOLUCIONES JUDICIALES**I. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA**

Auto de la AN, de 1 de octubre de 2015

Auto de la AP de Barcelona 787/2018, de 12 de diciembre

Auto de la AP de Girona 48/2019, de 30 de enero

Auto 852/2021 del JI núm. 51 de Madrid, de 27 de abril

SAN 4/2010, de 2 de marzo

SAN 49/2015, de 30 de julio

SAN 2/2017, de 26 de enero

SAP de Madrid de 4 de julio de 1994

SAP de Almería 222/2003, de 6 de octubre

SAP de Castellón 5/2005, de 25 de abril

SAP de Barcelona, de 5 de marzo de 2008

SAP de Valladolid 58/2008, de 10 de abril

SAP de Córdoba 128/2009, de 14 de mayo

SAP de Madrid 79/2009, de 16 de julio

SAP de Barcelona 168/2010, de 8 de febrero

SAP de Madrid 380/2013, de 11 de marzo

SAP de Asturias 458/2014, de 10 de octubre

SAP de las Islas Baleares 142/2015, de 12 de noviembre

SAP de Valladolid 240/2016, de 25 de julio

SAP de Madrid 676/2017, de 30 de octubre

SAP de Barcelona 82/2018, de 29 de enero

SAP de Barcelona 702/2018, de 8 de noviembre

SAP de Barcelona 299/2019, de 21 de mayo

SAP de Barcelona 736/2019, de 31 de octubre

SAP de Madrid 625/2019, de 21 de noviembre

SAP de Barcelona 230/2020, de 24 de febrero

SAP de Castellón 33/2020, de 24 de enero

SAP de León 376/2020, de 12 de noviembre
SAP de Madrid 7/2020, de 8 de enero
SAP de Madrid 132/2020, de 2 de marzo
SAP de Madrid 551/2020, de 17 de noviembre
SAP de Valencia 468/2020, de 19 de noviembre
SAP de Sta. Cruz de Tenerife 141/2021, de 21 de abril
Sentencia 151/2005 del JP Núm. 8 de Valencia, de 21 de abril
Sentencia 271/2006 del JP Núm. 2 de Lleida, de 16 de noviembre
Sentencia 111/2009 del JP Núm. 16 de Barcelona, de 16 de marzo
Sentencia 358/2013 del JP Núm. 1 de Badajoz, de 15 de octubre
Sentencia 3/2014 del JP Núm. 11 de Valencia, de 10 de enero
Sentencia 169/2014 del JP Núm. 24 de Madrid, de 6 de mayo
Sentencia del JP Núm. 1 de Barcelona, de 16 de marzo de 2015
Sentencia 310/2015 del JP Núm. 3 de Terrassa, de 12 de junio
Sentencia del JP Núm. 1 de Barcelona, de 19 de enero de 2016
Sentencia 25/2017 del JI Núm. 8 de Cerdanyola del Vallès, de 15 de marzo
Sentencia 187/2019 del JP Núm. 4 de Castellón de la Plana, de 26 de abril
Sentencia 140/2021 del JP Núm. 4 de Castellón de la Plana, de 27 de abril
STC 6/1981, de 16 de marzo
STC 8/1981, de 30 de marzo
STC 12/1982, de 31 de marzo
STC 19/1982, de 5 de mayo
STC 49/1982, de 14 de julio
STC 62/1982, de 15 de octubre
STC 81/1982, de 21 de diciembre
STC 75/1983, de 3 de agosto
STC 104/1986, de 17 de julio
STC 159/1986, de 16 de diciembre
STC 128/1987, de 16 de julio

STC 107/1988, de 8 de junio
STC 144/1988, de 12 de julio
STC 166/1988, de 26 de septiembre
STC 51/1989, de 22 de febrero
STC 51/1989, de 22 de marzo
STC 105/1990, de 6 de junio
STC 145/1991, de 1 de julio
STC 214/1991, de 11 de noviembre
STC 216/1991, de 14 de noviembre
STC 371/1993, de 13 de diciembre
STC 78/1995, de 22 de mayo
STC 176/1995, de 11 de diciembre
STC 55/1996, de 28 de marzo
STC 137/1997, de 21 de julio
STC 136/1999, de 20 de julio
STC 6/2000, de 17 de enero
STC 110/2000, de 5 de mayo
STC 2/2001, de 15 de enero
STS 713/2002, de 24 de abril
STC 185/2003, de 27 de octubre
STC 24/2004, de 24 de febrero
STC 9/2007, de 15 de enero
STC 235/2007, de 7 de noviembre
STC 59/2008, de 14 de mayo
STC 62/2008, de 26 de mayo
STC 79/2014, de 28 de mayo
STC 177/2015, de 22 de julio
STC 112/2016, de 20 de junio
STC 6/2020, de 27 de enero

STC 35/2020, de 25 de febrero
STC 190/2020, de 15 de diciembre
STS de 30 de abril de 1990
STS de 1 de abril de 1995
STS 241/1996, de 18 de marzo
STS de 29 de noviembre de 1997
STS 259/2011, de 12 de abril
STS 19/2015, de 22 de enero
STS 459/2019, de 14 de octubre
STS 1145/2006, de 23 de noviembre
STS 1396/2011, de 28 de diciembre
STS 58/2016, de 4 de febrero
STS 252/2016, de 31 de marzo
STS 72/2018, de 9 de febrero
STS 646/2018, de 14 de diciembre
STS 185/2019, de 2 de abril
STS 675/2020, de 11 de diciembre
STSJ de Madrid 223/2020, de 24 de septiembre

II. REPORTED CASE LAW (UK)

R. v Most [1881] 7 QBD 244
Bowman v. Secular Society Ltd [1917] A.C. 406 (H.L.)
R. v Stanley [1965] 2 QB 327, at p. 333
S. v Nkosiyanana [1966] (4) SA 655
R. v Malik (Michael Abdul) [1968] 1 WLR 353 (*Court of Appeal*)
Ealing LBC v Race Relations Board [1972] AC 342
Knüller v DPP [1973] AC 435, at p. 458
Race Relations Board v Applin [1973] QB 815
Handyside v UK [1976] 1 EHRR 737

- R. v Whitehouse (Arthur)* [1977] EWCA Crim 2
- Mandla v Dowell Lee* [1983] 2 AC 548
- Lawrence* [1983] 5 Cr App R (S) 220
- Atkin (Ralph Charles) v. DPP* [1989] 89 Cr. App. R. 199
- R. v Horseferry Road Metropolitan Stipendiary, ex parte Siadatan* [1991] 1 QB 260
- DPP v Clarke (Michael Edward) & Others* [1992] 94 Cr. App. R. 359
- Poku (Kwasi) v DPP* [1993] Crim. L.R. 705
- R. v Chan-Fook (Mike)* [1994] 1 W.L.R. 689
- DPP v Morrow* [1994] Crim. L.R. 58
- R. v Ribbans (Vincent Brian), Duggan (Edward Michael) and Ridley (Laurie Christopher)* [1994] 11 WLUK 188
- R. v Burstow (Andrew Christopher)* [1996] 7 WLUK 459 (CA (Crim Div))
- R. v Ireland (Robert Matthew)* [1996] 3 W.L.R. 650
- R. v Ireland (Robert Matthew), R. v Burstow (Andrew Christopher)* [1997] UKHL 34
- R. v Burstow (Andrew Christopher)* [1997] 1 Cr. App. R. 144
- R. v Fellows (Alban), R. v Arnold (Stephen)* [1997] 2 All E.R. 548, CA
- Canavan* [1998] 1 WLR 604
- O'Prey* [1999] 2 Cr App R (S) 83
- R. v Liddle & Hayes* [1999] 5 WLUK 362
- DPP v Pal (Roshan Kumar)* [2000] WL 191187
- Lau (Sai) v DPP* [2000] Crim LR 580
- R. v Colohan (Sean Peter)* [2001] EWCA Crim 1251
- R. v Kelly (Lewis) and R. v Donnelly (Miles)* [2001] EWCA Crim 170
- R. v White (Anthony Delroy)* [2001] EWCA Crim 216
- Norwood (Mark Anthony) v DPP* [2002] EWCH 1564 (Admin),
- Smith v Donnelly* [2002] J.C. 65
- R. v Fitzgerald (Graeme Paul)* [2003] EWCA Crim. 2875

Attorney General's Reference No 4 of 2002 (On Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division)) Sheldrake (Respondent) v. Director of Public Prosecutions (Appellant) (Criminal Appeal from Her Majesty's High Court of Justice) (Conjoined Appeals) [2004] UKHL 43

DPP v M (A Minor) [2004] EWHC 1453 (Admin)

Holloway (Alan) v DPP [2004] EWHC 2621 (Admin)

Petros (Andranick Joseph) & others v Chaudhari (Sadhana) & Berry (Neelu) [2004] All ER (D) 173 (Mar)

RG, LT v DPP [2004] EWHC 183 (Admin)

R. v Smith (Wallace Duncan) (No.4) [2004] EWCA Crim 631

Anderson v Griffiths [2005] 1 J.C. 169

Cray (Martin Winston) v. Hancock (Anthony Sandford & Corinne Elizabeth) [2005] All ER (D) 66 (Nov)

Dehal (Ajit Singh) v. CPS [2005] EWHC 2154 (Admin)

DPP v Collins (Leslie George) [2005] EWHC 1308 (Admin)

Kentsch [2005] EWCA Crim 2851

McGillivray [2005] EWCA Crim 604

O'Callaghan [2005] EWCA Crim 317

DPP v Collins (Leslie George) [2006] UKHL 40

Keith-Smith v. Williams [2006] EWHC 860 (QB)

Majorowski v Guy's and St Thomas's NHS Trust [2006] UKHL 34

R. v Livesey (Mark Ivan) [2006] EWCA Crim 3344

Taylor (Selena) v DPP [2006] EWHC 1202 (Admin)

Conn v The Council of the City of Sunderland [2007] EWCA Civ 1492

R. v Rogers (Philip) [2007] UKHL 8

Applause Store Productions Ltd v. Raphael [2008] EWHC 1781 (QB)

DPP v Johnson (Herald) [2008] EWHC 509 (Admin)

Paterson (Alexander) v HM Advocate [2008] HCJAC 18

S v CPS [2008] EWHC 438 (Admin)

Harris (Mark) v HM Advocate [2009] HCJAC 80

R. v Higgins (Jason) [2009] EWCA Crim 708

S&D Property Investments v Nisbet (Christian) and French (Stephen) [2009] EWHC 1726 (Ch)

Le Vine v DPP [2010] EWHC 1128 (Admin)

R. v Sheppard (Simon Guy) & Whittle (Stephen) [2010] EWCA Crim 65

AMP v Persons Unknown [2011] EWHC 3454 (TCC).

King (Edith Jane) v Procurator Fiscal [2011] HCJAC 109

Gifford (Matilda) v HM Advocate [2011] HCJAC 101

Cairns v. Modi [2012] EWHC 756 (QB)

Chambers (Paul) v DPP [2012] EWHC 2157 (Admin)

R. v Smith (Mark John) [2012] EWCA Crim 2566

Hayes v Willoughby [2013] UKSC 17

Docherty [2014] EWCA Crim 1404

Paterson (Ewan) v PF Airdrie, Bow (David) v PF Airdrie and Love (Jamie) v PF Stirling [2014] HCJAC 87

R. v Cooke (Steven) [2015] EWCA Crim 1414

R. v O'Leary (Michael Patrick) [2015] EWCA Crim 1306

Ahmed (Tanveer) v HM Advocate [2016] HCJAC 125

R v ZN [2016] EWCA Crim 92

CPS v. Lord St Davids [2017] EW Misc. 23 (MC)

DPP v Smith (Kingsley Anthony) [2017] EWHC 359 (Admin),

R. v Bradburn (Ashley) [2017] EWCA Crim 1399

R. v Burns (Lawrence) [2017] EWCA Crim 1466

R. v Danevska (Sandra) [2017] EWCA Crim 1084

R. v Valentine (Toni) [2017] EWCA Crim 207

Melville (Craig) v Procurator Fiscal, Dundee [2018] SAC (Crim) 14

R. v Hobson [2018] EWCA Crim 623

R. v Penny (Adam) [2018] EWCA Crim 1827

R v Chabloz (Alison) [2019] *Southwark Crown Court*. Retrieved from <https://antisemitism.org/wp-content/uploads/2019/02/R-v-Chabloz-Judgment-Southwark-Crown-Court.pdf> (last access: 22.09.2021)

Chabloz (Alison) v DPP [2019] EWHC 3094 (Admin)

III. OTRAS RESOLUCIONES

CASO	Órgano	Fecha
Casos relativos al África Sudoccidental (<i>Etiopía c. Sudáfrica y Liberia c. Sudáfrica</i>)	CIJ	18 de julio de 1966
<i>The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España)</i>	CIJ	5 de febrero de 1970
<i>Glimmerveen y Hagenbeek c. Países Bajos</i>	Comisión Europea de los Derechos Humanos	11 de octubre de 1979
<i>Purcell y otros c. Irlanda</i>	Comisión Europea de los Derechos Humanos	16 de abril de 1991
<i>Handyside c. Reino Unido</i>	TEDH	7 de diciembre de 1976
<i>Irlanda c. Reino Unido</i>	TEDH	18 de enero de 1978
<i>Tyrer c. Reino Unido</i>	TEDH	25 de abril de 1978
<i>Cossey c. Reino Unido</i>	TEDH	29 de agosto de 1990
<i>Oberschlick c. Austria</i>	TEDH	23 de mayo de 1991
<i>Jersild c. Dinamarca</i>	TEDH	23 de septiembre de 1994
<i>De Haes y Gijssels c. Bélgica</i>	TEDH	24 de febrero de 1997
<i>Lehideux e Isorni c. Francia</i>	TEDH	23 de septiembre de 1998
<i>Özgür Gündem c. Turquía</i>	TEDH	16 de marzo de 2000
<i>Velikova c. Bulgaria</i>	TEDH	19 de mayo de 2000
<i>Beard c. Reino Unido</i>	TEDH	18 de enero de 2001
<i>Chapman c. Reino Unido</i>	TEDH	18 de enero de 2001
<i>Coster c. Reino Unido</i>	TEDH	18 de enero de 2001
<i>Stafford c. Reino Unido</i>	TEDH	28 de mayo de 2002
<i>Angelova c. Bulgaria</i>	TEDH	13 de junio de 2002
<i>Christine Goodwin c. Reino Unido</i>	TEDH	11 de julio de 2002
<i>I. c. Reino Unido</i>	TEDH	11 de julio de 2002
<i>Peck c. Reino Unido</i>	TEDH	28 de enero de 2003
<i>Appleby y otros c. Reino Unido</i>	TEDH	6 de mayo de 2003
<i>Garaudy c. Francia</i>	TEDH	7 de junio de 2003
<i>Murphy c. Irlanda</i>	TEDH	10 de julio de 2003

<i>Gündüz c. Turquía</i>	TEDH	4 de diciembre de 2003
<i>Seurot c. Francia</i>	TEDH	18 de mayo de 2004
<i>Pedersen y Baadsgaard c. Dinamarca</i>	TEDH	17 de diciembre de 2004
<i>Nachova y otros c. Bulgaria</i>	TEDH	6 de julio de 2005
<i>Perrin c. Reino Unido</i>	TEDH	18 de octubre de 2005
<i>Ždanoka c. Letonia</i>	TEDH	16 de marzo de 2006
<i>Erbakan c. Turquía</i>	TEDH	6 de julio de 2006
<i>Šečić c. Croacia</i>	TEDH	31 de mayo de 2007
<i>Angelova e Iliev c. Bulgaria</i>	TEDH	26 de julio de 2007
<i>D.H. y otros c. República Checa</i>	TEDH	13 de noviembre de 2007
<i>Stoica c. Rumanía</i>	TEDH	4 de marzo de 2008
<i>Soulas y otros c. Francia</i>	TEDH	10 de julio de 2008
<i>Leroy c. Francia</i>	TEDH	2 de octubre de 2008
<i>Times Newspapers LTD (Nos. 1 y 2) c. Reino Unido</i>	TEDH	10 de marzo de 2009
<i>Féret c. Bélgica</i>	TEDH	12 de julio de 2009
<i>Sejdíc y Finci c. Bosnia Herzegovina</i>	TEDH	22 de diciembre de 2009
<i>Oršuš y otros c. Croacia</i>	TEDH	16 de marzo de 2010
<i>Alajos Kiss c. Hungría</i>	TEDH	20 de mayo de 2010
<i>Milanović c. Serbia</i>	TEDH	14 de diciembre de 2010
<i>Paksas c. Lituania</i>	TEDH	6 de enero de 2011
<i>Kiyutin c. Rusia</i>	TEDH	10 de marzo de 2011
<i>Horoáth y Kiss c. Hungría</i>	TEDH	10 de marzo de 2011
<i>Editorial Board of Pravoye Delo y Shtekel c. Ucrania</i>	TEDH	5 de mayo de 2011
<i>Vejdeland y otros c. Suecia</i>	TEDH	9 de febrero de 2012
<i>Aksu c. Turquía</i>	TEDH	15 de marzo de 2012
<i>Mouvement Raëlien Suisse c. Suiza</i>	TEDH	13 de julio de 2012
<i>Ahmet Yildirim c. Turquía</i>	TEDH	18 de diciembre de 2012
<i>Ashby Donald y otros c. Francia</i>	TEDH	10 de enero de 2013
<i>Węgrzynowski y Smolczewski c. Polonia</i>	TEDH	16 de julio de 2013
<i>Identoba y otros c. Georgia</i>	TEDH	12 de mayo de 2015

<i>Delfi AS c. Estonia</i>	TEDH	16 de junio de 2015
<i>Perinçek c. Suiza</i>	TEDH	15 de octubre de 2015
<i>Balázs c. Hungría</i>	TEDH	20 de octubre de 2015
<i>Annen c. Alemania</i>	TEDH	26 de noviembre de 2015
<i>Cengiz y otros c. Turquía</i>	TEDH	1 de diciembre de 2015
<i>Boacă y otros c. Rumanía</i>	TEDH	12 de enero de 2016
<i>Kalda c. Estonia</i>	TEDH	19 de enero de 2016
<i>Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete y Index.hu Zrt c. Hungría</i>	TEDH	2 de febrero de 2016
<i>R.B. c. Hungría</i>	TEDH	12 de abril de 2016
<i>Cicad c. Suiza</i>	TEDH	7 de junio de 2016
<i>Jemeljanovs c. Letonia</i>	TEDH	6 de octubre de 2016
<i>Jankovskis c. Lituania</i>	TEDH	17 de enero de 2017
<i>Pihl c. Suecia</i>	TEDH	7 de febrero de 2017
<i>Arnarson c. Islandia</i>	TEDH	13 de junio de 2017
<i>Dmitriyevskiy c. Rusia</i>	TEDH	3 de octubre de 2017
<i>Egill Einarsson c. Islandia</i>	TEDH	7 de noviembre de 2017
<i>Smajić c. Bosnia y Herzegovina</i>	TEDH	16 de enero de 2018
<i>Alpha Doryforiki Tileorasi Anonymi Etairia c. Grecia</i>	TEDH	22 de febrero de 2018
<i>Stern Taulats y Roura Capellera c. España</i>	TEDH	13 de marzo de 2018
<i>Stomakhin c. Rusia</i>	TEDH	9 de mayo de 2018
<i>M.L. y W.W. c. Alemania</i>	TEDH	28 de junio de 2018
<i>Savva Terentyev c. Rusia</i>	TEDH	18 de agosto de 2018
<i>E.S. c. Austria</i>	TEDH	15 de octubre de 2018
<i>Magyar Jeti Zrt c. Hungría</i>	TEDH	4 de diciembre de 2018
<i>Kablis c. Rusia</i>	TEDH	30 de abril de 2019
<i>Beizaras y Levickas c. Lituania</i>	TEDH	14 de enero de 2020
<i>Lilliendahl c. Islandia</i>	TEDH	12 de mayo de 2020
<i>Rodina c. Letonia</i>	TEDH	14 de mayo de 2020
<i>Vladimir Kharitonov c. Rusia</i>	TEDH	23 de junio de 2020
<i>OOO Flavus y otros c. Rusia</i>	TEDH	23 de junio de 2020
<i>Engels c. Rusia</i>	TEDH	23 de junio de 2020
<i>Bulgakov c. Rusia</i>	TEDH	23 de junio de 2020

<i>OOO Regnum c. Rusia</i>	TEDH	8 de septiembre de 2020
<i>L.B. c. Hungría</i>	TEDH	12 de enero de 2021
<i>Acórdão nº 559/99/T. Const. (Processo nº 109/97)</i>	Tribunal Constitucional (Portugal)	19 de octubre de 1999
<i>Dobbins v. State</i> 605 So. 2d 922 (Fla. Dist. Ct. App. 1992)	District Court of Appeal of Florida, Fifth District	24 de septiembre de 1992
<i>State v. Mitchell</i> 485 N.W.2d 807 (Wis. 1992)	Supreme Court of Wisconsin	23 de junio de 1992
<i>United States v. Curtin</i> 489 F.3d 935 (9th Cir. 2007) (en banc)	U.S. Court of Appeals for the 9th Circuit	24 de mayo de 2007
<i>United States v. Kilbride</i> 584 F. 3d 1240 (9th Cir. 2009)	U.S. Court of Appeals for the 9th Circuit	28 de octubre de 2009
<i>United States v. Valle</i> 807 F.3d 508 (2d Cir. 2015)	U.S. Court of Appeals for the 2nd Circuit	3 de diciembre de 2015
<i>Schenck v. United States</i> 249 US 47 (1919)	U.S. Supreme Court	3 de marzo de 1919
<i>Abrams v. United States</i> 250 US 616 (1919)	U.S. Supreme Court	10 de noviembre de 1919
<i>Gitlow v. New York</i> 268 US 652 (1925)	U.S. Supreme Court	8 de junio de 1925
<i>Whitney v. California</i> 274 US 357 (1927)	U.S. Supreme Court	16 de mayo de 1927
<i>Chaplinsky v. New Hampshire</i> 315 U.S. 568 (1942)	U.S. Supreme Court	9 de marzo de 1942
<i>West Virginia State Board of Education v. Barnette</i> 319 US 624 (1943)	U.S. Supreme Court	14 de junio de 1943
<i>Thomas v. Collins</i> 323 U.S. 516 (1945)	U.S. Supreme Court	8 de enero de 1945
<i>Dennis v. United States</i> 341 US 494 (1951)	U.S. Supreme Court	4 de junio de 1951
<i>Beauharnais v. Illinois</i> 343 US 250 (1952)	U.S. Supreme Court	28 de abril de 1952
<i>Yates v. United States</i> 354 U.S. 298 (1957)	U.S. Supreme Court	17 de junio de 1957
<i>Cox v. Louisiana</i> 379 U.S. 536 (1965)	U.S. Supreme Court	18 de enero de 1965
<i>Unites States v. O'Brien</i> 391 US 367 (1968)	U.S. Supreme Court	27 de mayo de 1968
<i>Watts v. United States</i> 394 US 705 (1969)	U.S. Supreme Court	21 de abril de 1969
<i>Brandenburg v. Ohio</i> 395 US 444 (1969)	U.S. Supreme Court	9 de junio de 1969

<i>Hess v. Indiana</i> 414 US 105 (1973)	U.S. Supreme Court	19 de noviembre de 1973
<i>Spence v. Washington</i> 418 US 405 (1974)	U.S. Supreme Court	25 de junio de 1974
<i>Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association</i> 460 US 37 (1983)	U.S. Supreme Court	23 de febrero de 1983
<i>Clark v. Community for Creative Nonviolence</i> 468 US 288 (1984)	U.S. Supreme Court	29 de junio de 1984
<i>Ward v. Rock Against Racism</i> 491 US 781 (1989)	U.S. Supreme Court	22 de junio de 1989
<i>R.A.V. v. St. Paul</i> 505 U.S. 377 (1992)	U.S. Supreme Court	22 de junio de 1992
<i>Wisconsin v. Mitchell</i> 508 U.S. 476 (1993)	U.S. Supreme Court	11 de junio de 1993
<i>Reno v. ACLU</i> 521 U.S. 844 (1997)	U.S. Supreme Court	26 de junio de 1997
<i>Ashcroft v. ACLU</i> 535 U.S. 564 (2002)	U.S. Supreme Court	13 de mayo de 2002
<i>Virginia v. Black</i> 538 US 343 (2003)	U.S. Supreme Court	7 de abril de 2003
<i>Ashcroft v. ACLU</i> 542 US 656 (2004)	U.S. Supreme Court	29 de junio de 2004
<i>United States v. Alvarez</i> 132 S. Ct. 2537 (2012)	U.S. Supreme Court	28 de junio de 2012