

CIBERODIO: UNA PROPUESTA PARA OPTIMIZAR EL MARCO PENAL ESPAÑOL Y GARANTIZAR UNA FUNDAMENTACIÓN DE SU CASTIGO AJUSTADA A DERECHO *

IÑIGO GORDON BENITO **

RESUMEN

El cibercriminodios es un fenómeno criminal complejo y multiforme. Sus formas de manifestarse demandan, como no podría ser de otra manera, diseñar y trazar respuestas jurídico-penales acordes a las amenazas que se proyectan. Ahora bien, catalogar los comentarios mordaces, agresivos, amenazantes o humillantes que inundan el entorno digital empleando para ello un filtro jurídico-penal se antoja muy difícil. De hecho, la gradación del lenguaje más o menos ofensivo es infinita en matices. Así y todo, Internet es un hervidero de información circunstancial (es decir, información muy rica en detalles). La tutela cada vez más adelantada que dispensa el derecho penal parece que invita a hacer uso de todo ese tesoro de información. El rastro que deja cada usuario en la red, sea o no su voluntad, es material valioso a emplear —al menos, en términos potenciales— en su contra. En la actualidad, conjugar todo lo anterior sin caer en el derecho penal de autor o en la sobreexposición penal del discurso (derecho penal anticipativo y preventivo) supone todo un reto. La aproximación entre sistemas legales nacionales, aunque provengan de culturas jurídicas muy diferentes, incluye la cooperación procesal y judicial, pero también —y de forma muy significativa— la del derecho penal sustantivo o la cooperación político-criminal. En este estudio, la mirada a otras realidades o sensibilidades nacionales servirá de valioso contrapunto al marco penal español. Se propondrán correcciones legislativas o interpretaciones legales alternativas para la optimización de la lucha contra el odio *online*.

* La presente contribución ha sido financiada por el Ministerio de Ciencia e Innovación en el marco del Proyecto de Investigación I+D+i "Delitos de odio en España: retos pendientes" (PID2020-115320GB-I00), así como por la Cátedra UNESCO de Derechos Humanos y Poderes Públicos de la Universidad del País Vasco - Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV - EHU).

** Profesor de Derecho Penal e investigador postdoctoral en la Cátedra UNESCO de Derechos Humanos y Poderes Públicos de la Universidad del País Vasco - Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV - EHU).

PALABRAS CLAVE

Ciberodio - Discurso de odio - Delitos de odio - Ciberdelito - Derecho comparado - Derecho penal.

«ABSTRACT»

Cyberhate is a complex and multiform criminal phenomenon. Its forms of manifestation demand, as could not be otherwise, designing and outlining legal-penal responses in line with the projected threats. However, cataloguing the scathing, aggressive, threatening or humiliating comments that flood the digital environment using a legal-criminal filter seems complicated. The gradation of more or less offensive language is infinite in nuances. However, the Internet is a hotbed of circumstantial information (i.e. information rich in detail). The increasingly advanced protection provided by criminal law seems to be an invitation to use this treasure trove of information. Whether or not they are willing, the trace left by each user on the network is a valuable material to be used—at least in potential terms—against them. At present, combining all the above without falling into the criminal author law approach or the overexposure of criminal speech (anticipatory and preventive criminal law) is a challenge. The approximation between national legal systems, even if they come from very different legal cultures, includes procedural and judicial cooperation, but also—and very significantly—that of substantive criminal law or political-criminal cooperation. Looking at other national realities or sensibilities will serve as a valuable counterpoint to the Spanish criminal framework. Legislative corrections or alternative legal interpretations will be proposed to optimise the fight against online hate.

«KEYWORDS»

Cyberhate - Hate speech - Hate crimes - Cybercrime - Comparative law - Criminal law.

§ 1. INTRODUCCIÓN

Con el conflicto palestino-israelí de fondo, la preocupación por el auge de los mensajes de odio en Internet vuelve a tomar cuerpo¹. En España, ante la aparente pasividad de las grandes plataformas digitales en lo referente a la moderación de contenidos², las primeras detenciones no se han hecho esperar³.

¹ Frenkel-Myers, *Antisemitic and anti-Muslim hate speech surges across the Internet*, en "The New York Times", ejemplar del 15/11/23, disponible en www.nytimes.com/2023/11/15/technology/hate-speech-israel-gaza-internet.html (acceso: 21/11/23).

² CCDH, *Israel-Gaza crisis: X fails to remove 98% of posts reported by the CCDH for hate and extremism*, en "Center for Countering Digital Hate (CCDH)", del 14/11/23, disponible en counterhate.com/blog/israel-gaza-crisis-x-fails-to-remove-98-of-posts-reported-by-the-ccdh-for-hate-and-extremism (acceso: 21/11/23).

³ Europa Press, *Detenido en Terrassa (Barcelona) por difundir postulados yihadistas y amenazar al colectivo judío y LGTBI*, en "Europa Press", del 3/11/23, disponible en www.europapress.es/nacional/noticia-detenido-terrassa-barcelona-difundir-postulados-yihadistas-amenazar-colectivo-judio-igtbi-20231103150959.html?utm_campaign=smartclip_social&utm_medium=Social&utm_source=Twitter (acceso: 21/11/23).

Existen procesos o dinámicas de persuasión que aspiran a cambiar actitudes o comportamientos en la audiencia receptora. Se habla, en lenguaje jurídico-penal, de *discurso incitador*, cuyo objeto de referencia puede ser variado (odio, discriminación, hostilidad o violencia). Otros mensajes, sin aspirar a soliviantar a terceros, suponen ya de por sí una afrenta con un contenido despreciativo y humillante singular, como singulares son también los efectos psicológicos, actitudinales o conductuales que generan las palabras en ciertos grupos poblacionales. Se ha dicho, incluso, que unas injurias racistas suponen un "ataque preventivo", es decir, lanzar un golpe que no espera réplica. El mensaje racista no nace con vocación de empezar o continuar una discusión. Más que una mera exposición de ideas, se trata de un enunciado performativo que pone "punto y final" a la discusión⁴.

La complejidad es tal que cabe hablar además de mensajes injuriantes o amenazantes que recrean los eslabones de una cadena. Cada eslabón va creando un entorno hostil y potencialmente apto/idóneo para que, en cualquier momento, alguien decida "pasar a la acción". En otras palabras, el *discurso difamatorio/injurioso* puede llegar a constituir una incitación velada. La siguiente cita del filólogo alemán Klemperer condensa bien esta idea: "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"⁵. Es decir, existen diferentes estadios previos al escenario final de catástrofe humanitaria. El *efecto tóxico* que diría el autor anterior, a quien los nazis le retiraron la cátedra que ostentaba en la Universidad de Dresde (Alemania) por su condición de judío. Estos estadios adelantados, aun pareciendo inocuos, en realidad ayudan a conformar una imagen de enemigo común ante la opinión pública. Las fórmulas, a modo de elementos tendenciales que dotan a la acción de relevancia penal, pueden ser muy variadas: demonizar al colectivo, caricaturizarle o atribuirle males sociales, entre otras. En buena medida, la caracterización delictiva de tales conductas pasa por realizar un ejercicio valorativo previo. El jurista alemán Kern, en un texto que data de comienzos del siglo pasado, hablaba de identificar un "contenido particularmente despreciativo" detrás del sentido que hubiera querido imprimirse al discurso⁶. Dicho de otra forma, ha de buscarse un sustrato de especial desprecio de la condición humana dentro de los discursos dirigidos a demonizar o caricaturizar a alguien por ser quien es o por lo que se cree que representa.

La especificidad del ciberodio (*cyber hate*) u odio *online* (*online hate*), como fenómeno emergente y novedoso, tiende a diluirse dentro de estudios más generales so-

⁴ Sobre este particular, véase Leaker, *Against free speech*, 2020, p. 74; Lawrence III, "If he hollers let him go: regulating racist speech on campus", en AA.VV., *Words that wound. Critical race theory, assaultive speech, and the First Amendment*, 1993, ps. 67 y 68.

⁵ Klemperer, *LTI. La lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*, 2001, p. 31.

⁶ Kern, *Los delitos de expresión*, 1967, ps. 31 a 37.

bre delitos de odio. Al contrario de lo que cabría esperar, no estamos ante una materia que haya sido tratada de forma amplia dentro de las ciencias penales. En el mejor de los casos, constituye un mero apéndice al que apenas se presta atención⁷. Con todo, es un hecho indubitado que el Código Penal español cuenta, a raíz de la Ley Orgánica 1/2015, del 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (LO 1/2015), con un subtipo agravado de discurso de odio punible. Ello supone la primera plasmación explícita del ciberodio en la legislación penal española, poniendo en valor la infraestructura tecnológica como medio comisivo. Por ello, el centro de gravedad del presente estudio se ha situado en torno a este precepto, el art. 510.3 del CP, para el que se realizarán las correspondientes propuestas correctoras *de lege lata* y *de lege ferenda*. No obstante, las diferentes constelaciones de discurso de odio punible (discurso incitador y discurso difamatorio/injuriante) plantean numerosos retos de actualidad⁸, entre los que cabría destacar la correcta determinación de su encaje típico, sea dentro o —como se verá, preferiblemente— fuera del art. 510 del CP.

§ 2. CIBERODIO («CYBER HATE») U ODIO «ONLINE» («ONLINE HATE»)

Como se ha dicho más arriba, el legislador español ha creído conveniente que el art. 510.3 del CP sea un punto neurálgico y absolutamente referencial para hacer frente al discurso odioso en Internet (*hateful digital speech*). Así, las penas previstas para las diferentes manifestaciones de los discursos de odio punibles (arts. 510.1 y 510.2, CP) se situarían 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). Todo lo anterior resulta muy cuestionable a la luz del derecho comparado. Antes bien, conviene ofrecer al lector unas mínimas notas introductorias acerca de la idiosincrasia del fenómeno que nos ocupa (y nos preocupa).

⁷ De hecho, el ciberodio tampoco suele figurar en las estadísticas oficiales. Ello se debe, fundamentalmente, a que se sabe que la gran mayoría de comentarios ofensivos que se vierten en Internet no son incidentes que posteriormente escalen a categorías delictivas. Perry, “Crímenes de odio y libertad de expresión: el enfoque criminológico”, en *La libertad de expresión en tiempos convulsos*, Landa Gorostiza - Garro Carrera (dirs.), 2023, p. 178.

⁸ Para muestra, véase Riquert, “Discursos de odio, inteligencia artificial e intervención penal”, en *Sistema penal e informática. Ciberdelitos. Evidencia digital. TICs*, Riquert (dir.) - Sueiro (coord.), 2023, vol. 6, ps. 111 a 137.

a) *Definición conceptual-operativa*

El ciberodio u odio *online* puede definirse, en un sentido amplio⁹, como el uso de redes (informáticas o de telefonía móvil) y de servicios de comunicaciones electrónicas (correo electrónico o mensajería instantánea) o de servicios de contenido alojado en la red (prensa digital) —es decir, contenido que sea más o menos estático y que no esté, en principio, orientado a satisfacer la interacción comunicativa— para expresar manifestaciones declarativas del pensamiento humano que sean prejuiciosas hacia una identidad colectiva legalmente recogida como tal, sea por motivos de raza, etnia, religión u otro similar¹⁰.

Ahora bien, no resulta sencillo colegir qué conductas delictivas de carácter expresivo o con alguna modalidad de comisión expresiva (delitos de odio *con palabras*) tendrían encaje dentro de la definición anterior. Como poco, podría llegar a convenirse que destacan el delito de injurias realizadas con publicidad o el delito de amenazas a los que se anude la agravante genérica por motivos discriminatorios (art. 22.4, CP), el delito de amenazas dirigidas a atemorizar a un colectivo (art. 170.1, CP), el delito de trato degradante (art. 173.1, CP), el delito de descubrimiento y revelación de secretos con afectación de datos personales especialmente sensibles (art. 197.5, CP) y el delito de discurso incitador o difamatorio/injurante (arts. 510.1.a-b y 510.2.a, CP). En lo sucesivo, por su interés e importancia a la hora de filtrar constelaciones de casos de odio *online*, nos conformaremos con atender el primero (art. 22.4, CP)¹¹ y el úl-

⁹ Sobre las distintas referencias realizadas a esta definición amplia de ciberodio, véase Hawdon - Oksanen - Räsänen, "Victims of online hate groups", en *The causes and consequences of group violence: from bullies to terrorists*, Hawdon - Ryan - Lucht (eds.), 2014, p. 166; Costello - Hawdon - Ratliff - Grantham, *Who views online extremism? Individual attributes leading to exposure*, en "Computers in Human Behavior", vol. 63, 2016, p. 312; Hawdon - Oksanen - Räsänen, *Exposure to online hate in four nations: a cross-national consideration*, en "Deviant Behavior", vol. 38(3), 2016, p. 255; Costello - Hawdon - Ratliff, *Confronting online extremism: the effect of self-help, collective efficacy, and guardianship on being a target for hate speech*, en "Social Science Computer Review", vol. 35(5), 2017, p. 588; Hawdon - Bernatzky - Costello, *Cyber-routines, political attitudes, and exposure to violence-advocating online extremism*, en "Social Forces", vol. 98(1), 2018, p. 330; Costello - Hawdon, "Hate speech in online spaces", en *The Palgrave handbook of international cybercrime and cyberdeviance*, Holt - Bossler (eds.), 2020, p. 1398.

¹⁰ Para conocer una serie de criterios que se vienen manejando a la hora de determinar si deben o no añadirse otras características protegidas alejadas de la preocupación antixenofoba que latía detrás de las primeras legislaciones penales antidiodo, véase OSCE - ODIHR, *Hate crime laws. A practical guide*, 2009, disponible en www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf (acceso: 21/11/23); Law Commission, *Hate crime laws: final report (Law Com n° 402)*, 2021, disponible en [s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7qluploads/2021/12/Hate-crime-report-accessible.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/2021/12/Hate-crime-report-accessible.pdf) (acceso: 21/11/23); Walters, *Criminalising hate. Law as social justice liberalism*, 2022, ps. 110 a 113.

¹¹ Según reza el art. 22.4 del CP, en su redacción vigente, constituye circunstancia agravante "... cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación re-

timo de los cauces penales apuntados (art. 510, CP), especialmente en su vertiente de discurso difamatorio/injuriante (art. 510.2.a, CP)¹², y no tanto en la de discurso incitador (art. 510.1.a-b, CP)¹³. No obstante, se debe tener siempre presente que el ciberodio es un fenómeno lo suficientemente complejo en sus formas de manifestarse como para requerir de respuestas jurídico-penales muy variadas¹⁴.

ferente 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". La concurrencia de una tal circunstancia agravante determina la imposición de la pena fijada para el delito en su mitad superior (art. 66.1.3ª, CP).

¹² Según recoge el art. 510.2.a del CP, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses "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, antigitanos 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, aporofobia, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos".

¹³ Según recoge el art. 510.1.a del CP, serán castigados con la 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 aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos 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, aporofobia, enfermedad o discapacidad". Asimismo, atendiendo ya al art. 510.1.b del CP, iguales penas merecerán "quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos 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, aporofobia, enfermedad o discapacidad".

¹⁴ Para el resto de preceptos referidos (arts. 170.1, 173.1 y 197.5, CP), que forman parte o conservan trazos que conectan con el derecho penal antidiscriminatorio, véase Gordon Benito, *Delitos de odio y ciberodio. Una revisión acerca de las posibilidades de filtrado penal del discurso a través de los arts. 22.4 y 510.3 del CP*, 2023, ps. 157 a 168.

b) Victimización por (ciber)odio: claves de entendimiento

En cuanto a la victimización por odio, las claves de entendimiento giran en torno a lo colectivo (identidad grupal), y no en torno al individuo aisladamente considerado, si bien este puede constituir la víctima inmediata —si se nos permite, el chivo expiatorio— 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/expresiones de odio.

El odio *online* tiene el potencial de producir cambios emocionales (ansiedad o miedo), actitudinales (radicalización) o comportamentales (evitar frecuentar ciertas zonas a determinadas horas de la madrugada donde se sabe que uno no es bienvenido). Estos efectos serán más o menos inmediatos en la víctima y, sea directa o indirectamente, migrarán hacia lo colectivo (es decir, afectarán a cada miembro del grupo de pertenencia de la víctima). Un tuit racista no solo interpela al individuo destinatario del mensaje, sino que otros muchos internautas también pueden llegar a leer y sufrir en la distancia esas mismas palabras. Podría hablarse de una escalada intersubjetiva y silenciosa del mensaje. Se teje una especie de red invisible que, además de inquietar y generar inseguridad a todo un colectivo, puede tener la capacidad de retraer a sus miembros hasta el punto de no ejercer estos sus derechos y libertades como ciudadanos libres e iguales con un mismo estatus cívico.

Según Duff, hay razones para defender que la justificación del castigo penal del discurso difamatorio/injuriante radicaría más allá de los daños psicológicos puntuales (u otro tipo de consecuencias negativas sufridas por las víctimas, como puedan ser la permanente sensación de injusticia o la grave desconsideración o irrespetuosidad hacia ellas). La justificación de su castigo reside más bien en que, en un contexto determinado, los colectivos a los que se dirige dicho discurso puedan encontrarlo “amenazante para su integridad física” (*physically threatening*) o, cuando menos, “amenazante para un sentido de pertenencia segura a la comunidad” (*threatening to a secure sense of their membership of the polity*). Así pues, como mínimo, el discurso difamatorio/injuriante podría ser punible en la medida en que equivalga a “la negación flagrante y despectiva de la condición de sus víctimas como miembros de la comunidad” (*blatant and derogatory denial of their victims' status as members of the polity*)¹⁵.

En última instancia, este tipo de discursos tratan de socavar las bases de la coexistencia armoniosa en una sociedad democrática. Por ello, no es suficiente con la simple exigencia de tolerancia, sino que la intolerancia se combate con iguales o mayores dosis de repulsión moral y aversión para exponer públicamente lo desviado de la conducta de quien demoniza a todo un colectivo. Si bien destila cierto carácter simbólico, la sanción sería el idioma que tiende a emplear el derecho penal para hacer

¹⁵ Duff, *Answering for crime. Responsibility and liability in the criminal law*, 2007, p. 134.

llegare el mensaje. Ello en sí mismo no cambia la mentalidad de la población, pero existe el firme convencimiento de que se promueve un cambio cultural a largo plazo, de tal forma que se acaben aceptando formas de vida diversas.

De hecho, a futuro, el estudio de los delitos de odio pasa por la especialización y la inevitable compartimentación de víctimas. Se aspira a un estudio más sensible que diferencie entre categorías marco genéricas previstas por ley (por ejemplo, raza, etnia, religión, etcétera) e incluso dentro de un mismo colectivo de referencia (por ejemplo, gay/lesbiana, transexual, etcétera, dentro del colectivo sexual), procurando atender debidamente a sus respectivas realidades y cubrir sus demandas como víctimas. Un ejemplo bastará: el homosexual puede ser visto, en el imaginario social, como una persona desviada, quizás hasta reconducible. Sea o no el caso, se le ve como persona. En cambio, el transexual puede ser juzgado como "error de la naturaleza", es decir, un *no-persona*; una persona biológicamente hombre que se sienta atrapada en el cuerpo de una mujer, o viceversa, no son discordancias propiamente humanas. En cambio, la homosexualidad suele ser vista, especialmente durante la adolescencia, como una etapa pasajera y de la cual uno puede salir. Incluso, puede infantilizarse esa preferencia afectivo-sexual. Como vemos, la experiencia deshumanizadora de la persona homosexual y la de la persona transexual es muy diferente. En nuestra opinión, el derecho internacional de los derechos humanos va a empezar a sectorizar el campo de los delitos de odio, de tal forma que podamos ver la realidad desde las distintas realidades que existen. Tantas realidades como víctimas. No es lo mismo abordar la categoría de los delitos de odio como un todo, como se ha acostumbrado a hacer, que tratar problemáticas particulares y "manchar" el enfoque jurídico-penal en función de esas realidades. La perspectiva de partida es muy diferente.

c) Criminalidad «online» y acción violenta «offline» (o viceversa)

Hoy día resulta fácil convenir en que Internet, como foro de participación de masas, condiciona el comportamiento humano. De hecho, como se ha visto, el espacio cibernético influye tanto individual como colectivamente en las relaciones humanas, en los hábitos de consumo o a nivel emocional. En cambio, la afirmación inicial resulta mucho más cuestionable si añadimos dos precisiones: los *mensajes de odio* en Internet condicionan el comportamiento *delictivo* humano. En efecto, la infiltración del mensaje dentro del tejido social es impredecible, así como sus consecuencias más inmediatas o aquellas que se puedan producir a medio-largo plazo.

Igualmente, la criminalidad *online* puede reforzar la criminalidad *offline* (o viceversa). Ahora bien, no es posible afirmar, de forma taxativa y sin mayor precisión, que el odio *online* y la acción violenta *offline* mantienen una relación causal. Lo que podría llegar a sostenerse es que existe cierta correspondencia entre ambas realidades, lo cual no parece casual. De hecho, es interesante mencionar que la relación *online-offline* resulta más intensa cuanto más nos acerquemos a escenarios límite de catás-

trofes humanitarias (ambiente prebélico o pregenocida) o a escenarios que lleven consigo una tensión social o emocional muy extrema para la ciudadanía (atentados terroristas). Cuanto más nos alejemos de tales escenarios, más inestable se vuelve la correlación *online-offline*.

Sin embargo, en el caso concreto de los atentados terroristas, el papel que desempeñan las nuevas tecnologías no solo es importante, sino también decisivo para el cambio de actitud de la ciudadanía hacia determinadas minorías¹⁶. Los mensajes de odio en Internet empujan a otros a actuar. Tanto es así que un aumento exponencial de tales mensajes en espacios virtuales tiende a asociarse con picos de violencia en el mundo real¹⁷. Por lo tanto, las nuevas tecnologías operan como sistemas de alerta temprana (*early warning systems*) respecto a posibles actos de odio *offline*¹⁸.

Incluso, los estudios más recientes apuntan a que el odio *online* no es ya causa, sino consecuencia de ciertos eventos desencadenantes *offline* (*trigger events*). Por continuar con el ejemplo anterior, al atentado terrorista le seguirá una agravación de las tensiones intergrupales *online*. Ello, a su vez, da "barra libre" para que actos iguales o semejantes fuera de Internet sigan teniendo lugar¹⁹. Las fronteras que dividen uno y otro mundo son cada vez más tenues. Los mundos *online-offline* no solo se complementan, sino que se refuerzan mutuamente en una especie de espiral del odio. Las fronteras son cada vez más tenues, por lo que esta realidad incontrovertible no puede serle ajena al derecho penal.

§ 3. REFLEXIONES COMPARADAS

a) *Repensar la necesidad, conveniencia y/o utilidad que tendría mantener un subtipo agravado como el art. 510.3 del CP. Referencia comparada: Portugal*

Actualmente, pareciera como si hubiera emergido una corriente favorable a la incorporación de delitos de ciberodio hechos a medida (*tailor-made cyberhate offences*)²⁰, sea porque la legislación penal antiodio no fue diseñada en su día con el auge

¹⁶ Hanes - Machin, *Hate crime in the wake of terror attacks: evidence from 7/7 and 9/11*, en "Journal of Contemporary Criminal Justice", vol. 30(3), 2014, ps. 247 a 267.

¹⁷ Miller-Idriss, *Hate in the homeland. The new global far right*, 2022, p. 147.

¹⁸ Williams - Burnap, *Cyberhate on social media in the aftermath of Woolwich: a case study in computational criminology and big data*, en "British Journal of Criminology", vol. 56(2), 2016, ps. 211 a 238.

¹⁹ Wiedlitzka - Prati - Brown - Smith - Walters, *Hate in word and deed: the temporal association between online and offline islamophobia*, en "Journal of Quantitative Criminology", vol. 39, 2023, ps. 75 a 96.

²⁰ A modo de ejemplo, véase Bakalis, *Rethinking cyberhate laws*, en "Information & Communications Technology Law", vol. 27(1), 2018, ps. 86 a 110.

de las nuevas tecnologías en mente, sea porque los daños asociados al odio *online* conservan señas de identidad propias. Pero ¿los nuevos canales de expresión *online* crean un riesgo tal que justifique disponer de preceptos penales *ad hoc* para un castigo mayor de la acción expresiva (precisamente por el canal empleado)? A este respecto, por la claridad del mensaje, especial atención merece la Declaración Conjunta sobre Independencia y Diversidad de los Medios de Comunicación en la Era Digital (2018)²¹: “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 afirma 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). Por tanto, es evidente que la incorporación de una disposición penal *ad hoc* para el delito de discurso de odio *online*, que además sea más gravosa que la prevista para su equivalente *offline*, difícilmente estaría justificada.

Esto es de lo que actualmente disponemos con el art. 510.3 del CP. La publicidad cualificada o especial del art. 510.3 del CP, se ha dicho, genera una mayor peligrosidad de la conducta para el bien jurídico protegido. No obstante, lo cierto es que la publicidad ya formaba parte del rimero de conductas punibles del art. 510 del CP. En algunas constaba expresamente dicho requisito²², mientras que en otras podía llegar a inferirse²³. Más allá de las críticas puntuales por conculcarse el principio *non bis in idem*, el subtipo agravado del art. 510.3 del CP no ha recibido un estudio acorde al “salto al vacío” que habría dado el legislador español. Según parece, la modernización estéti-

²¹ UN - OSCE - OAS - ACHPR, *Joint declaration on media independence and diversity in the digital age*, 2018, disponible en www.osce.org/files/fdocuments/1e1379351.pdf (acceso: 21/11/23).

²² Por ejemplo, en lo referente al discurso incitador del art. 510.1.a del CP, se castiga a quienes “públicamente” fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos 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, apofobia, enfermedad o discapacidad.

²³ En una etapa más temprana del *iter criminis* en relación con el discurso incitador, manteniendo además el mismo listado de colectivos protegidos, el art. 510.1.b del CP castiga 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 contra un grupo, contra una parte de este o contra una persona determinada en razón de su pertenencia a aquel. Ante la tesis de un posible olvido del legislador en lo concerniente al carácter público de la conducta, lo cierto es que bien pudiera ser que la *distribución* o la *difusión* a la que se alude implicara ya tal rasgo.

ca de nuestro Código Penal para ajustarlo a la criminalidad del siglo XXI se despreocupa del castigo que impone y del efecto desaliento que genera. En concreto, la incidencia del art. 510.3 del CP (ciberodio) en la pena a imponer es considerable, afectando “en exceso” al principio de proporcionalidad penal. Esto fue puesto de relieve por la Fiscalía General del Estado en la *Memoria elevada al Gobierno* en 2018²⁴. Según se dice, el art. 510.3 del CP impone un régimen punitivo demasiado severo ante conductas que no tienen una entidad tal²⁵. Además, este precepto es de apreciación obligatoria si objetivamente se dan los presupuestos típicos, lo que *a priori* no resulta difícil que suceda. Es más, se estaría conjugando la naturaleza de por sí excepcional de cualquier agravación con la cotidianeidad del uso de Internet. La consecuencia de actuar irreflexivamente en este ámbito se traduce en penas de prisión desorbitadas, bastante comunes y que, a menudo, se contienen en sentencias dictadas por conformidad. Respecto a esto último, cabe matizar que 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”²⁶ (por ejemplo, los comentarios más o menos ofensivos en redes sociales). 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.

Todo este desatino —a nivel legislativo y de *praxis* judicial— podía haberse evitado. Por ejemplo, el Código Penal portugués (1995) optó por una lógica completamente distinta a la española, ya que modificó la redacción de su precepto en 2017 con el fin de hacer indistinguible la comisión *online/offline* del delito. Así pues, dado que el art. 510.3 del CP constituye un subtipo agravado y destaca los medios tecnológicos específicos que deben emplearse, no puede estar más alejado del art. 240.2.b del CP

²⁴ Fiscalía General del Estado, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscal General del Estado Excm. Sra. Doña María José Segarra Crespo*, 2018, ps. 970 y 971, disponible en www.fiscal.es/documents/20142/133838/MEMORIA+-+2018.pdf/1b10006-1758-734a-e3e5-2844bd9e5858?t=1536823985957 (acceso: 21/11/23).

²⁵ Siguiendo con los ejemplos anteriores, el art. 510.3 del CP (ciberodio), en relación con el art. 510.1 del CP (discurso incitador), fijará forzosamente una pena mínima de dos años, seis meses y un día de prisión (tramo superior de la pena de referencia), lo que comporta en todo caso el ingreso en prisión. En otras palabras, una simple publicación *online* de un ciudadano corriente que se deja llevar por sus impulsos más primarios puede suponerle, en la práctica, la imposibilidad de eludir su ingreso en prisión. Siendo así, se nos plantean las siguientes cuestiones: ¿no se genera acaso un efecto desaliento mayor a ese usuario medio ante la posibilidad de que se castigue con mayor dureza el exceso verbal *online* (respecto al *offline*)? ¿Es razonable que existan tales estándares punitivos en función del foro de expresión escogido (*online* u *offline*) para expresar lo que uno piensa?

²⁶ Varona Gómez, *La cara oculta de la justicia penal: la conformidad del acusado. A propósito de la STS 15-4-2021*, en “InDret. Revista para el Análisis del Derecho”, nº 3, 2021, p. IX.

portugués²⁷, que ni contempla agravación alguna por el canal empleado ni discrimina entre lo *online* y lo *offline*. La Fiscalía General del Estado, con carácter previo a la reforma operada por LO 1/2015, ya tuvo ocasión de recomendar explorar la vía portuguesa para el caso español. De hecho, recomendó que la “nueva redacción” que se diera a las conductas del art. 510 del CP fuera “lo más amplia posible” en cuanto a los medios comisivos concretos previstos para cometer el delito de discurso de odio punible. A este fin, propuso introducir una fórmula simple (“cualquiera que sea el medio o procedimiento”) o un 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”)²⁸. Por aquel entonces, la fórmula portuguesa incorporaba los *medios de comunicación social* como un elemento más dentro del tipo objetivo de la conducta sancionada, sin ningún estatus diferenciado. Es más, ni tan siquiera se alude directamente a Internet, puesto que con medios de comunicación social ya se infería que el precepto portugués se refería, en verdad, a cualquier medio de distribución de información a un elevado número de personas, como sería el caso del propio Internet. Tras el cambio introducido a través del art. 2º de la ley 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, CP portugués). Resulta cuando menos curioso observar cómo la redacción del art. 240 del CP portugués se ha inclinado por la generalización del medio empleado, con una formulación sintética, mientras que el Código Penal español ha optado por todo lo contrario. Incluso, en el art. 510.3 del CP se superponen términos (“Internet”, “tecnologías de la comunicación” y “medios de comunicación social”) que, en última instancia, apuntan en la misma dirección²⁹. Se trata, como poco, de una técnica de redacción confusa.

²⁷ Art. 240.2.b del CP portugués: “Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cinco años el que públicamente, por cualquier medio destinado a su difusión, en particular mediante apología, negación o banalización grave de los crímenes de genocidio, guerra o contra la paz y la humanidad (...) b) difame o injurie a una persona o grupo de personas por razón de su raza, color, origen étnico o nacional, ascendencia, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género o discapacidad física o psíquica” (traducción propia y resaltado añadido).

²⁸ Fiscalía General del Estado, *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*, 2012, vol. I, p. 1261.

²⁹ Nótese que, si las tecnologías de la información abarcan en realidad Internet (entendida como red de redes), los diferentes dispositivos o terminales (por ejemplo, ordenador personal, navegador de Internet, sistema operativo, etcétera) y los servicios que facilitan las redes (por ejemplo, correo electrónico, motores de búsqueda, banca *online*, etcétera), entonces parece razonable sostener que el legislador está hablando de lo mismo cuando se refiere a “Internet”, “tecnologías de la

b) Propuesta «de lege lata» para el art. 510.3 del CP.

Referencia comparada: Austria

La propuesta *de lege lata* diseñada para el art. 510.3 del CP pasa por compatibilizar la lógica del modelo austríaco (§ 283, *öStGB*³⁰) con la regla de la quiebra de confianza.

1 — «Verhetzung» (§ 283, *öStGB*): delito de provocación
o incitación al odio

En el modelo austríaco, el delito básico se refiere a que lo expresado³¹ “públicamente” se haga accesible a “numerosas personas” (§ 283.1, *öStGB*), lo que conecta a su vez con un tipo de publicidad básica o mínima. En cambio, el tipo agravado se refiere a la posibilidad de que la conducta en cuestión, sea a través de “un documento impreso, una emisión, o de cualquier otra forma”, resulte accesible a un “amplio sector del público” (§ 283.2, *öStGB*). Esto se ha asociado con una publicidad cualificada o máxima, que quedaría castigada con penas de hasta tres años de prisión.

Por lo que se refiere a la publicidad básica, la condición *pública* de la conducta (§ 283.1, *öStGB: öffentlich*) conectaría con unas diez personas—a título orientativo—que estén en condiciones de acceder al material de forma más o menos directa o inmediata (idoneidad abstracta o consideración *ex ante*). En cambio, la mención de que

comunicación” y “medios de comunicación social” en el art. 510.3 del CP. En otras palabras, los diferentes cauces comisivos que activan la publicidad cualificada propia del art. 510.3 del CP se superponen unos con otros. Valls Prieto, “Cap. 30. Delitos contra la Constitución”, en *Estudios sobre el Código penal reformado (leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Morillas Cueva (dir.), 2015, p. 870.

³⁰ En los sucesivos, se empleará la abreviatura *öStGB* (*österreichischen Strafgesetzbuch*) para hacer referencia al Código Penal austríaco.

³¹ Entre las conductas punibles, las cuales se castigan con penas de hasta dos años de prisión, encontramos las consistentes en: I) incitar a la violencia o al odio contra una iglesia o comunidad religiosa o cualquier otro grupo de personas definido por criterios existentes (pertenencia) o ausentes (falta de pertenencia) relativos a la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad, ascendencia u origen étnico o nacional, sexo, discapacidad física o mental, edad u orientación sexual, o contra un miembro de dicho grupo expresamente por razón de su pertenencia al mismo (§ 283(1)(1), *öStGB*); II) injuriar a uno de los grupos ya referidos o a una persona por su pertenencia a dicho grupo, de forma que se vulnere la dignidad humana de la persona y de un modo que resulte adecuado para desacreditar o degradar a dicho grupo frente a la opinión pública (§ 283(1)(2), *öStGB*), y III) aprobar, negar, trivializar gravemente o justificar delitos específicos (por ejemplo, el genocidio y los crímenes de guerra y contra la humanidad) que hayan sido declarados como tales con fuerza vinculante por un tribunal doméstico o internacional, cuando el acto se dirija contra uno de los grupos ya referidos o contra un miembro de dicho grupo expresamente en razón de su pertenencia a este, y sea cometido de manera que resulte idónea para incitar a la violencia o al odio contra dicho grupo o contra un miembro de dicho grupo (§ 283(1)(3), *öStGB*).

lo expresado sea accesible a *numerosas personas* (§ 283.1, *öStGB*; *vielen Menschen*) situaría en una treinta el número de personas requeridas (idoneidad concreta o consideración *ex post*). Solo así se desprende un peligro real/concreto de que el contenido hecho público (*publicidad* entendida como la mínima exigible con relevancia penal) pueda alcanzar a un número suficiente de destinatarios. Esa peligrosidad concreta (*konkrete Gefährdung*) deberá quedar acreditada mediante constataciones fundadas (*begründete Feststellungen*)³². En lo que respecta a la publicidad cualificada, la referencia numérica sería de aproximadamente cincuenta personas³³. En cualquier caso, lo que se castiga no es el acceso masivo y fáctico a ese material, sino el peligro concreto y real de alcanzarlo si el autor lo ha buscado de forma intencional³⁴.

En suma, los baremos numéricos actúan como puntos de retorno referenciales que ayudan a objetivar la aparente discrecionalidad detrás de las decisiones judiciales. Por ejemplo, en el caso español, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 299/19, del 21 de mayo, confirma el castigo para unas expresiones que superan

³² Ampliamente, véase Hinterhofer - Rosbaud, *Strafrecht. Besonderer Teil II* (§§ 169 - 321 StGB) (6. Auflage), 2016, p. 371; Beyrer - Birklbauer - Sadoghi, *Strafgesetzbuch Praxiskommentar* (29. Auflage), 2017, p. 443; Fabrizy, *Strafgesetzbuch (StGB) samt ausgewählten Nebengesetzen. Kurzkomentar* (13. Auflage), 2018, p. 868; Schwaighofer, "Verhetzung (§ 283 StGB)", en AA.VV., *StGB - Strafgesetzbuch: Praxiskommentar*, 2018, ps. 1469 y 1470; Sautner, "Delitos de odio en el derecho penal austriaco: consideraciones de lege lata y de lege ferenda", en *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Landa Gorostiza - Garro Carrera (dirs.), 2018, p. 105; Salzmann, *Das österreichische Strafrecht. Vierter Teil. Verordnungen und Erlässe zum materiellen und formellen Strafrecht*, 2020, ap. 304.1; Plöchl, "Verhetzung (§ 283 StGB)", en Höpfel - Ratz, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (2. Auflage). *Kommentar in Faszikeln* (§§ 279-287 Plöchl), 2020, Rz 14-16; Bertel - Schwaighofer, *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II* (§§ 169 bis 321k StGB) (14. Auflage), 2020, p. 191; Galla, *Hass im Netz. HiNBGIKoPl-G. Handbuch für die Praxis*, 2021, ps. 88 y 89.

³³ Ampliamente, véase Hinterhofer - Rosbaud, *Strafrecht. Besonderer Teil II* (§§ 169 - 321 StGB) (6. Auflage), 2016, p. 373; Beyrer - Birklbauer - Sadoghi, *Strafgesetzbuch Praxiskommentar* (29. Auflage), 2017, ps. 443 y 444; Fabrizy, *Strafgesetzbuch (StGB) samt ausgewählten Nebengesetzen. Kurzkomentar* (13. Auflage), 2018, ps. 868 y 869; Schwaighofer, "Verhetzung (§ 283 StGB)", en AA.VV., *StGB - Strafgesetzbuch: Praxiskommentar*, 2018, p. 1470; Sautner, "Delitos de odio en el derecho penal austriaco: consideraciones de lege lata y de lege ferenda", en *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Landa Gorostiza - Garro Carrera (dirs.), 2018, p. 107; Salzmann, *Das österreichische Strafrecht. Vierter Teil. Verordnungen und Erlässe zum materiellen und formellen Strafrecht*, 2020, ap. 304.1; Plöchl, "Verhetzung (§ 283 StGB)", en Höpfel - Ratz, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (2. Auflage). *Kommentar in Faszikeln* (§§ 279-287 Plöchl), 2020, Rz 30; Bertel - Schwaighofer, *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II* (§§ 169 bis 321k StGB) (14. Auflage), 2020, p. 192; Galla, *Hass im Netz. HiNBGIKoPl-G. Handbuch für die Praxis*, 2021, p. 93.

³⁴ Sobre cómo la intención del autor debe abarcar la publicidad cualificada/máxima, véase Schwaighofer, "Verhetzung (§ 283 StGB)", en AA.VV., *StGB - Strafgesetzbuch: Praxiskommentar*, 2018, p. 1471.

el umbral típico del art. 510.2.a del CP (discurso difamatorio/injuriante), entre otras razones, 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). A su vez, el Tribunal Supremo ha determinado que la agravación prevista en el art. 510.3 del CP "no exige una cuantificación pericial del impacto en la red que los mensajes pudieron haber tenido", sino que bastará para su apreciación con que sea deducible el alcance de los mensajes a través de los diferentes elementos de juicio que vayan corroborándose dentro de la causa judicial abierta (sentencia del Tribunal Supremo 488/22, del 19 de mayo, FJ 3.3). Pues bien, ante la incertidumbre que se nos plantea, los baremos numéricos recién apuntados ayudarán a garantizar una mayor uniformidad de criterio para jueces y tribunales, lo que ha de redundar en beneficio de la seguridad jurídica.

2 — Regla de la quiebra de confianza

Con respecto a la regla de la quiebra de confianza³⁵, el punto de partida será la confianza intersubjetiva que debe prevalecer en las relaciones entre el emisor y los potenciales destinatarios del mensaje. De esta forma, una comunicación será privada (es decir, no será pública) en la medida en que exista cierto grado de certeza sobre las identidades de todos los potencialmente involucrados (por ejemplo, amigos, familiares o compañeros/as de un mismo centro de trabajo) y la relación —más o menos estrecha— que una al emisor del mensaje con estos. Si un individuo no es plenamente conocido por el emisor, entonces quiebra la regla de la confianza mutua, ya que su comportamiento se vuelve *impredecible* (publicidad básica/mínima). En cuanto a la publicidad cualificada/máxima, la propagación del mensaje no solo es impredecible, sino también *incontrolada*. En términos generales, si se quiere, la falta de confianza implica la imposibilidad de prever la capacidad de infiltración del mensaje más allá del destinatario/s inmediato/s. De cara a ordenar el espacio —público, semipúblico o privado— en el que se vierten los mensajes incendiarios, se apuesta por una diferencia más bien cualitativa (capacidad de incidencia/infiltración del mensaje), y no tanto cuantitativa (número de potenciales receptores del mensaje). Lo anterior no prejuzga el hecho de que, si el número de receptores en potencia del mensaje es lo suficientemente elevado, podría incluso presumirse la caracterización pública de la conducta. Esta última idea conecta con la propuesta *de lege lata* que se verá a continuación, posibilitando la compatibilidad entre la lógica austríaca y la regla de la quiebra de confianza.

³⁵ Al margen de lo que se desarrollará en las líneas que siguen, véase ampliamente Goyena Huerta, *Algunas cuestiones penales sobre el discurso del odio*, en "Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal", n° 49, 2018, ps. 80 a 88.

3 — Propuesta «de lege lata» y «de lege ferenda»
para el art. 510.3 del CP

Al igual que en el marco comparado austríaco, se propone la creación de unos topes numéricos (30 y 150 potenciales destinatarios) que, de superarse, y salvo que se demuestre lo contrario a la luz de las circunstancias que rodean el caso, podrá presumirse la publicidad mínima o cualificada, respectivamente. Estos criterios serán flexibles, en la medida en que siempre será posible demostrar que, aun superándose las barreras numéricas fijadas, el contexto que rodea los hechos no dejaba dudas acerca de la ausencia de una pretendida propagación impredecible/incontrolada del mensaje. De esta forma, se deja la puerta abierta a un análisis más fino y rico en detalles que pueda destruir la presunción acerca del carácter público de la conducta de la que partimos. Ahora bien, mientras que los medios exactos empleados para cometer el delito no serán relevantes para la publicidad básica (por ejemplo, colocar un gran número de carteles en lugares públicos y muy concurridos, o hacer un llamamiento a eventos masivos a través de camiones con grandes altavoces), deberán seguir siendo aquellos previstos en el art. 510.3 del CP para la publicidad cualificada (por ejemplo, Internet). En este punto, nuestra propuesta sería la de adicionar la regla de la quiebra de confianza al análisis sobre el carácter público de la conducta propia del delito básico—es decir, no agravado—del art. 510 del CP (publicidad mínima). De esta forma, cuando el emisor del mensaje pierda o no cuente con la plena confianza de alguno de sus posibles interlocutores, la publicidad mínima implicará la probabilidad realista de la propagación *impredecible* del mensaje, lo que supondrá que la publicidad básica torne típica desde ese momento. En cuanto a la publicidad cualificada del art. 510.3 del CP, en ella no operará la regla de la quiebra de confianza, bastando con que se supere la barrera numérica antes referida. Una vez superada, utilizando además los medios comisivos concretos que prevé el subtipo agravado—es decir, Internet, tecnologías de la comunicación o medios de comunicación social—, todavía será necesario que el emisor haya buscado de forma intencional esa propagación *incontrolada* del mensaje.

Por último, debe insistirse en que el problema no radica en que coexistan dos publicidades superpuestas, una en el tipo básico del art. 510 del CP y otra en el subtipo agravado del art. 510.3 del CP. Esto es perfectamente posible, dado que una conducta expresiva con un componente despreciativo-injuriante puede conllevar un plus lesivo mayor a través de una publicidad que no sea la constitutiva del tipo básico. En otras palabras, la publicidad mínima puede cualificar la conducta, es decir, que esta torne típica, mientras que otra publicidad añadida podrá cuantificar esa misma publicidad en función de la afectación al bien jurídico. En cualquier caso, lo ideal sería que la publicidad cualificada que ahora constituye un elemento accidental (art. 510.3, CP) fuera en realidad la publicidad mínima exigible en el tipo básico. Por lo tanto, la propuesta *de lege ferenda* no puede ser otra que la de suprimir el actual art. 510.3 del CP. En realidad, ambas propuestas—la *de lege lata* y la *de lege ferenda*—buscan que

el art. 510 del CP sea visto en su conjunto como lo que debería ser, un instrumento de tutela penal marcadamente excepcional.

**c) Respuestas agravadas para comentarios ofensivos «online»
a través de la técnica agravatoria de delitos comunes.**

Referencia comparada: Reino Unido

En España, el art. 510 del CP capta prácticamente la totalidad de los discursos de odio punibles en la red (si bien, afortunadamente, con escaso éxito judicial). Aunque en el apartado anterior nos hayamos referido a una propuesta de *lege lata* en torno a este precepto que sirva, en parte, para corregir esta situación, las soluciones también pueden venir de la puesta en valor de una herramienta jurídico-penal ignorada u olvidada en lo que respecta a los delitos de nuda expresión (o delitos con alguna modalidad de comisión expresiva). Se trataría de la técnica agravatoria de delitos comunes (en el caso español, contenida en el art. 22.4 del CP), cuyo ámbito de aplicación abarca las injurias/calumnias, las amenazas o, incluso, el trato inhumano o degradante.

Las diferencias respecto a las consecuencias jurídicas a las que uno se expone dependiendo de la canalización jurídica del caso que interese a la acusación no son menores³⁶. No obstante, al igual que sucede con el delito de discurso de odio (art. 510, CP), la agravante genérica del art. 22.4 del CP supone una alternativa legal que capta perfectamente la infiltración social e impredecible del mensaje (impacto supraindividual). A este respecto, Asúa Batarrita ha afirmado que se proyecta un efecto amenazante “muysimilar” desde ambos flancos de acción penal (arts. 22.4 y 510, CP). Aun más, ambos preceptos parten de un mismo suelo teórico para explicar el fundamento de su castigo³⁷. En concreto, el art. 510.2.a del CP, como instrumento de tutela adelantada que debería ser, sanciona la gestación de una imagen de “enemigo común” de todo un colectivo. Inocular esa imagen en el imaginario social va a permitir que actos aparentemente inocuos en otro contexto adquieran la peligrosidad objetiva

³⁶ A modo ilustrativo, véanse las siguientes opciones: *Opción 1*. Discurso de difamación/injurias colectiva, vía lesiones a la dignidad de las personas a través de acciones que entrañen “humillación, menosprecio o descrédito” (art. 510.2.a, CP), incluida la agravación prevista en el art. 510.3 del CP (pena de prisión de un año, tres meses y un día a dos años, además de pena de multa de nueve meses y un día a un año); *Opción 2*. Delito de injurias realizadas con publicidad (arts. 208 y 209, CP), incluida la agravación prevista en el art. 22.4 del CP (pena de multa de diez meses y un día a un año y dos meses).

³⁷ Véase Asúa Batarrita, “Ni impunidad ni punitivismo. Sinrazones de la actual interpretación de la agravante por razón de género del artículo 22.4 del Código Penal”, en *Justicia en clave feminista. Reflexiones de género en el ámbito judicial*, Otazua Zabala - Gutiérrez-Solana Journoud (dirs.), 2021, p. 173; ídem, “La razón de género en el marco de la agravante ‘de odio’ del art. 22.4 del CP. Por una interpretación restrictiva frente al deslizamiento punitivo”, en *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Pérez Manzano - Iglesias Río - Andrés Domínguez - Martín Lorenzo - Valle Mariscal de Gante (coords.), 2020, p. 370.

del hecho objetiva que precisa la agravante para su apreciación. Por ejemplo, no es lo mismo que a altas horas de la madrugada una persona choque contigo y te diga "maricón, vigila por dónde vas" que que esta misma situación acontezca después de que se haya fomentado en las redes sociales la campaña "demos caza al maricón" y se hayan dado todo tipo de tropelías los días previos (y por esas mismas calles) contra miembros aleatorios de ese mismo colectivo definido por su orientación sexual. El escenario para que podamos hablar de una peligrosidad objetiva del hecho a través de la agravante pasa a depender del correcto uso del art. 510 del CP para interceptar comentarios o expresiones que hayan contribuido a ese escenario.

El art. 510.2.a del CP (discurso difamatorio/injuriante) tiende a asociarse con un delito de lesión de la dignidad de cada individualidad conformada por la pertenencia de ese individuo a un colectivo, del que asumiría como propios ideales o valores compartidos. Esta visión del bien jurídico protegido se ha reforzado con la nueva redacción dada al art. 510 del CP tras la LO 1/2015³⁸. Ahora consta expresamente una referencia a la "lesión de la dignidad" que, con carácter previo a la reforma penal de 2015, no contenía el art. 510.2 del CP³⁹. En cualquier caso, el bien jurídico protegido en el delito de discurso de odio del art. 510 del CP⁴⁰ debiera ser el mismo para todas las conductas punibles que en él se contienen. En nuestra opinión, el art. 510.2.a del CP no debe tener un estatus singular y dissociado del resto. El bien jurídico protegido será, siguiendo la tesis de Landa Gorostiza, las condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos especialmente vulnerables⁴¹. Se trata de un bien jurídico de titularidad colectiva y parte de asumir que existen derechos y garantías constitucionales a preservar ante una potencial conmoción futura. Esa pérdida de confianza de segmentos concretos de la población que, consciente o inconscientemente, dejarán de ejercer sus derechos y libertades fundamentales. Habría que preguntarse hasta qué punto, en un determinado contexto (nacional, regional o local), el discurso está ges-

³⁸ Ley Orgánica 1/15, del 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/95, del 23 de noviembre, del Código Penal.

³⁹ Según la redacción del art. 510.2 del CP previo a la reforma penal de 2015, eran 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".

⁴⁰ Para un análisis amplio y actual sobre el bien jurídico protegido del art. 510 del CP, visibilizando las diferentes corrientes de opinión, véase Gordon Benito, *Delitos de odio y ciberodio. Una revisión acerca de las posibilidades de filtrado penal del discurso a través de los arts. 22.4 y 510.3 del CP*, 2023, ps. 663 a 678.

⁴¹ Ampliamente, véase Landa Gorostiza, *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4º CP 1996, 2018*, p. 57 y ss.; idem, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al delito de provocación del artículo 510 del Código penal*, 1999, p. 341 y siguientes.

tando un efecto amenaza que señale a esos colectivos. La afectación mínima y típicamente relevante parte de que se pongan en marcha procesos de agresión intergrupal contra esos colectivos. La gravedad del discurso debe conllevar la puesta en peligro cierto y objetivo del colectivo en cuestión.

Según Landa Gorostiza, cuyo planteamiento compartimos, la acción debe dirigirse contra un colectivo concreto y se coloreará de un elemento subjetivo (elemento motivacional). Este último elemento es el que permite corroborar que la dinámica comisiva hacia un colectivo existía y era intencional. Ello excluye el odio, discriminación o violencia que devengan de conductas temerarias o imprudentes (es decir, expresiones totalmente fuera de control). Por tanto, debe haber una puesta en marcha accionada por la motivación de autor y un contexto de consciencia del peligro que se proyectaba. Todo lo anterior no quiere decir que debamos llevar a cabo una investigación motivacional innecesariamente amplia o profusa, pero esa información en origen nos permite comprobar que la dimensión colectiva de la acción era buscada por su autor, incluso de haberse seleccionado a un único integrante del colectivo como representante de este⁴². Pues bien, como trataremos de explicar en las líneas que siguen, este planteamiento propuesto para el art. 510 del CP es extrapolable a la agravante genérica por motivos discriminatorios del art. 22.4 del CP.

En nuestra opinión, la razón de ser de la agravante del art. 22.4 del CP reside en la peligrosidad objetiva del hecho, lo que sitúa el debate sobre su fundamento dogmático⁴³ en la estructura del injusto del hecho. El sujeto debe estar atentando, con un mínimo de consciencia exigible, contra un tercero que pertenezca —o se crea erróneamente que pertenece— a un colectivo histórica y sistemáticamente expuesto a similares acciones de odio. No obstante, no es la mera selección consciente del sujeto en cuestión lo que permite activar la agravación. Lo que debería ocupar nuestra atención es el hecho de estar contribuyendo a una situación objetiva de amenaza constante y plenamente vigente frente a un colectivo protegido por ley. El mensaje comunicativo que se lanza al viento pasa a formar parte de una cadena comunicativa que ahonda en la sensación de desprotección tanto de ese sujeto como del resto de los miembros que reúnen las condiciones identitarias que motivan la agresión verbal (delito de odio *con palabras*) o física (delito *de actos* de odio). El comportamiento en sí mismo recuerda al sujeto que sus miedos acerca de “lo que pueda pasar” son reales. Existe una peligrosidad objetiva de que se emulen ciertos comportamientos a nivel social, habiendo puesto a ese sujeto —y a todo un colectivo— nuevamente en

⁴² Landa Gorostiza, *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4º CP 1996*, 2018, p. 66.

⁴³ Para un análisis amplio y actual sobre el fundamento de la agravante genérica del art. 22.4 del CP, visibilizando las diferentes corrientes de opinión, véase Gordon Benito, *Delitos de odio y ciberodio. Una revisión acerca de las posibilidades de filtrado penal del discurso a través de los arts. 22.4 y 510.3 del CP*, 2023, ps. 170 a 200.

el centro de la diana. Más bien, además de haberle puesto en el centro de la diana, se le recuerda que nunca ha dejado de estar ahí y que debe tener cuidado. Este tipo de discursos abarcan mensajes que calan con facilidad a nivel social. De esta forma, la víctima se planteará, por ejemplo, si salir o no a pasear a ciertas horas de la madrugada en un barrio del extrarradio de una ciudad. En la medida en que se tenga que valorar este tipo de decisiones, es decir, la procedencia de ejercitar o no sus derechos fundamentales, lo que se hace es rebajar considerablemente el estatus cívico de esa persona. La peligrosidad objetiva del hecho conecta con esto último, es decir, con el escenario final de rebaja de la condición cívica por ser quien es alguien o por quién percibe la sociedad que es.

En cualquier caso, sería conveniente que se tuviera en cuenta el *conocimiento latente*⁴⁴ por parte del autor de los hechos de la situación de desigualdad y discriminación objetiva de todo un colectivo al tiempo de cometer los hechos, y de estar realizando una aportación mínimamente relevante al efecto amenazante contra ese colectivo (y que, además, tal contribución sea socialmente aprehendida como tal). Este mensaje amenazante está implícito en determinados actos de lesionar, amenazar, etcétera, a ciertos sujetos pasivos (es decir, el efecto amenazante está incrustado en el delito base), de ahí que se den los presupuestos para aplicar la agravante cuando el autor de los hechos selecciona a una persona concreta por lo que esta representa. De cara a determinar que existe tal conocimiento latente, se propone que no nos desprendamos del todo del origen de la conducta humana, es decir, de lo que la motivó. Sean más o menos ignotas para el resto, siempre habrá fuerzas o razones internas que desencadenen, en última instancia, el comportamiento selectivo del sujeto activo. El estado mental/psicológico prejuicioso del sujeto es una fuente de información

⁴⁴ Nótese que existen diferentes formulaciones teóricas del modelo de selección discriminatoria (*discriminatory selection model*). Sea como fuere, parece claro que pierde relevancia la razón por la cual el sujeto selecciona a su víctima (por ejemplo, el color de piel). Lo que adquiere relevancia es conocer si efectivamente lo hizo o no. Es decir, es una interpretación que demanda exclusivamente la constatación de la selección misma. Sin embargo, 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. Por ello, suele aludirse 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 (por ejemplo, daño material o personal, sembrar miedo y desconfianza, etcétera), todo se reduce aquí a la intención de seleccionar a una víctima en razón de su pertenencia—si acaso percibida— a un colectivo protegido. No importa en absoluto la causa específica detrás de la elección ni cualesquiera otras intenciones subjetivas más allá de esa mera selección, como reflejo de su intención, del miembro concreto del colectivo protegido. Ahora bien, si bien el modelo de selección discriminatoria se asocia frecuentemente a la *selección consciente* o *selección intencional* de un individuo que pertenece a un colectivo vulnerable, hay otras alternativas. Se puede exigir, por ejemplo, la *indiferencia más insensible* o el *conocimiento latente* de estar atentando contra ese colectivo.

que sirve de presupuesto para determinar ese conocimiento latente. Pero se trata de un *mero* presupuesto, no del fundamento para que se aprecie la agravante. Con independencia de cómo denominemos a esta fuente en origen (móvil, motivo o intención), debe poder servir a su propósito; es decir, debe servir para verificar el conocimiento latente por parte del autor de la infiltración que podría llegar a tener el mensaje amenazante que deriva de sus actos. Lo importante no es el estado psicológico/mental del sujeto, sino si ese estado mental pone en marcha la fase de ejecución de los hechos y si esos hechos, manchados de ese estado mental, generan el efecto amenaza. En ese caso ya no estamos hablando de hechos idénticos. Los hechos que externaliza la persona son diferentes dependiendo de su origen, por lo que su evaluación penal también ha de serlo.

En línea con todo lo anterior, la Comisión Legislativa inglesa (Law Commission for England & Wales) sostiene que siempre será necesario probar un grado mínimo de ánimo consciente hacia las características identitarias de alguien⁴⁵. De hecho, si no es con fuentes de información adicional en el origen de la conducta humana, ¿cómo determinar que el autor era mínimamente consciente (conocimiento latente) de que su acción resultaba idónea para hacer llegar la amenaza a todo un colectivo? *A sensu contrario*, ¿cómo demostrar que no existía un racismo inconsciente y compartido (es decir, un racismo en que el autor no llega a percibir el significado real de sus actos)?⁴⁶. Como es sabido, hay una frontera muy tenue entre el dolo eventual y la imprudencia consciente.

A su vez, al contrario de lo que sucede en España, la idea es que la técnica agravatoria de delitos comunes está plenamente operativa en el mundo anglosajón. En el Reino Unido⁴⁷, los delitos equivalentes al art. 510 del CP representan el último recurso para hacer frente a los comentarios ofensivos *online*. Los datos hablan por sí solos, ya que de los 10.817 delitos de odio sobre los que recayó sentencia condenatoria en 2018/19 en Inglaterra y Gales, apenas 11 lo fueron por discurso de odio⁴⁸. En definiti-

⁴⁵ Law Commission, *Hate crime laws: a consultation paper (Consultation Paper n° 250)*, 2020, aps. 15.70 a 15.72, disponible en s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24-uy7q/uploads/2020/10/Hate-crime-final-report.pdf (acceso: 21/11/23).

⁴⁶ No estamos refiriendo a lo que Rey Martínez alude como "neo-racismo invisible", "racismo blando (o de baja intensidad) subyacente" o "racismo líquido". Ampliamente, véase Rey Martínez, "Discurso del odio y racismo líquido", en *Libertad de expresión y discurso del odio*, Revenga Sánchez (dir.), 2015, ps. 79 a 84.

⁴⁷ Ampliamente, para un análisis exhaustivo sobre los tres sistemas legales que conforman el Reino Unido (sistema legal inglés, escocés y norirlandés), véase Gordon Benito, *Delitos de odio y ciberodio. Una revisión acerca de las posibilidades de filtrado penal del discurso a través de los arts. 22.4 y 510.3 del CP*, 2023, p. 235 y siguientes.

⁴⁸ Crown Prosecution Service, *Hate crime report 2018-19*, 2019, disponible en www.cps.gov.uk/sites/default/files/documents/publications/CPS-Hate-Crime-Annual-Report-2018-2019.PDF (acceso: 21/11/23).

va, con todas las cautelas que se quieran poner, las condenas por discurso de odio representan, en el mejor de los casos, el 0,10 % del total de condenas por delitos de odio. Según se dice, esto no es necesariamente malo, sino todo lo contrario, dado que hemos de ser extremadamente cautelosos al sancionar la nuda expresión sin que esta constituya de antemano delito. En los diferentes sistemas legales que conforman Reino Unido no se arriesgan a crear mártires de la libertad de expresión. Por ello, en vez de acudir a los delitos equivalentes al art. 510 del CP, se otorga un carácter absolutamente preferencial a la técnica agravatoria de delitos comunes. Por tanto, la tendencia es justamente la contraria a la española. La vía agravatoria de delitos comunes absorbe prácticamente cualquier tipo de comentario ofensivo *online*, ya que son mensajes que, en su gran mayoría, están “en camino” hacia formas de expresión más graves, como puedan ser la incitación al odio o la difamación de colectivos⁴⁹.

§ 4. OBSERVACIONES FINALES

La activación del art. 510 del CP debería mantenerse al margen de casi la totalidad de discursos que inundan las redes. Por ejemplo, nadie concebiría que, ante unos malos tratos de los que fueran víctimas menores extranjeros no acompañados por parte de trabajadores de un Centro de Menores, la acusación se formulara sistemática y automáticamente por un delito de tortura. Algo parecido podría estar sucediendo con los delitos de odio con palabras, que también admiten gradaciones como la de malos tratos o maltrato ordinario (*ill-treatment*), trato inhumano (*inhuman treatment*) y tortura (*torture*)⁵⁰. De hecho, la gradación del lenguaje más o menos ofensivo es infinita en matices.

Ante un art. 510 del CP aparentemente “desbocado” en alcance, por cuanto absorbe y monopoliza el discurso de odio punible, habría de optarse por recolocar el foco e iluminar una vía ignorada: la agravación de delitos de expresión —o que tengan alguna modalidad de comisión expresiva— a través del art. 22.4 del CP. De este modo, el espacio aplicativo que pierda el art. 510 del CP será el que vaya ganando la agravante genérica del art. 22.4 del CP anudada a un delito de expresión, como sería el caso del delito de injurias realizadas con publicidad (arts. 208 y 209, CP). Nos referimos, fundamentalmente, a conductas que están “en camino” de alcanzar el umbral de gravedad excepcional del art. 510 del CP. Este reequilibrio de fuerzas vendría avalado por el derecho comparado.

⁴⁹ Law Commission, *Hate crime laws: a consultation paper (Consultation Paper n° 250)*, 2020, ap. 16.57, disponible en s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2020/10/Hate-crime-final-report.pdf (acceso: 21/11/23).

⁵⁰ Ampliamente, véase Gordon Benito, *Delitos de odio y ciberodio. Una revisión acerca de las posibilidades de filtrado penal del discurso a través de los arts. 22.4 y 510.3 del CP*, 2023, ps. 230 y 231; Ambos, *Terrorismo, tortura y derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, 2009, ps. 27 a 29. Véase también STEDH del 18/1/78 (caso “Irlanda v. Reino Unido”), §§ 162 y 167.

En el derecho comparado, sea el derecho inglés, escocés o norirlandés, se plantea algo realmente sugerente. No hace falta acudir siquiera a vías extrapenales, como la sanción administrativa⁵¹ o la justicia restaurativa⁵², sino voltear la elección de cuál es el instrumento preferente de intervención penal en este ámbito⁵³. En otras palabras, un cambio radical de perspectiva. Habría que promover una vía intermedia de acción penal entre lo “aceptable”, que por su insignificancia queda extramuros del derecho penal, y lo muy inaceptable (es decir, conductas en que realmente tenga sentido hablar del art. 510 del CP como instrumento excepcional de tutela adelantada). Esta vía de acción penal intermedia, que pasa por “traer al frente” la técnica de la agravación de la pena, resulta mucho más equilibrada en cuanto a la posible sanción a imponer. La idea de trabajar en el planteamiento de una especie de malla o red blanda de acción penal se antoja, según entendemos, pertinente. El desafío se despliega en dos direcciones. En primer lugar, estamos ante una vía incomprensiblemente ignorada por la doctrina y la jurisprudencia. En segundo lugar, en los pocos casos en que se aprecia la agravante del art. 22.4 del CP en delitos de expresión (por ejemplo, un delito de in-

⁵¹ En España, no faltan propuestas en este sentido, como la que nos traslada Rey Martínez sobre las formas “menos graves y más frecuentes” de discurso de odio. Este autor apuesta por la vía de la sanción administrativa impuesta por un órgano autónomo *ad hoc*, incluso, más general, como pudiera ser la figura del defensor del pueblo (Rey Martínez, *Derecho antidiscriminatorio*, 2019, p. 66).

⁵² Soluciones como la mediación pueden tener más y mejores razones para inmiscuirse en un conflicto que nace o toma cuerpo en el ciberespacio. En concreto, dentro del ámbito regional europeo, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó una resolución y un informe relativamente recientes en que se defendía la mediación como método de resolución de conflictos relativos al odio *online*. Según se dice, la mediación es 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 en 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. Se brinda la oportunidad para que el autor conozca el alcance e impacto de su acción, haciendo evidente y reconocible la entidad corpórea de la víctima y el componente humano que hay detrás de cada ordenador o dispositivo móvil. La deshumanización del individuo muchas veces acaba cuando se conoce de cerca ese componente humano, así como las diferentes realidades de victimización que se producen *online*. Véase Consejo de Europa, *Parliamentary Assembly, Resolution 2069 - Recognising and preventing neo-racism, 26 June 2015* (2015), párr. 6.6.2, disponible en www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=55b208844 (acceso: 21/11/23); Consejo de Europa, *Parliamentary Assembly, Recognising and preventing neo-racism, 8 June 2015, Doc. 13809* (2015), párrs. 39 a 41, disponible en www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=55b207ae4 (acceso: 21/11/23). Véase también la obra monográfica de referencia sobre esta materia en Walters, *Hate crime and restorative justice. Exploring causes, repairing harms*, 2014.

⁵³ Huelga decir que las iniciativas antidiodio que sirvan de alternativa o que directamente suplan la pena siempre serán bienvenidas, lo que no prejuzga que nuestro estudio se haya enfocado a otro tipo de soluciones. Esto no es ni mejor ni peor, sino que será la perspectiva con la que se aborda el objeto de estudio la que marque el recorrido y profundidad de este.

jurias realizadas con publicidad), ello se hace a costa de desnaturalizar la propia esencia de los delitos de odio. Pareciera como si poco o nada importase el hecho de que se proyectara un mensaje comunicativo hacia el exterior y que este superara al individuo y alcanzara al colectivo diana. La mirada se posa sobre el "microconflicto". En otras palabras, se pierde de vista el impacto sobre lo grupal y, con ello, la dimensión estructural del problema. Lo que late en el fondo es un modelo político-criminal orientado a la protección preferente —que no única— de individuos y sus derechos. En nuestra opinión, es imprescindible tratar de avanzar en las teorizaciones del fundamento de la agravante del art. 22.4 del CP y del bien jurídico protegido del art. 510 del CP. De estas teorizaciones debiera extraerse que es muy probable que exista un espacio aplicativo común y difícil de delimitar entre ambos preceptos. Ello debe servir de acicate para luchar contra formas simplistas de entendimiento de la agravante del art. 22.4 del CP que la desposeen del elemento comunicativo *ad extra* del mensaje de odio. La agravante conlleva que el componente humillante, difamatorio o injurioso hacia determinadas categorías de personas se infiltre y sea capaz de "golpear" a grupos especialmente expuestos. Se trata de una amenaza acerca de la posibilidad de expansión de actitudes semejantes en el seno de la sociedad.

Todo lo anterior, siendo conocedores de que lo ideal sería que la publicidad cualificada que hoy conecta con el art. 510.3 del CP retornara, a futuro, a la publicidad mínima exigible en el tipo básico (propuesta *de lege ferenda*). Solo así se alcanza, a nuestro entender, la gravedad mínima exigible para el delito de discurso de odio punible previsto en el tipo básico del art. 510 del CP, sea en su vertiente de discurso incitador o en la de discurso difamatorio/injurioso. La propuesta diseñada a lo largo de este estudio busca precisamente que el art. 510 del CP sea visto como lo que debería ser: un instrumento marcadamente excepcional de tutela penal adelantada.

El art. 510 del CP demanda, aunque solo sea por los estándares supranacionales sobre la materia, una lectura especialmente restrictiva del tipo, lo que nos lleva a plantear que sea necesario elevar el umbral de gravedad a través —aunque no solo— del carácter *público* de toda conducta que conecte con el discurso de odio criminalizado, sin importar el medio de comisión empleado mientras sea idóneo para alcanzar esa caracterización de la conducta. De hecho, hemos defendido que el legislador español no debió hacer una distinción tal entre los canales de comunicación *online/offline* dentro del art. 510 del CP. Es importante que el derecho penal ofrezca respuestas única y exclusivamente al grado de afectación más grave posible. Este grado de afectación más grave del discurso no se entendería de optarse por desgajar la publicidad masiva de Internet del tipo básico y recolocarla en un subtipo agravado. Debe visibilizarse la publicidad como un requisito ya de por sí esencial dentro del tipo básico. Igualmente, ha de criticarse la creación de un régimen punitivo *ad hoc* para el entorno *online* (subtipo agravado) que, por si fuera poco, conlleva una desproporción en la sanción a imponer (y su consiguiente efecto desaliento). Este aspecto podrá solucionarse, en parte, dotando a la agravante del art. 22.4 del CP de un prota-

gonismo mínimamente equiparable al que actualmente tienen las figuras homologables en el Reino Unido. La técnica de agravación de delitos comunes debe ganar protagonismo para "poner frenos" al abuso que supone que cualquier comentario ofensivo, independientemente de su gravedad, sea canalizado irreflexivamente hacia el art. 510 del CP. La vía preferente de intervención penal debe ser la de la agravación de delitos comunes, al menos cuando los comentarios ofensivos/injuriantes conciernan a la individualidad, es decir, cuando estemos ante ataques dirigidos a una persona en representación del resto de miembros del colectivo.

Asimismo, este estudio plantea una propuesta *de lege lata* para el actual art. 510.3 del CP, que persigue estrechar los márgenes de decisión judicial a través de la implantación de un criterio objetivo para su apreciación (referente numérico). Este criterio numérico se ha importado del modelo austríaco. Se requiere que los potenciales receptores del mensaje sean en torno a 150 personas, siempre y cuando el autor hubiera buscado esa proyección *incontrolada* del mensaje. En el caso del tipo básico, será de 30 el número de receptores del mensaje en potencia, si bien se ha de adicionar cumulativamente la regla de la quiebra de confianza. De esta forma, cuando el emisor del mensaje pierda o no cuente con la plena confianza de alguno de sus posibles interlocutores, la publicidad mínima exigible implicará la probabilidad realista de la propagación *impredecible* del mensaje, lo que supondrá que la publicidad básica torne típica desde ese mismo momento.