

Documento técnico para el Diálogo con personas expertas sobre libertad de expresión y ‘discurso de odio’ en España

Octubre 2020

Introducción

Este documento de ARTICLE 19 tiene por objeto proporcionar información el debate en el Diálogo de Expertas y Expertos sobre libertad de expresión y ‘discurso de odio’ en España organizado a finales de mes. También pretende ilustrar la posibilidad de incorporar los estándares internacionales de libertad de expresión en el examen, la aplicación y la interpretación del artículo 510 del Código Penal de España. Esboza los principios y estándares aplicables sobre el derecho a la libertad de expresión y la no discriminación que deben guiar a los tribunales españoles en su toma de decisiones e incluye ejemplos sobre las decisiones de estos órganos del poder judicial español en casos relacionados con restricciones a la libertad de expresión.

Además, ARTICLE 19 analizó previamente el artículo 510 en función de su cumplimiento con los estándares internacionales en materia de derechos humanos. En nuestro análisis subrayamos los problemas asociados a su alcance y a los elementos penales utilizados con el fin de limitar opiniones y expresiones. Planteamos preocupaciones sobre las prohibiciones de una amplia gama de conductas que van más allá de las limitaciones permisibles al derecho a la libertad de opinión y de expresión en virtud de los artículos 19 y 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).¹ El análisis legal también pone de relieve, entre otras cosas, que el Código Penal no proporciona una prueba para evaluar los casos de incitación ni proporciona protección a una amplia gama de expresiones que deben salvaguardarse de restricción de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, incluida la expresión política y artística. ARTICLE 19 recomienda una revisión exhaustiva y completa del artículo 510 para alinearlos con las obligaciones internacionales de España en materia de libertad de expresión, así como la elaboración de un plan integral sobre la aplicación del Plan de Acción de Rabat.²

ARTICLE 19 examina a continuación cómo los tribunales españoles han interpretado las disposiciones del artículo 510 del Código Penal en una lista no exhaustiva de casos emblemáticos. Parece que, además de la orientación del Tribunal Supremo, es problemática desde la perspectiva de la libertad de expresión (véase más adelante):

- La interpretación de estas disposiciones no sigue un criterio uniforme y coherente, el alcance y el castigo correspondiente para las diferentes conductas en virtud del artículo 510 difiere en los distintos casos;
- Los tribunales no detallan cómo llegan a la conclusión de que la gravedad del "discurso de odio" cumple los criterios previstos en el artículo 510; no está claro cómo evalúan los tribunales cuándo se alcanza o cuándo no un umbral alto para el enjuiciamiento penal.

¹ ARTICLE 19, [España: Delitos relacionados con la libertad de expresión en el Código Penal](#), Marzo 2020.

² *Ibid.* p. 20-23.

- Los tribunales no parecen evaluar la intención de los perpetradores ni si existe la probabilidad de que la expresión provoque o resulte en una acción prohibida;
- No se distingue suficientemente entre "enaltecimiento de terrorismo", "discurso de odio" y "delitos de odio" y a menudo se mezclan;
- La lista de características protegidas en virtud del artículo 510 incluye un factor subjetivo de "ideología" y puede dar lugar a una interpretación amplia.

Estándares internacionales aplicables en materia de libertad de expresión

La protección del derecho a la libertad de expresión

El derecho a la libertad de expresión está protegido por el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH).³ Se le otorga fuerza legal vinculante a través del artículo 19 del PIDCP⁴ y en el ámbito regional, en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos;⁵ asimismo está garantizado en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁶

El ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión es muy amplio. El Artículo 19 del PIDCP y el Artículo 10 de la Convención Europea requieren que los Estados garanticen a todas las personas la libertad de buscar, recibir o difundir información o ideas de cualquier tipo, independientemente de fronteras, a través de cualquier medio de comunicación que se elija, lo que incluye asimismo Internet y los medios digitales.⁷

Es importante destacar que, en la Observación General nº 34,⁸ el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Comité de Derechos Humanos), el órgano de tratados de expertos independientes que supervisan el cumplimiento de los Estados del PIDCP, reconoce explícitamente que el artículo 19 del ICCPR protege todas las formas de expresión y los medios de difusión, incluidas todas las formas de expresión electrónica y basada en Internet.⁹

En virtud de estos estándares, el derecho a la libertad de expresión incluye, entre otras cosas, el discurso político, los comentarios sobre los asuntos propios y públicos, el periodismo y la

³ Conforme a la adopción de una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la DUDH no es estrictamente vinculante para los Estados. Sin embargo, se considera que muchas de sus disposiciones han adquirido fuerza jurídica como derecho internacional consuetudinario desde su adopción en 1948; Ver *Filartiga v Lástima-Irala*, 630 F. 2d 876 (1980) (Tribunal de Apelaciones de Circuito de los Estados Unidos, 2do circuito).

⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, [UN Doc. A/6316](#). España ratificó el PIDCP el 27 de abril de 1977.

⁵ Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de septiembre de 1950.

⁶ Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 26 de octubre de 2012, 2012/C 326/02.

⁷ Comité de Derechos Humanos, [Observación general No 34](#) sobre el artículo 19: Libertades de opinión y de expresión, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011. Véase también Consejo de Derechos Humanos, Resolución: [La promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet](#), A/HRC/20/L.13, 29 de junio de 2012.

⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación general no. 34, op.cit.

⁹ *Ibid.*, párrafo 12.

expresión que puedan considerarse profundamente ofensiva¹⁰ o que "conmocionen o perturben al Estado o a cualquier sector de la población".¹¹

Limitaciones a la protección del derecho a la libertad de expresión

Conforme al derecho internacional de los derechos humanos, los Estados pueden limitar excepcionalmente la libertad de expresión en virtud del artículo 19, párrafo 3, del PIDCP y del artículo 10, párrafo 2 del Convenio Europeo. Las restricciones pueden ser legítimas únicamente bajo tres circunstancias específicas -el denominado test tripartito ("three-part test")-, el cual estipula que las restricciones deben:

- **Estar previstas por ley:** toda ley o reglamentación debe formularse con suficiente precisión de manera que permita a las personas regular su conducta en consecuencia; la garantía de legalidad de las limitaciones al Artículo 19 debe incluir una supervisión por parte de autoridades judiciales independientes e imparciales;
- **Perseguir un objetivo o fin legítimo:** éste debe ser determinado exhaustivamente de conformidad con el respeto de los derechos de terceros o la protección a la reputación; o la protección de la seguridad nacional o del orden público (*ordre public*); o de la salud o la moral públicas;

Ser necesarias y proporcionales: se requiere que los Estados demuestren de forma específica e individualizada la naturaleza precisa de la amenaza, así como la necesidad y proporcionalidad de la acción concreta tomada, en particular estableciendo una conexión directa e inmediata entre la expresión y la amenaza.¹²

Por lo tanto, cualquier limitación impuesta por el Estado al derecho a la libertad de expresión debe cumplir con los estrictos requisitos de la prueba tripartita señalada. Además, el Artículo 20 (2) del PIDCP establece que toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o violencia debe ser prohibida por ley (véase más abajo).

Restricciones en materia de 'discurso de odio'

El "discurso de odio" es un término amplio que no cuenta con una definición en el derecho internacional de los derechos humanos. La expresión de odio hacia un individuo o grupo basada en una característica protegida se puede dividir en tres categorías, que se distinguen por la respuesta requerida de los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos:¹³

- Formas especialmente graves de "discurso de odio" que el derecho internacional exige que los Estados prohíban, incluso con medidas penales, civiles y administrativas, tanto de conformidad con derecho penal internacional como con el artículo 20(2) del PIDCP;
- Otras formas de "discurso de odio" que los Estados pueden prohibir para proteger los derechos de terceros en virtud del artículo 19(3) del PIDCP, como amenazas o acoso discriminatorio o basado en prejuicios;

¹⁰ *Ibid.*, párrafo 11.

¹¹ European Court of Human Rights (European Court), *Handyside v. United Kingdom*, [App. no. 5493/72](#), 7 December 1976, para 49.

¹² Comité de Derechos Humanos, *op.cit.*, párrafo 22

¹³ Para una explicación completa de la política de ARTICLE 19 en materia de "discurso de odio", véase ARTICLE 19, ["Discurso de odio" Manual](#), 2015, p. 8.

- "Discurso de odio" que es legítimo pero que, sin embargo, plantea preocupaciones en términos de intolerancia y discriminación, y que merece una respuesta crítica por parte del Estado pero que debe protegerse de las restricciones del artículo 19(3) del PIDCP.

Esta respuesta gradual o escalonada se reconoce como un principio general en el Plan de Acción de Rabat que proporciona orientaciones sobre lo que constituye incitación en virtud del artículo 20(2) del PIDCP.¹⁴ Establece que a nivel nacional "hay que distinguir claramente entre tres tipos de expresión: la expresión que constituye un delito; la expresión que no es penalmente punible, pero puede justificar un proceso civil o sanciones administrativas; y las expresiones que no pueden ser objeto de sanciones penales, civiles o administrativas pero plantean preocupaciones en términos de tolerancia, civismo y respeto hacia los derechos de los demás."¹⁵

El Plan de Acción de Rabat establece que las prohibiciones en materia de incitación deben centrarse en la apología del odio discriminatorio dirigido a un grupo protegido, con características de grupo que deben interpretarse de manera amplia; se incluyen entre ellas características tales como el sexo, la sexualidad, la identidad de género, las creencias religiosas o el origen étnico. Asimismo, dictamina que debe evaluarse la intención de quien se exprese o su capacidad para incitar a la audiencia a actuar contra el grupo objetivo. Para determinarlo, el Plan de Acción de Rabat concreta seis factores a tener en cuenta:

- **Contexto:** tener en cuenta el contexto social, político o económico en el que se produce el discurso; especialmente el historial de conflicto o persecución del grupo protegido.
- **Identidad de la persona que habla/emisor:** la posición de autoridad o influencia que detente esa persona, por ejemplo, si es un cargo público o un líder religioso.
- **Intención:** si la persona que emite el mensaje tenía la intención de abogar por el odio discriminatorio; es decir, si tenía la intención de atacar a un grupo protegido en función de características protegidas, y si sabía que su expresión tiene la probabilidad de incitar a la audiencia a la discriminación, la hostilidad o la violencia.
- **Contenido de la expresión:** lo que se dijo, incluyendo consideraciones sobre la forma y el estilo de la expresión, así como lo que la audiencia entiende de ella.
- **Extensión y magnitud de la expresión:** la naturaleza pública de la expresión y los medios de la misma, así como su intensidad o magnitud en términos de frecuencia o cantidad.
- **Probabilidad de que se produzca un daño, incluida su inminencia:** debe haber una probabilidad razonable de discriminación, hostilidad o violencia como resultado directo de la expresión.

Otras formas de 'discurso de odio' o expresiones discriminatorias que no superen el umbral del artículo 20(2) de acuerdo con estos criterios pueden asimismo prohibirse. Sin embargo, dicha prohibición debe cumplir con la prueba tripartita de conformidad con los estándares internacionales sobre libertad de expresión.

¹⁴ Véase [Plan de Acción de Rabat de Naciones Unidas](#), A/HRC/22/17/Add.4, 11 enero 2013. En particular aclara que debe tenerse en cuenta el criterio de seis partes para evaluar si los Estados deben tipificar como delito la incitación del discurso.

¹⁵ *Ibid.*, párrafo 22.

Además, como se señaló anteriormente, habrá una amplia gama de expresiones que no alcancen el umbral de las limitaciones permisibles. El Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo han afirmado reiteradamente que el ámbito del derecho a la libertad de expresión abarca la expresión de opiniones e ideas que otros pueden encontrar profundamente ofensivas,¹⁶ las cuales pueden que incluyan expresión discriminatoria. Ello no impide que los Estados tomen otras medidas para abordar este tipo de expresiones y los prejuicios subyacentes de los cuales esta categoría de 'discurso de odio' es sintomática, o para maximizar las oportunidades para que todas las personas, incluidos los cargos públicos y las instituciones, participen en acciones de contra discurso. Muchas de estas medidas positivas se detallan en el Plan de Acción de Rabat.

En el ámbito europeo, la Convención Europea de Derechos Humanos no contiene una obligación para los Estados de prohibir estas formas de expresión, como se estipula en el artículo 20(2) del PIDCP. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que determinadas formas de expresión perjudiciales deben ser restringidas necesariamente para mantener los objetivos de la Convención en su conjunto.¹⁷ El Tribunal Europeo también ha ejercido una supervisión particularmente estricta en los casos en que el Estado ha impuesto sanciones penales, y en muchas ocasiones ha determinado que la imposición de una condena penal viola el principio de proporcionalidad.¹⁸ Pese a que el Tribunal Europeo no ha reconocido explícitamente la prueba de seis partes del Plan de Acción de Rabat, su jurisprudencia contempla un número de consideraciones incluidas en el test del Plan de Rabat. Por ejemplo, ha considerado el contexto de la expresión y la probabilidad de que las mismas provoquen violencia, odio o intolerancia, o conduzcan a consecuencias perjudiciales,¹⁹ así como el impacto del discurso en la audiencia.²⁰ El Tribunal Europeo también ha sostenido que recurrir a la legislación penal no debe ser la respuesta por defecto a los casos de expresión dañina si medidas menos lesivas o sanciones menos severas logran el mismo efecto.

Por lo que se refiere a la Unión Europea, la Decisión Marco del Consejo "sobre la lucha contra ciertas formas y expresiones de racismo y xenofobia por medio del derecho penal" requiere que los Estados sancionen el racismo y la xenofobia a través de "sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias".²¹ La Directiva establece cuatro categorías de incitación a la violencia o delitos de odio que los Estados deben penalizar con penas de hasta 3 años de prisión, que incluyen condonar, negar o trivializar crímenes históricos. Los Estados pueden decidir discrecionalmente castigar sólo aquella conducta que se lleva a cabo "de una manera que pueda perturbar el orden público" o "que sea amenazante, abusiva o insultante". Ello implica que puedan verse legítimamente restringidas expresiones que probablemente no tengan tales impactos negativos. En opinión de ARTÍCULO 19, estas obligaciones son más amplias y severas en cuanto a las sanciones prescritas que las prohibiciones del artículo 20, párrafo 2 del PIDCP, y no cumplen con los requisitos del artículo 19, párrafo 3 del PIDCP.²²

¹⁶ Observación General 34, *op.cit.*, párrafo 11. Véase también Tribunal Europeo, *Handyside v. UK*, App. No. 5493/72, 7 de diciembre de 1976.

¹⁷ Tribunal Europeo, *Erbakan v. Turkey*, App. No. 59405/00 (2006), párrafo 56; or *Gündüz v. Turkey*, App.No. 35071/97 (2004), párrafo 22.

¹⁸ Tribunal Europeo, *Jersild v. Denmark*, App. No 15890/89 (1992), párrafo 35.

¹⁹ Tribunal Europeo, *Perinçek v. Switzerland*, App. No. 27510, 15 octubre 2015, párrafos 204-208.

²⁰ *Ibid.*, párrafo 218.

²¹ [Decisión Marco del Consejo 2008/913/ JHA](#) de 28 de noviembre de 2008 sobre la lucha contra ciertas formas y expresiones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal.

²² Véase, por ejemplo, ARTÍCULO 19 [Submission to the Consultations on the European Union's Justice Policy](#) diciembre de 2013.

Criterios interpretativos

Ámbito de aplicación del artículo 510 del Código Penal

El Tribunal Supremo de España interpretó el ámbito de aplicación del artículo 510 en su decisión 72/2018;²³ en la cual elabora los criterios que alcanzan el umbral de responsabilidad penal en virtud del artículo 510:

- Por lo general, los delitos previstos en el Código Penal pueden estar comprendidos en dos categorías de *riesgo* de daño, peligro abstracto o peligro real y efectivo. El Tribunal Supremo establece que el artículo 510 es un delito de peligro abstracto en el que la principal conducta prohibida es la expresión de epítetos, calificativos u otras formas de mensajes “de odio”;
- El riesgo de causar daño en virtud del artículo 510 se cumple cuando un mensaje contiene "discurso de odio" y considera que este tipo de peligro cumple con el requerimiento de riesgo estipulado en la Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea;
- El elemento de riesgo causado por el "discurso de odio" se satisface cuando el contenido de una expresión 'dañina' va en contra de la convivencia social;
- La expresión de declaraciones de odio que contienen una "expresión ofensiva o insultos" alcanza el nivel de ilegalidad. El Tribunal Supremo concluyó que tales declaraciones por sí solas "implican una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia o discriminación";
- El elemento criminal de intención o dolo se satisface cuando el acto prohibido (a) es voluntario, y (b) no es una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, frente a algo que el sujeto no es capaz de controlar. Existen dos tipos de intenciones bajo el sistema penal español, el dolo *básico* y el dolo *específico*²⁴ o *reforzado*. Las conductas perseguidas bajo el tipo penal del 510 requieren el dolo básico.²⁵

La Fiscalía General y tribunales menores siguen estas orientaciones. Establecen que, a excepción del artículo 510.2(a),²⁶ el artículo 510 prohíbe un *peligro* abstracto y no exige la probabilidad de "riesgo real y efectivo de producir actos contra grupos en situación de vulnerabilidad."²⁷

ARTICLE 19 señala que estos criterios no siguen las recomendaciones de la prueba de seis partes establecida en el Plan de Rabat y que la interpretación del Tribunal Supremo fija un umbral significativamente menor para imponer sanciones penales que el previsto en el artículo 20.2, así como en el artículo 19.3 del PIDCP. En particular:

²³ Tribunal Supremo, [Sentencia 72/2018](#), Sala de lo Penal, 9 febrero 2018, FJ Único.

²⁴ Este tipo de intención o dolo requiere elementos adicionales como la intensidad y otros elementos subjetivos.

²⁵ Tribunal Supremo, Sentencia 72/2018, *op.cit.*

²⁶ El Artículo 510.2(a) requiere un daño en la dignidad.

²⁷ Fiscalía General, [Circular 07/2019](#) sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, 25 mayo 2019; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17, sentencia [132/2020](#), 2 de marzo de 2020; Audiencia Provincial de Barcelona, sentencia [607/2018](#), 7 de diciembre de 2018; Audiencia Provincial de Barcelona, [Sentencia 702/2018](#), 8 de noviembre de 2018; Tribunal Nacional, sentencia [6/2018](#), 1 de marzo de 2018; Audiencia Provincial de Madrid, Sentencia [676/2017](#), 30 de octubre de 2017

- El Tribunal Supremo omite señalar que los estándares en materia de libertad de expresión también ofrecen protección al discurso ofensivo e insultante.²⁸
- La orientación del Tribunal Supremo no prevé que el umbral para constatar las ofensas puede ser muy subjetivo y estar fundamentado en un estado de opinión emocional, en lugar de en el riesgo inminente y probable de una acción prohibida. Además, el carácter subjetivo de lo que se establece como expresión ilegal y la vaguedad de los criterios interpretativos plantea cuestionamientos en materia de certeza legal.
- La guía del Tribunal Supremo no reconoce que el derecho internacional de los derechos humanos requiere una *intención específica* como elemento crucial y distintivo de la incitación.²⁹ El artículo 20.2 del PIDCP prevé la "apología" y la "incitación" más que la mera distribución de material y requiere que exista una relación triangular entre el objeto y el sujeto del discurso y la audiencia.³⁰
- El elemento de probabilidad de que el discurso tenga como resultado un perjuicio grave está ausente. Por lo tanto, El Tribunal no requiere que se determine la probabilidad razonable de que el discurso tenga como consecuencia la incitación a acciones directas y reales contra un grupo o individuo.³¹ Reiteramos que la prueba de seis partes del Plan de Rabat establece que debe haber una conexión concreta y clara entre el grado de riesgo y el potencial resultado potencial de la expresión.
- Aunque algunas disposiciones del artículo 510 se refieren a otras formas de 'discurso de odio' que no requieren expresamente "incitación", las restricciones a la libertad de expresión deberían continuar siendo evaluadas de conformidad con el artículo 19(3) del PIDCP y del Artículo 10.2 de la Convenio Europeo. En la mayoría de estos casos, el criterio de necesidad y proporcionalidad debe aplicarse minuciosamente.

Por lo que respecta a la Decisión Marco 2008/913/JAI (Decisión marco), ARTICLE 19 señala que:

- El Tribunal Supremo hace referencia a la Decisión marco como el instrumento internacional que da lugar a los elementos delictivos del Artículo 510, posterior a su transposición. Sin embargo, omite considerar otros instrumentos en materia de derechos humanos que los tribunales nacionales deben observar al examinar las restricciones a la libertad de expresión.³²
- ARTICLE 19 ha planteado anteriormente las preocupaciones respecto del incumplimiento de la Decisión marco con los estándares internacionales sobre el derecho a la libertad de expresión.³³ Sin embargo, cabe destacar que en su artículo 7 dispone que la transposición de esta regulación "no podrá afectar a la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales,

²⁸ El Tribunal Supremo proporciona más claridad sobre las distinciones entre diferentes tipos de discurso en casos relacionados con conductas sobre enaltecimiento de terrorismo conforme el artículo 578 del Código Penal con el fin de proteger la libertad de expresión como derecho fundamental, véase sección posterior "Terrorismo y 'discurso de odio'".

²⁹ Conforme a las prohibiciones estipuladas en el Artículo 20, párrafo 2 del PIDCP y el Artículo 4(a) del Pacto Internacional para la Eliminación de la Discriminación Racial (ICERD).

³⁰ Plan de Acción de Rabat, *op.cit.*, párrafo 29(c).

³¹ *Ibid.*, párrafo 29(f).

³² Artículo 10.2 de la Constitución Española.

³³ ARTICLE 19, [EU: European Commission's Code of Conduct for Countering Illegal Hate Speech online and the Framework Decision](#), Junio 2016; Bukovská, Barbora, [The European Commission's Code of Conduct for Countering Illegal Hate Speech Online, An analysis of freedom of expression implications](#), Grupo de trabajo Trasatlántico, 7 de mayo de 2019, página 4.

incluidas las libertades de expresión y de asociación, consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea," ni "exigir a los Estados miembros la adopción de medidas que contradigan principios fundamentales relativos a las libertades de asociación y expresión[...]".

Prueba de gravedad

ARTICLE 19 señala que, a pesar de las orientaciones del Tribunal Supremo, algunos tribunales menores han buscado y tratado de aplicar los requisitos establecidos en los estándares internacionales de derechos humanos.

Por ejemplo, **la Audiencia Provincial de Barcelona** ha aclarado y limitado la interpretación del peligro abstracto y ha reconocido la utilidad del Plan de Acción de Rabat.³⁴ Aunque confirma algunos de los elementos del Tribunal Supremo relativos al peligro abstracto del artículo 510, establece claramente que:

- El objetivo de las restricciones debe ser proteger el derecho de los grupos vulnerables a la no discriminación;
- Se debe examinar la probabilidad de que el discurso provoque el peligro; y
- Para proteger a ciertos grupos frente a la difusión de ideas y doctrinas de odio, no es suficiente la mera difusión de las ideas, sino que ha de hacerse en condiciones que creen un peligro real para el bien jurídico protegido.³⁵

La Audiencia Provincial de Barcelona se refiere explícitamente a la utilidad de la prueba de gravedad del Plan de Acción de Rabat para fijar criterios objetivos en materia "provocación," así como para determinar las condiciones que crean *peligro*. Entre los criterios que examina para determinar si el umbral de gravedad se constata conforme al Artículo 510 encontramos los siguientes:

- el tono y el contenido de las declaraciones impugnadas- clasificadas inequívocamente como discriminatorias y altamente agresivas en el caso en concreto-;
- el medio utilizado para distribuir los mensajes impugnados, junto con la idoneidad del medio para difundirlos y consolidar públicamente el mensaje de tal forma que se pueda replicar;
- la capacidad de alcance del mensaje;³⁶ y
- el contexto: la Audiencia analiza la medida en que la expresión interactúa con el contexto y genera un impacto.³⁷

Al mismo tiempo, la Audiencia Provincial omitió integrar por completo el resto de los criterios del Plan de Rabat, es específico el requerimiento de intencionalidad y probabilidad de que produzca un daño, incluida su inminencia.

³⁴ Audiencia Provincial de Barcelona, [Sentencia 782/2018](#), 12 de diciembre de 2018; Audiencia Provincial de Barcelona, [Sentencia 702/2018](#), 8 de noviembre de 2018.

³⁵ Audiencia Provincial de Barcelona, [Sentencia 702/2018](#), 8 de noviembre de 2018, FJ 9.2, páginas 21 y 22.

³⁶ *Ídem*.

³⁷ *Ídem*.

Terrorismo y ‘discurso de odio’

ARTICLE 19 señala que, conforme al cumplimiento de las obligaciones del Estado español en materia de estándares internacionales sobre libertad de expresión, los tribunales españoles no suelen establecer con claridad las distinciones entre delitos relacionados con el ‘discurso de odio’ y otras formas de discurso prohibido.

Es particular, los tribunales suelen utilizar los conceptos de "discurso de odio" y delitos relacionados con "terrorismo" (enaltecimiento e incitación al terrorismo) indistintamente sin una clara diferenciación entre los fines y alcances de cada delito. Por ejemplo, el objetivo del artículo 510 es proteger a grupos vulnerables de la discriminación causada por expresiones graves "de odio", mientras que el propósito de los delitos asociados a expresiones relacionadas con el terrorismo puede ser, *inter alia*, impedir la repetición de ataques terroristas contra la población o parte de la ella. ARTICLE 19 señala que, desde el punto de vista de la libertad de expresión, es crucial hacer una distinción entre los diferentes objetivos legítimos que motivan las prohibiciones en materia de expresión y la necesidad de tales restricciones de conformidad con el artículo 19.3 del ICCPR, el artículo 10 del Convenio Europeo y el artículo 20 del PIDCP.

La utilización mezclada entre conceptualizaciones relacionadas con terrorismo y crímenes de ‘discurso de odio’ es también el caso de la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Tribunal Supremo, los cuales han establecido que el enaltecimiento al terrorismo, prohibido bajo el artículo 578 del Código Penal, es una forma de ‘discurso de odio’.³⁸

ARTICLE 19 ha señalado anteriormente los problemas relacionados con el artículo 578 del Código Penal dada la vaguedad de su terminología, la cual tiene potencial de ser sujeta a una interpretación subjetiva. El análisis de este tipo penal también resalta que este artículo no cumple con el estándar de incitación requerido por el derecho internacional de los derechos humanos.³⁹

Por ejemplo, la Corte Constitucional ha empleado los términos ‘enaltecimiento del terrorismo’ y ‘discurso de odio’ indistintamente en su decisión 35/2020.⁴⁰ Al mismo tiempo, restringió el ámbito de aplicación de delitos asociados al enaltecimiento de terrorismo y resaltó la importancia de considerar aspectos relacionados con la libertad de expresión en estos casos. La Corte estableció que existen otras medidas que deberían ser adoptadas para fines de restringir la libertad de expresión en lugar de recurrir a sanciones penales, y señaló que el derecho penal debería ser el último recurso para restringir la libertad de expresión (*ultima ratio*). Las sanciones penales no deben ser utilizadas para restringir el odio en sí mismo o el sentimiento de odio, a menos que ese ‘odio’ conduzca a otras conductas serias y prohibidas.⁴¹ El Tribunal Constitucional también estableció que los jueces penales que examinan los casos de enaltecimiento del terrorismo deben evaluar los elementos de intención, circunstancia y contexto para proteger la libertad de expresión como un derecho fundamental.⁴² Pese a esta orientación positiva, ARTICLE 19 señala que estas consideraciones no se aplican uniformemente a todos los delitos relacionados con restricciones a la libertad de expresión prohibidas en el Código Penal.

³⁸ Corte Constitucional, Decisión [112/2016](#), 10 junio 2016, FFJJ 3 y 4; o por ejemplo, Tribunal Supremo, Sentencia [185/2019](#), 2 abril, FJ 3.2.

³⁹ ARTICLE 19, Spain: speech related offences of the Penal Code, *op.cit.*, páginas 13-14.

⁴⁰ Corte Constitucional, Decisión [35/2020](#), 25 junio 2020.

⁴¹ *Ibid.*, Véase también Tribunal Supremo, Sentencia [646/2018](#), 14 diciembre 2018, FJ Único; Tribunal Supremo, Decisión 4/2017, 18 enero 2017, FJ 2.

⁴² Corte Constitucional, Decisión 35/2020, *op.cit.*

Además, el Tribunal Supremo considera que los artículos 578 (enaltecimiento del terrorismo), 579 (incitación al terrorismo) y 510 son un grupo de delitos de "discurso de odio", al igual que "crímenes de odio" prohibidos por el sistema penal español.⁴³ La distinción que hace el Tribunal realiza es el umbral de responsabilidad penal del artículo 510 que se cumple en un tipo básico de riesgo (dolo básico) y los delitos relacionados con el terrorismo requieren un elemento de probabilidad de riesgo.

Características protegidas en virtud del artículo 510

Las características protegidas en virtud del artículo 510 son amplias e incluyen "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." Por lo tanto, el artículo 510 cubre a un amplio grupo de individuos contenidos en el rango de características protegidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

Este carácter expansivo de características protegidas bajo el artículo 510 es positivo. Sin embargo, ARTICLE 19 resalta con preocupación que la categoría de "ideología" no debería ser sujeta a una interpretación amplia. Por ejemplo, ARTICLE 19 identificó dos casos en los que la Fiscalía aplicó la motivación de ideología con el fin de proteger a fuerzas policiales. El primero fue en virtud del artículo 510 para procesar a políticos que publicaron mensajes contra la policía y la guardia civil.⁴⁴ El segundo, en virtud del artículo 20.4, en el que guardias civiles que no estaban de servicio fueron agredidos en un restaurante. La Fiscalía creó una conexión entre su identidad "ideológica" y la "motivación ideológica" de los perpetradores.⁴⁵

Positivamente, la Audiencia Provincial de Barcelona, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y el Tribunal Supremo han establecido consistentemente que la protección contra el 'discurso de odio' es limitado a grupos en situación de vulnerabilidad o históricamente discriminados en un contexto específico en el que se difunde el discurso.⁴⁶

Pese a esta orientación positiva, ARTICLE 19 señala su preocupación en función de que estos criterios no influyan suficientemente las pautas establecidas por la Fiscalía General. En sus pautas para interpretar los delitos de odio previstos en el artículo 510 del Código Penal (Circular 07/2019), el Fiscal General aborda el factor de la ideología a través del elemento de vulnerabilidad. Establece que pese a que la finalidad de estos delitos es proteger a grupos desfavorecidos, la vulnerabilidad del colectivo no es un elemento requerido para aplicar el artículo 510. Por ejemplo, señala que "una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacia tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos establecidos en el artículo 510 del Código Penal."⁴⁷

Aunque ARTICLE 19 no identificó casos en los que esta interpretación amplia haya sido aplicada, este punto merece una evaluación cuidadosa y limitación estricta. Particularmente

⁴³ Tribunal Supremo, Sentencia 646/2018, *op.cit.*

⁴⁴ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sentencia [72/2018](#), 28 junio 2019.

⁴⁵ Si bien este caso fue perseguido bajo el artículo 20.4 del Código Penal (agravante en función de circunstancia discriminatorio), el ámbito de aplicación del artículo 510 fue incluido en la evaluación del caso. Tribunal Supremo, Sentencia [458/2019](#), 9 octubre 2019.

⁴⁶ Audiencia Provincial de Barcelona, Sentencia [787/2018](#), 12 de diciembre de 2018. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña adopta un enfoque similar para afirmar que las víctimas de "discurso de odio" en virtud del artículo 510 se limitan a grupos vulnerables que se identifican como tales por su condición personal o social, Sentencia [72/2018](#), *op.cit.*; Corte Suprema, [458/2019](#), *op.cit.*

⁴⁷ Fiscalía General, *op.cit.*, páginas 55665-55666.



para impedir y prevenir la aplicación del artículo 510 contra los grupos y personas a los que pretende proteger.