

ARTICLE 19

España: Circular 7/2019 de la
Fiscalía General sobre la
interpretación de los delitos de
“discurso de odio”

Febrero 2020

Legal analysis

Resumen ejecutivo

En 2020, ARTICLE 19 analizó la Circular 7/2019: Pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el Artículo 510 del Código Penal (la Circular) de la Fiscalía General del Estado. El Artículo 510 prohíbe varias formas de discurso de odio.

Aunque las circulares, en su carácter de documentos de las autoridades públicas, no son legalmente vinculantes, proporcionan direcciones interpretativas para las autoridades de la Fiscalía sobre cómo evaluar casos conforme a las disposiciones del Código Penal. Por lo tanto, ARTICLE 19 analiza en qué medida la Circular se apega a los estándares internacionales de libertad de expresión aplicables al 'discurso de odio.'

ARTICLE 19 acoge con agrado las referencias a instrumentos y recomendaciones internacionales y regionales en materia de derechos humanos en la Circular. También apreciamos que la Circular busca proporcionar umbrales de gravedad altos respecto de ciertas disposiciones del Artículo 510. Al mismo tiempo, encontramos que muchos criterios establecidos por la Circular son extremadamente amplios, inconsistentes y pueden facilitar restricciones ilegítimas a la libertad de expresión. En particular:

- La Circular no proporciona a las y los fiscales una orientación clara sobre cómo realizar un balance adecuado de los objetivos del Artículo 510 del Código Penal con el derecho a la libertad de expresión. En particular, es inconsistente en su enfoque relacionado con los umbrales de gravedad y, cuando se estipulan, establece estándares por debajo de aquellos requeridos en los estándares regionales e internacionales en materia de libertad de expresión. No incluye la prueba completa de las seis partes del Plan de Acción de Rabat como criterio aplicable en casos de incitación.
- La Circular requiere a las y los fiscales que investiguen y califiquen como sancionable "discurso ofensivo e insultante que lastima los sentimientos de las categorías protegidas y los individuos conforme al Artículo 510", mientras que el discurso meramente ofensivo está protegido por los estándares internacionales y regionales.
- Las pautas sobre motivación discriminatoria en los distintos tipos penales del Artículo 510 es confusa.
- La Circular omite justificar por qué grupos e individuos que no cumplen con las características de "grupos en situación de discriminación, desigualdad y vulnerabilidad" son acogidos por la protección del Artículo 510. Esto permite la investigación y la acusación de individuos por delitos de discurso de odio que son críticos de las autoridades.
- Instruye a las y los fiscales considerar la republicación de contenido en las redes sociales como una agravante bajo el Artículo 510.

ARTICLE 19 concluye que la Circular debería ser revisada exhaustivamente e incorporar adecuadamente las recomendaciones establecidas en los estándares internacionales y regionales. Esto también debería asegurar que las restricciones al derecho a la libertad de expresión a través del uso del derecho penal son aplicadas como el último recurso – *ultima ratio*

- y únicamente en circunstancias excepcionales. Este análisis proporciona recomendaciones específicas al respecto.

Principales recomendaciones:

- El objetivo de la Circular debería ser revisada. Su objetivo debería ser proporcionar una guía exhaustiva sobre cómo realizar un balance de la protección de la libertad de opinión y expresión con otros intereses legítimos y garantizar que solo los casos con un umbral de gravedad alto estén sujetos a procesos penales. También debería garantizar que las autoridades de la Fiscalía encargadas de hacer cumplir la ley estén familiarizadas con los estándares en materia de libertad de expresión y derechos humanos aplicables a casos de 'discurso de odio';
- La estructura de la Circular debería mejorarse. Los criterios para evaluar los casos deberían organizarse de manera clara y concisa con el fin de evitar confusiones sobre varias pautas y criterios de interpretación proporcionadas en la Circular;
- La Circular debería clarificar que el derecho internacional requiere enfoques diversos para los diferentes tipos de 'discurso de odio' en función de su gravedad. El discurso que ofende o hiere sentimientos, pero que no constituye incitación a la discriminación, la violencia u hostilidad, no debería criminalizarse;
- Las referencias hechas en la Circular a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal Europeo) relacionada con el 'discurso de odio' deberían revisarse y debería asegurarse que los estándares del Tribunal Europeo sean plasmados de manera completa y adecuada;
- La Circular debería incluir explícitamente la prueba de las seis partes del Plan de Acción de Rabat e instruir a las y los fiscales para que la utilicen al iniciar la etapa de instrucción / investigación en aplicación del Artículo 510 del Código Penal. Alternativamente, los elementos de la prueba de seis partes deberían incluirse en la Circular, en particular la intención específica, el contexto y la probabilidad de que ocurra un daño. Los criterios para evaluar la intención deberían desarrollarse más en detalle, especialmente el requerimiento de evaluar la intención de la conducta de quien emite el discurso en redes sociales;
- La Circular debería requerir a las y los fiscales que consideren la situación de discriminación, o el riesgo de discriminación desigualdad como un factor decisivo al determinar si cierto grupo encuentra protección bajo el Artículo 510. Debería asegurarse que las disposiciones del Artículo 510 del Código Penal no protejan a policías ni fuerzas de seguridad contra la crítica;
- Las autoridades de la Fiscalía deberían garantizar que las víctimas de incitación o las organizaciones que representan a los grupos de características protegidas sean incluidas en el proceso penal. Sin embargo, la perspectiva de la víctima no debería utilizarse para determinar la intención del quien emite el discurso;
- Debería exigirse a las y los fiscales que se aseguren de que la aplicación del Artículo 510.2.a) se limite a declaraciones o materiales humillantes que constituyan incitación directa a la discriminación, la violencia y la hostilidad. La aplicación del Artículo 510.2.b) debería limitarse estrictamente a casos que califiquen como incitación directa a la violencia, la hostilidad y la discriminación;
- La Circular debería proporcionar orientación sobre en qué consiste y significa enaltecimiento o justificación para efectos de investigación de casos de incitación a la violencia, la hostilidad y la discriminación;
- La Circular debería recomendar a las y los fiscales que apliquen las disposiciones del Artículo 510.3 del Código Penal solo en casos que califiquen como incitación directa a la

discriminación, la hostilidad y la discriminación conforme a la prueba de las seis partes del Plan de Acción de Rabat.

Índice

Índice	5
Introducción	6
Estándares aplicables en materia de libertad de expresión	8
La protección del derecho a la libertad de expresión	8
Limitaciones sobre el derecho a la libertad de expresión	8
Restricción del 'discurso de odio'	9
Análisis de la Circular	12
I. Características comunes y criterios aplicables a todos los delitos en el Artículo 510	12
Objetivo y bien jurídico del Artículo 510	12
El derecho a la libertad de expresión y el discurso de odio	13
Naturaleza legal de los delitos de discurso de odio en virtud del Artículo 510:	
Peligro abstracto	16
Grupos y personas protegidas	17
Intención (dolo)	18
Lineamientos para determinar si existe un motivo de odio	19
Consideraciones en cada delito del Artículo 510	21
Artículo 510.1 a): Fomento, promoción o incitación pública directa o indirecta al odio, discriminación, hostilidad o violencia contra grupos o una parte de los mismos	21
Artículo 510.1.b): elaboración, tenencia y/o difusión de soportes aptos o medios idóneos para alentar, promover o incitar directo o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia	23
Artículo 510.2.a) Humillación, menosprecio o descrédito de grupos o personas	23
Artículo 510.2.b) Enaltecimiento o justificación de los crímenes de odio	24
Circunstancia agravante en virtud del Artículo 510.3: Diseminación en los medios	24
Sobre ARTICLE 19	26

Introducción

En este análisis, ARTICLE 19 revisa la Circular 7/2019 sobre las pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el Art. 510 del Código Penal (Circular) elaboradas y publicadas por la Fiscalía General del Estado (Fiscalía) el 24 de mayo de 2019. La Circular proporciona una serie de direcciones sobre cómo evaluar casos en virtud de las disposiciones del Artículo 510 del Código Penal que criminaliza varias formas de 'discurso de odio'. Estas disposiciones se modificaron en 2015¹ a fin de incorporar la sentencia del Tribunal Supremo de 2007 sobre el crimen de negación del genocidio y trasladar la Decisión Marco de la UE 2008/913/JAI a la ley española².

Este análisis es parte de un amplio trabajo de ARTICLE 19 en España relacionado con el 'discurso de odio'. En marzo de 2020, ARTICLE 19 analizó la legislación que sustenta la Circular – las disposiciones del Artículo 510 del Código Penal – para revisar su cumplimiento con los estándares internacionales de derechos humanos. En el análisis, planteamos preocupaciones sobre el ámbito de aplicación del Artículo 510 en tanto prohíbe un amplio rango de conductas que van más allá de las restricciones permisibles sobre el derecho a la libertad de opinión y expresión en virtud de los Artículos 19 y 20 párrafo 2 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)³. También resaltamos que no existía una prueba uniforme para evaluar los casos de incitación en virtud de estas disposiciones.

En 2020, ARTICLE 19 también realizó una investigación sobre las prácticas judiciales de los tribunales españoles⁴ a fin de examinar cómo se han interpretado estas disposiciones en la práctica. También sostuvimos un diálogo sobre libertad de expresión y discurso de odio en España con personas expertas a nivel nacional, regional e internacional para conocer a detalle la implementación de la legislación en la materia⁵. En ambos casos fue claro que tanto la Fiscalía como los tribunales implementan e interpretan estas disposiciones inconsistentemente, no proporcionan claridad sobre cómo llegan a sus conclusiones de que los criterios del Artículo 510 se cumplieron y aplican umbrales de responsabilidad penal menores a los establecidos en los estándares internacionales de derechos humanos. En estas circunstancias, es positivo que la Fiscalía General haya decidido proporcionar la muy necesitada guía para las y los fiscales y haya emitido la Circular.

ARTICLE 19 considera que en la medida en que la Circular proporciona orientación sobre la interpretación de las disposiciones del Código Penal, esta debería estar basada en el derecho internacional de los derechos humanos y sus estándares. También, conforme Artículo 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, leído en conjunto con el Artículo 10.2 de la Constitución española, las acciones de la Fiscalía deben cumplir con las normas legales nacionales y los estándares internacionales de derechos humanos⁶. Por lo tanto, ARTICLE 19 analiza cómo los aspectos clave de la Circular siguen los estándares establecidos en la jurisprudencia regional e internacional en materia de libertad de expresión y de derechos humanos. ARTICLE 19 considera que la Circular

¹ Código Penal español, Ley Orgánica 10/1995 y sus modificaciones [Ley Orgánica 1/2019, 20 de febrero, que modificó la Ley Orgánica 10/1995, 21 de noviembre, Código Penal, para traslada las Directrices de la UE sobre financiamiento y terrorismo y adoptar otros asuntos internacionales.](#)

² [Decisión marco del Consejo 2008/913/JHA del 28 de noviembre de 2008 sobre el combate de ciertas formas y expresiones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal.](#)

³ ARTICLE 19, [España: Delitos relacionados con la libertad de expresión en el Código Penal](#), marzo de 2020.

⁴ ARTICLE 19, [Documento técnico para el Diálogo con personas expertas sobre la libertad de expresión y 'discurso de odio' en España](#), octubre de 2020.

⁵ ARTICLE 19, Reporte del diálogo con expertos sobre libertad de expresión y 'discurso de odio' en España, noviembre de 2020.

⁶ Oficina del Fiscal General, [Estatuto del Fiscal General](#), Capítulo III, Artículo 6, principios de legalidad e imparcialidad.



debería ser mejorada en dicho aspecto y espera que este análisis y sus recomendaciones promuevan su revisión. Estamos listos para a brindar el apoyo necesario durante el proceso.

Estándares 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)⁷ y se le da fuerza legal a través del Artículo 19 del PIDCP⁸ y en el nivel regional por el Artículo 10 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos (Convención Europea)⁹; y se afirmó posteriormente en el Artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁰.

El alcance del derecho a la libertad de expresión es amplio. El Artículo 10 del PIDCP y el Artículo 10 de la Convención Europea piden que los estados garanticen a todas las personas la libertad de buscar, recibir o impartir información o ideas de cualquier tipo, independientemente de las fronteras, a través de cualquier medio o de la elección de una persona; esto incluye el Internet y los medios digitales.¹¹

Significativamente, en la observación general No 34,¹² el Comité de Derechos Humanos de la ONU (Comité de DH), el órgano del tratado de expertos independientes que monitorean el cumplimiento de los estados del PIDCP, reconoce explícitamente que el Artículo 19 del PIDCP protege todas las formas de expresión y los medios de su diseminación, incluyendo todas las formas de los modos de expresión electrónicos y basados en Internet¹³.

En virtud de estas normas, el derecho a la libertad de expresión incluye, *inter alia*, el discurso político, el comentario sobre asuntos propios y públicos, el periodismo y la expresión que puede considerarse profundamente ofensiva¹⁴ o que “impacta o perturba al estado o a algún sector de la población”¹⁵.

Limitaciones sobre el derecho a la libertad de expresión

⁷ A través de su adopción en una resolución de la Asamblea General de la ONU, la DUDH no es estrictamente vinculante para los estados. Sin embargo, muchas de sus disposiciones se refieren a haber adquirido fuerza legal como derecho internacional consuetudinario desde su adopción en 1948; véase *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F. 2d 876 (1980) (Tribunal de Apelaciones del Circuito de EE. UU., 2º circuito).

⁸ Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, Doc. A de la ONU/6316. España ratificó el PIDCP el 27 de abril de 1977.

⁹ Convención para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Roma, 4 de septiembre de 1950.

¹⁰ Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 26 de octubre de 2012, 2012/C 326/02.

¹¹ Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 34 sobre el Artículo 19: Libertades de opinión y expresión, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011. Véase también Consejo de Derechos Humanos, Resolución: La promoción, protección y goce de los derechos humanos en el Internet, A/HRC/20/L.13, 29 de junio de 2012.

¹² Comité de Derechos Humanos (Comité de DH), Comentario general no. 34, Artículo 19, Libertades de opinión y expresión, 12 de septiembre de 2011 2011, CCPR/C/GC/34.

¹³ *Ibid*, párrafo 12.

¹⁴ *Ibid*, párrafo 11.

¹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal Europeo), *Handyside v. Reino Unido*, Ap. No. 5493/72 (1976), párrafo 49.

En virtud del derecho internacional de los derechos humanos, los Estados pueden limitar de manera excepcional la libertad de expresión en virtud del Artículo 19 párrafo 3 del PIDCP y el Artículo 10 párrafo 2 de la Convención Europea. Las restricciones serían legítimas solamente bajo circunstancias específicas (la denominada “prueba de tres partes” o “prueba tripartita”), la cual establece que las limitaciones deban:

- **Ser previstas por ley:** Cualquier ley o regulación debe formularse con precisión suficiente para permitir que las personas regulen su conducta en consecuencia; la garantía de la legalidad sobre las limitaciones al Artículo 19 debe comprender la vigilancia de las autoridades judiciales independientes e imparciales;
- **Perseguir un fin legítimo:** Enunciado exhaustivamente como: Respeto de los derechos o reputaciones de otros; o la protección de la seguridad nacional u orden público (*ordre public*) o de salud pública o moralidad;
- **Ser necesarias y proporcionadas:** Solicitando a los Estados que demuestren de manera específica e individualizada la naturaleza precisa de la amenaza y la necesidad y proporcionalidad de la acción específica tomada, en particular estableciendo una conexión directa e inmediata entre la expresión y la amenaza¹⁶.

De esta forma, cualquier limitación impuesta por el Estado sobre el derecho a la libertad de expresión debe cumplir con los requisitos estrictos de esta prueba de tres partes. Además, el Artículo 20(2) del PIDCP menciona que debe prohibirse por ley cualquier apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o violencia (véase más información a continuación).

Restricción del ‘discurso de odio’

El ‘discurso de odio’ es un término generalizado que no tiene definición en virtud del derecho internacional de los derechos humanos. La expresión del odio hacia un individuo o grupo con base en una característica protegida se puede dividir en tres categorías, distinguidas por la respuesta solicitada de los Estados conforme al derecho internacional de derechos humanos¹⁷:

- Formas graves de ‘discurso de odio’ que el derecho internacional requiere que los estados prohíban, incluyendo a través de medidas penales, civiles y administrativas, en virtud del derecho penal internacional y el Artículo 20(2) del PIDCP;
- Otras formas de ‘discurso de odio’ que los estados pueden prohibir para proteger los derechos de otros en virtud del Artículo 19(3) del PIDCP, como las amenazas o acoso discriminatorios o motivados por el prejuicio;
- ‘Discurso de odio’ que es legítimo pero que, sin embargo, genera inquietudes en términos de intolerancia y discriminación, que amerita una respuesta crítica por parte del estado pero que debe protegerse de las restricciones en virtud del Artículo 19 párrafo 3 del PIDCP.

Esta respuesta escalonada se reconoce como un principio general en el Plan de Acción de Rabat que proporciona orientación sobre lo que constituye incitación en virtud del Artículo 20(2) del

¹⁶ *Ibid.*, párrafo 22.

¹⁷ Para una explicación completa de la política de ARTICLE 19 de ‘discurso de odio,’ véase ARTICLE 19, [“Discurso de odio” Explicado: Un kit de herramientas](#), 2015, p. 8.

PIDCP¹⁸. Establece que, a nivel nacional, “es necesario hacer una clara distinción entre tres tipos de expresión: Expresión que constituye un delito penal, expresión que no es castigable penalmente, pero que puede justificar un procedimiento civil o sanciones administrativas; expresiones que no dan lugar a sanciones penales, civiles, o administrativas, pero que aún generan preocupación en términos de tolerancia, civilidad y respeto por los derechos de los demás”¹⁹.

El Plan de Acción de Rabat establece que las prohibiciones sobre la incitación se deben enfocar en la apología del odio discriminatorio orientado hacia un grupo protegido, con características de un grupo protegido a ser interpretado con base en una amplia base, incluyendo características como sexo, sexualidad, identidad de género y etnia. Establece que se debe considerar la intención o capacidad del interlocutor de incitar una acción por la audiencia contra el grupo objetivo. Para determinar esto, el Plan de Acción de Rabat propone seis factores a considerar:

- **Contexto:** Considerando el contexto social, político o económico del discurso, particularmente cualquier historia de conflicto o persecución del grupo protegido.
- **Identidad del interlocutor:** La posición de la autoridad o influencia que posee el interlocutor, por ejemplo, si es un líder oficial público o religioso.
- **Objetivo:** Si el interlocutor intentó participar en la apología del odio discriminatorio, concretamente si intentó dirigirse a un grupo protegido basándose en las características protegidas y si sabía que su expresión posiblemente incitaría a la audiencia a la discriminación, hostilidad o violencia.
- **Contenido de la expresión:** Lo que se dijo, incluyendo la consideración de la forma y estilo de la expresión y lo que la audiencia entendió de esto.
- **Alcance y magnitud de la expresión:** La naturaleza pública de la expresión y sus medios, así como su intensidad o magnitud en términos de su frecuencia o cantidad.
- **Posibilidad de la ocurrencia de un daño, incluyendo su inminencia:** Debe existir una probabilidad razonable de ocurrencia de discriminación, hostilidad o violencia como resultado directo de la expresión.

También podrían prohibirse otras formas de ‘discurso de odio’ o expresión discriminatoria que no cumplan con el umbral del Artículo 20(2) de acuerdo con estos criterios, sin embargo, cualquiera de estas prohibiciones debe pasar la prueba de tres partes para cumplir con las normas internacionales sobre la libertad de expresión.

Además, como se mencionó anteriormente, habrá un amplio rango de expresión que no alcance el umbral de las limitaciones permisibles. El Comité de DH y el Tribunal Europeo han afirmado en repetidas ocasiones que el alcance del derecho a la libertad de expresión se extiende a la expresión de opiniones e ideas que otros puedan encontrar profundamente ofensivas²⁰ y que esto pueda abarcar la expresión discriminatoria. Esto no impide a los estados tomar otras medidas para abordar este tipo de expresión y prejuicios subyacentes de los que esta categoría de ‘discurso de odio’ es sintomática o maximizar las oportunidades para todas las personas, incluyendo funcionarios e instituciones, de participar en un contra discurso.

¹⁸ Véase [Plan de acción de Rabat de la ONU](#) (2012). En particular, aclara que debe considerarse la prueba de seis partes en la evaluación de si el discurso debe penalizarse por los estados como incitación.

¹⁹ *Ibid.*, párrafo 20.

²⁰ Observación General 34, *op.cit.*, párrafo 11. Véase también Tribunal Europeo, *Handyside v. el RU op.cit.*

En nivel europeo, la Convención Europea no contiene ninguna obligación de prohibir alguna forma de expresión, como lo establece el Artículo 20(2) del PIDCP. Sin embargo, el Tribunal Europeo ha reconocido que ciertas formas de expresión perjudicial deben restringirse necesariamente para defender los objetivos de la Convención Europea como una totalidad²¹. El Tribunal Europeo también ha ejercido supervisión particularmente estricta en casos donde el estado haya impuesto sanciones penales y en muchos casos que haya encontrado que la imposición de una condena penal viole el principio de proporcionalidad²². Aunque el Tribunal Europeo no ha respaldado explícitamente la prueba de seis partes del Plan de Rabat, su jurisprudencia incluye un número de aspectos incorporados en la prueba del Plan de Rabat. Por ejemplo, ha considerado el contexto de la expresión y la probabilidad de que ciertos discursos puedan suscitar violencia, odio o intolerancia o que lleve a consecuencias perjudiciales²³. También ha considerado el impacto del discurso sobre la audiencia²⁴. El Tribunal Europeo también ha establecido que el derecho penal no debe verse como la respuesta predeterminada a casos de expresión perjudicial si sanciones menos severas lograrían el mismo efecto.

A nivel de la Unión Europea, la Decisión Marco del Consejo requiere que los Estados sancionen el racismo y xenofobia a través de "sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasivas"²⁵. Establece cuatro categorías de incitación a la violencia y delitos de odio que los estados deben penalizar con sanciones de hasta 3 años de prisión, incluyendo condonar, negar o trivializar extremadamente los crímenes históricos. Los Estados tienen la facultad discrecional de elegir castigar solamente la conducta que se lleva a cabo de una "manera que posiblemente perturbe el orden público" o "que esté amenazando, abuse o insulte," implicando que las limitaciones de expresión que posiblemente no tengan estos impactos negativos puedan restringirse de manera legítima. Desde el punto de vista de ARTICLE 19, estas obligaciones son más amplias y severas en las penalidades prescritas que las prohibiciones en el Artículo 20 párrafo 2 del PIDCP y no cumplen con los requisitos del Artículo 19 párrafo 3 del PIDCP²⁶. Los esfuerzos a nivel nacional para trasladar la Decisión Marco a los códigos penales en consecuencia producen un posible conflicto con las obligaciones de los estados en virtud del PIDCP.

²¹ Tribunal Europeo, *Erbakan v. Turquía*, Ap. No. 59405/00 (2006), párrafo 56; o *Gündüz v. Turquía*, Ap. No. 35071/97 (2004), párrafo 22.

²² Tribunal Europeo, *Jersild v. Dinamarca*, Ap. No 15890/89 (1992), párrafo 35.

²³ Tribunal Europeo, *Perinçek v. Suiza*, Gran Sala, No. 27510/09 (2015), párrafos. 204-208.

²⁴ *Ibid.*, párrafo. 218.

²⁵ [Decisión marco del consejo 2008/913/ JHA](#) del 28 de noviembre de 2008 sobre el combate de ciertas formas y expresiones de racismo y xenofobia por medios del derecho penal.

²⁶ Véase, ejemplo ARTICLE 19, [Propuesta en las consultas en la política de justicia de la Unión Europea](#), diciembre de 2013.

Análisis de la Circular

La Circular establece varias pruebas y criterios que las autoridades de la Fiscalía deben aplicar a los delitos contenidos en el Artículo 510 - concretamente 510.1.a), b) y c); 510.2.a) y b); 510.3, 510.4, 510.5 y 510.6-. El análisis de ARTICLE 19 sigue la estructura de la Circular e incluye solamente los temas clave con respecto a la protección de la libertad de expresión conforme al derecho internacional y regional de derechos humanos.

I. Características comunes y criterios aplicables a todos los delitos en el Artículo 510

Objetivo y bien jurídico del Artículo 510

Al principio del texto, la Circular describe el objetivo y el bien jurídico protegido del Artículo 510. Solicita a las y los fiscales utilizarlos como los criterios para comprender e identificar qué tipos de conductas son sancionables:

- Primero, declara que el objetivo del Artículo 510 del Código Penal es proporcionar protección de la *intolerancia excluyente*; esto incluye un amplio rango de conducta que debe penalizarse y no ha sido sancionada debido a la falta de identificación y orientación adecuada. Este concepto deriva de una sentencia del Tribunal Constitucional que fue impugnada ante el Tribunal Europeo, el cual encontró violación del derecho a la libertad de expresión²⁷.
- Segundo, establece que ya que el Artículo 510 es una de los “delitos cometidos por el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas consagradas en la constitución”, tiene como objetivo (i) promover el *ejercicio correcto o adecuado* de los derechos fundamentales en una sociedad democrática, por ejemplo, la libertad de opinión y expresión, la libertad de reunión, asociación y protesta; y (iii) prohibir la discriminación y asegurar el derecho a la igualdad (como se garantiza en el Artículo 14 de la Constitución española).
- Tercero, refiere a diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, *inter alia*, la Convención Europea, el PIDCP, las recomendaciones de la ECRI, la jurisprudencia del Tribunal Europeo, para demostrar que la igualdad tiene una posición de superioridad en el sistema legal español y el objetivo del Artículo 510 es proteger el derecho a la no discriminación y la igualdad. Establece entonces que dichos derechos protegen la dignidad humana.
- Finalmente concluye que el objetivo primario del Artículo 510 es proteger la dignidad humana.

Subsecuentemente, la Circular instruye a las y los fiscales en todos los casos del Artículo 510 determinar si el discurso fue una expresión de intolerancia no compatible con la convivencia social y si fue un ataque a la dignidad humana como una forma de intolerancia que va en contra del orden constitucional. Para identificar dichas expresiones, las y los fiscales deben determinar si las declaraciones son formas de *menosprecio a la dignidad humana*. El concepto de menosprecio a la

²⁷ Tribunal Europeo, *Stern Taulats y Roura Capellera v. España*, [Ap. No. 51168](#) (2018). El Ministro de Justicia español publicó una versión traducida de la [sentencia](#). El Tribunal Constitucional usó el concepto de intolerancia que causa exclusión como un parámetro para declarar la quema de la foto de los Monarcas españoles como un acto de incitación a la violencia en la forma de intolerancia política. El Tribunal europeo de Derechos Humanos sostuvo que el acto en cuestión no había constituido incitación a la violencia y que la quema de la foto fue una forma de expresión política protegida en virtud del Artículo 10 de la Convención.

dignidad humana implica ataques contra cosas, personas o grupos específicos producto de que los posibles perpetradores les consideran "diferentes".

ARTICLE 19 encuentra que las referencias a la protección de la dignidad son positivas ya que la dignidad humana es un elemento fundamental que sustenta la protección internacional de los derechos humanos²⁸. Casi todos los principales tratados de derechos humanos lo incluyen como un principio fundacional y general: El cumplimiento de cada derecho humano permite el reconocimiento de la dignidad como inherente a todos los seres humanos²⁹. Al mismo tiempo, sugerimos que el objetivo y los criterios para identificar casos en virtud de esta sección de la Circular podrían mejorarse e ir más allá con base en las siguientes consideraciones:

- La Circular debería referirse a la decisión del Tribunal Europeo en *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* que abordó el tema de intolerancia.³⁰ Podría incluir el razonamiento del Tribunal Europeo en este caso y debería subrayar los estándares internacionales y regionales que exigen a las autoridades realizar un ejercicio cuidadoso de balance entre el derecho a la libertad de expresión y otros intereses legítimos conforme al derecho internacional, en particular el derecho a la no discriminación – igualdad-.
- La Circular debería indicar que su objetivo es proporcionar instrucciones adecuadas sobre cómo realizar el balance de la protección de la libertad de expresión con los objetivos del Art. 510. Debería subrayar que la libertad de expresión y la igualdad son derechos humanos que se refuerzan mutuamente. Solo cuando se toman acciones coordinadas y focalizadas para promover tanto la libertad de expresión como la igualdad es que ambos derechos pueden efectivamente materializarse. Por lo tanto, no hay superioridad ni precedencia de otros intereses sobre la libertad de expresión.

Recomendaciones:

- El objetivo de la Circular debería ser revisada. Su objetivo debería ser proporcionar una guía exhaustiva sobre cómo realizar un balance de la protección de la libertad de opinión y expresión con otros intereses legítimos y garantizar que solo los casos con un umbral de gravedad alto estén sujetos a procesos penales. También debe procurar garantizar que las autoridades de la Fiscalía encargadas de hacer cumplir la ley estén familiarizadas con los estándares en materia de libertad de expresión y derechos humanos aplicables a casos de 'discurso de odio'.

El derecho a la libertad de expresión y el discurso de odio

La Circular elabora a detalle la relación entre la libertad de expresión y el 'discurso de odio'.

ARTICLE 19 acoge con agrado que la Circular reconozca la importancia del derecho a la libertad de expresión y haga referencia a un número de sentencias del Tribunal Europeo, del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Resalta que la protección de la libertad de expresión es amplia conforme a la jurisprudencia española, incluyendo puntos de vista y opiniones críticas que podrían perturbar o causar incomodidad y desagradar a aquellos a quienes se dirige la expresión. Reconoce que las opiniones consideradas peligrosas o equivocadas están protegidas por la libertad de opinión.

²⁸ Véase, por ejemplo, A. Chaskalson, [Dignidad como un valor constitucional: Una perspectiva sudafricana](#), Revisión de la ley internacional de la Universidad Americana. Volumen 26, publicación 5, 2011, p. 1382.

²⁹ C. McCrudden, [Dignidad humana e interpretación judicial de los derechos humanos](#), la revista europea de la ley internacional, Volumen 19, publicaciones 4, 2008.

³⁰ Véase Tribunal Europeo, *Stern Taulats and Roura Capellera c. España*, op. cit.

También es positivo que las y los fiscales estén obligados a realizar un ejercicio de balance caso por caso y eliminar el riesgo de un efecto disuasorio del derecho penal sobre el derecho a la libertad de expresión. El principio de *favor libertatis* debe aplicarse en caso de duda.

Al mismo tiempo, ARTICLE 19 encuentra con preocupación que las instrucciones de la Fiscalía General no recomienden seguir la prueba para evaluar casos de incitación conforme a las normas internacionales de derechos humanos. Aunque la Circular reconoce que no existe una definición única y uniforme del discurso de odio, enfatiza que en España se pueden perseguir “la diseminación de ideas y doctrinas excluyentes”. Dichas expresiones no tienen que incitar directamente a la violencia, también cubre casos que implican instancias donde existe “un riesgo real de causar un entorno hostil propenso a producir actos concretos de violencia, odio o discriminación contra individuos y grupos.”

Con referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo³¹, la Circular establece que la intolerancia y los ataques en la forma de injurias, ridiculización e insultos justifica la intervención de las autoridades para combatir el discurso racista que resulta de un ejercicio irresponsable de la libertad de expresión. También se refiere al caso del Tribunal Supremo que establece que “dichas declaraciones ofensivas, en el contexto del discurso de odio, provocan, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia y discriminación”³². Por lo tanto, las expresiones ofensivas hieren sentimientos y deben incluirse en los delitos de discurso de odio del Código Penal. ARTICLE 19 encuentra este enfoque problemático conforme a las siguientes consideraciones:

- Primero, la Circular no reconoce que no todo el ‘discurso de odio’ debe restringirse a través del derecho penal y que algunas formas de ‘discurso de odio’ son expresión protegida. Este es uno de los principales problemas que pueden conducir a limitaciones de discurso protegido.
- Segundo, la Circular presenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo relacionada con el ‘discurso de odio’ como uniforme y desestima una jurisprudencia divergente de la Corte sobre este tema. Por lo tanto, la Circular es muy selectiva en los casos y los extractos que incluye de cada caso, dejando fuera elementos cruciales para imponer restricciones en casos relacionados con ‘discurso de odio’ y equilibrar el derecho de libertad de expresión con otros intereses fundamentales. En particular, la Circular usa las referencias selectivas y extractos de los casos del Tribunal Europeo para decir que las expresiones ofensivas cumplen con el umbral de responsabilidad penal según la Convención Europea y, por lo tanto, en virtud del Artículo 510. No incluye que, en los casos a los que hace referencia, el Tribunal Europeo emplea los sentidos verbales “puede” o “podría” para reconocer un grado de posibilidad para restringir la expresión ofensiva. De hecho, el Tribunal Europeo ha considerado diversos factores que la Circular no incluye. En *Feret c. Bélgica*, el Tribunal Europeo llegó a la conclusión de que el discurso impugnado claramente incitó a la violencia y discriminación con base en factores decisivos: El contexto electoral en el que el interlocutor disemina los mensajes, la posición del candidato y el posible impacto sobre el electorado³³. En *Vejdeland c. Suecia*, el Tribunal Europeo consideró el contenido y el contexto de las declaraciones, la gravedad de las alegaciones contra un grupo específico y las características de la audiencia objetivo³⁴.
- Tercero, la Circular afirma de manera incompleta e inexacta que conforme al Tribunal Europeo el ‘discurso de odio’ no encuentra protección alguna en la libertad de expresión. Omite que, en

³¹ Véase Tribunal Europeo, *Feret c. Bélgica*, App. No. 15615/07 (2009); Tribunal Europeo, *Vejdeland c. Suecia*, App. No. 1813/07, (2012).

³² Sentencia de la Corte Suprema, 72/2018.

³³ Véase *Feret v. Bélgica*, párrafo 76.

³⁴ Véase *Vejdeland v. Suecia*, párrafo 54.

los casos referenciados y utilizados para basar su conclusión³⁵, el Tribunal Europeo sostuvo que el discurso insultante y declaraciones intransigentes no podían ser consideradas 'discurso de odio' basado en intolerancia religiosa. El Tribunal Europeo también confirmó que estas formas de expresión no equivalen a llamados e incitaciones a la violencia como para satisfacer el umbral de necesidad para que sean restringidos³⁶. La Circular omite mencionar que el Tribunal Europeo no encontró las sanciones penales como adecuadas en ambos casos. Por lo tanto, la Circular omite instruir a las y los fiscales que el discurso insultante u ofensivo por si solo no es suficiente para tener la atención de la responsabilidad penal.

Después de desarrollar el enfoque basado en que las expresiones ofensivas son sancionables en virtud del Código Penal, la Circular proporciona tres direcciones generales, basadas en las sentencias del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, conforme a las cuales las y los fiscales deben determinar si una acción prohibida contenida en el Art. 510 debería ser investigada y sancionada. Resaltan lo siguiente:

- **El discurso de odio puede manifestarse en diferentes formas, incluyendo** la promoción y diseminación de ideas y opiniones; expresiones y actos de menosprecio o humillación, o actos que inciten a la violencia física o psicológica; glorificación de estos actos o de sus autores;
- **la relevancia de la conducta es importante** como ideas y opiniones que no son enjuiciables a menos que infrinjan los intereses protegidos en virtud del Artículo 510 (es decir, protección contra los sentimientos de perjuicio o sentimientos hirientes, protección de la humillación, incitación y tolerancia) o que es probable que origine un riesgo contra ellos;
- **la motivación discriminatoria es un elemento esencial de estos delitos.**

La Circular menciona que la prueba de la Recomendación no. 15 de la ECRI señalando que es similar a la prueba de seis partes del Plan de Acción de Rabat, pero no instruye a los fiscales aplicar ninguna de ellas. En su lugar, la Circular concluye que el Tribunal Supremo proporciona los elementos que deberían observarse cuando se debe realizar un balance del derecho hacia la libertad de expresión con *expresiones que generan odio*. Las y los fiscales podrían evaluar casos considerando lo siguiente³⁷:

- el **autor** debe seleccionar a sus víctimas con base en la intolerancia contra los grupos descritos en el Artículo 510;
- la **conducta intimidada no solo a la persona específica sino al grupo completo** al que pertenece la persona, creando o causando sentimientos de daño a su dignidad, inseguridad u odio;
- la **expresión debe atacar las normas básicas de convivencia social**, esto significa que el discurso que se opone al respeto y la tolerancia es contrario al sistema legal creado para imponer control social, esto permitiría la exclusión de opiniones sobre las figuras públicas;
- las declaraciones deben cumplir con un **umbral de severidad** y el nivel de gravedad para incitar actos de terrorismo o que causen sentimientos de odio, deben tener las características y gravedad para clasificarlos como sentimientos hirientes contra la dignidad;
- la **intención** del autor es atacar, lo que podría permitir la exclusión de formas humorísticas de expresión y aquellas que se practican sobre la base de la venganza.

³⁵ Tribunal Europeo, *Erbakan c. Turquía*, App. No. 59405/00 (2006); Tribunal Europeo, *Gündüz c. Turquía*, App. No. 35071/97(2004); Tribunal Europeo, *Ergogdu e Ince v Turquía*, App. No. 25067/94, (1999).

³⁶ Véase *Gündüz v. Turquía*, párrafos 48, 49 y 51; *Erbakan v. Turquía*, párrafo 68; *Ergogdu e Ince v Turquía*, párrafos 52 y 54.

³⁷ Estos criterios están basados en la sentencia 646/2018 del Tribunal Supremo.

Mientras que ARTICLE 19 encuentra como positivo que estos criterios reflejen algunos elementos de la prueba de seis partes del Plan de Acción de Rabat, estos no limitan el ámbito de aplicación del Art. 510 exclusivamente a los casos de incitación. Como lo refirió ARTICLE 19 en el análisis del Código Penal, las disposiciones del Art.510 van mucho más allá de las restricciones permisibles bajo el Art. 20 (2) del PIDCP. La Fiscalía General debería proporcionar una orientación sustentada y acreditada en relación con este tema y asegurar que solo los casos más graves de incitación entren dentro del ámbito de estas disposiciones. En la práctica, limitar el alcance del Art. 510 también evitaría investigaciones, acusaciones y enjuiciamientos innecesarios que después pueden ser sujetos a impugnación ante tribunales superiores o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Recomendaciones:

- Asegurar que las y los fiscales tengan conocimiento de que el derecho internacional requiere enfoques diversos para los diferentes tipos de 'discurso de odio' en función de su gravedad. El discurso que ofende o hiere sentimientos, pero que no constituye incitación a la discriminación, la violencia u hostilidad, no debería criminalizarse;
- Revisar las referencias sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relacionada con el 'discurso de odio' y garantizar que los estándares del Tribunal Europeo estén reflejados de manera adecuada y completa en la Circular;
- Asegurar que la Circular incluya la prueba de las seis partes del Plan de Acción de Rabat en su totalidad e instruir su utilización a las y los fiscales al iniciar la etapa de instrucción/investigación de conformidad con el Artículo 510 del Código Penal;
- Solicitar expresamente a las y los fiscales que observen el principio que exige a las autoridades restringir el uso de procedimientos penales contra expresiones.

Naturaleza legal de los delitos de discurso de odio en virtud del Artículo 510: Peligro abstracto

La Circular clasifica los diversos delitos en virtud del Artículo 510 como conductas sancionables de *peligro abstracto* y que no representan un riesgo de daño verdadero o efectivo. Con excepción del Artículo 510.2 a), la Fiscalía General establece que fiscales deben observar que las conductas no requieran el elemento de promoción de un acto específico sino la aptitud o idoneidad para crear un clima de odio o discriminación que, en cada caso, es posible que provoque acciones contra un grupo o sus miembros, como una expresión de una intolerancia excluyente hacia aquellos que son diferentes.

ARTICLE 19 analizó previamente las sentencias del Tribunal Supremo que establecen estas normas basadas en el riesgo y encontró que no siguen las recomendaciones de la prueba de seis partes en el Plan de Acción de Rabat y establece un umbral de responsabilidad criminal significativamente más bajo que el establecido en el Artículo 20(2) así como el 19(3) del PIDCP³⁸. En la práctica, la Circular instruye a las y los fiscales iniciar investigaciones de discurso ofensivo eliminando cualquier requerimiento de probabilidad de causar un daño específico. Esto va en dirección opuesta al Plan de Acción de Rabat, debería haber una conexión clara y concreta entre el grado de riesgo de daño y el resultado potencial. La evaluación debe determinar si es probable que la expresión conduzca a violencia, hostilidad o discriminación y tenga éxito en incitar estos comportamientos prohibidos contra el grupo o personas objetivo.

³⁸ Véase ARTICLE 19, Documento técnico para el Diálogo sobre libertad de expresión y 'discurso de odio' en España, *op. cit.*, páginas 5-8.

Bajo el estándar de peligro abstracto, las y los fiscales podrían dejar fuera el contexto - la posición de los grupos objetivo, los factores históricos y de discriminación, los acontecimientos políticos o las tensiones sociales - de su evaluación para demostrar si la probabilidad de daño o resultado prohibido es suficientemente grave como para ser investigado y procesado.

Recomendaciones:

- Requerir a fiscales que apliquen el estándar de peligro concreto a todos los delitos bajo el Artículo 510;
- Incorporar en la Circular la descripción de probabilidad y contexto proporcionada en el Plan de Acción de Rabat como guía para determinar el grado de riesgo de una expresión para causar violencia, discriminación y hostilidad contra los grupos e individuos objetivo.

Grupos y personas protegidas

La Circular adopta un enfoque amplio sobre quiénes califican como grupos e individuos protegidos bajo las disposiciones del Código Penal sobre 'discurso de odio'. Establece que cualquier grupo está protegido por el Artículo 510 – incluidos los que propagan ideología nazi -. La Fiscalía General establece que la situación de vulnerabilidad del grupo no es un elemento decisivo que requiera consideración en la evaluación de las y los fiscales.

ARTICLE 19 reconoce que la Circular pretende brindar protección a una amplia gama de grupos que podrían ser objeto de 'discurso de odio'. Sin embargo, ARTICLE 19 nota que en la práctica, las disposiciones sobre 'discurso de odio' se han utilizado para procesar personas que expresaron opiniones o declaraciones de mal gusto contra fuerzas policiales. Incluyeron a políticos que publicaron mensajes contra policías y las fuerzas de la Guardia Civil³⁹ y ataques contra guardias civiles⁴⁰. En esos casos, la Fiscalía General intentó argumentar que fue un caso de discurso de odio con base en la identidad ideológica y por motivación ideológica.

ARTICLE 19 señala que los motivos para proteger contra el odio discriminatorio debe incluir todas las características protegidas que aparecen en las disposiciones más amplias de no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos. Esta interpretación ha sido reconocida en jurisprudencia interna que establece que la protección contra 'discurso de odio' está limitada a grupos vulnerables o grupos históricamente discriminados en un contexto específico en el cual el discurso es difundido⁴¹.

Adicionalmente, resaltamos que el Tribunal Europeo ya se ha pronunciado al respecto para sostener que la policía, como parte de las fuerzas de seguridad pública, no están protegidas contra insultos, ridiculización o injurias.⁴²

Recomendaciones:

³⁹ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, [Sentencia 72/2018](#), 28 de junio de 2018,

⁴⁰ Este caso fue presentado en virtud del Artículo 20.4 (circunstancia agravante con base en discriminación) pero el alcance del Artículo 510 se incluyó en la examinación del caso. Corte Suprema, [458/2019](#), 9 de octubre de 2019.

⁴¹ Corte Provincial de Barcelona, Sentencia [787/2018](#), 12 de diciembre de 2018. La Corte Suprema de Justicia de Cataluña adopta un enfoque similar para establecer que las víctimas del "discurso de odio" en virtud del Artículo 510 están limitadas a grupos vulnerables que se identifican de dicha forma con base en una condición personal o social, Sentencia [72/2018](#), *op.cit.*; Corte Suprema, [458/2019](#), *op.cit.*

⁴² Véase Tribunal Europeo, [Savva Terentyev c. Rusia](#), [GC] App. No. 10692/09, (2019).

- Requerir a fiscales que consideren la situación de discriminación, o riesgo de discriminación como un factor decisivo al determinar si cierto grupo entra en los grupos de categorías protegidas conforme al Artículo 510.
- Asegurar que las disposiciones del Artículo 510 del Código Penal no sean utilizadas para proteger de la crítica a la policía y las fuerzas de seguridad.

Intención (dolo)

En cuanto a la intención o dolo de cometer un crimen en virtud del Artículo 510 del Código Penal, la Circular señala que el tipo básico es suficiente – dolo genérico - y proporciona una serie de parámetros para evaluarlo. Incluyen el contenido de las expresiones y la mera voluntariedad del interlocutor para diseminarlo; el interlocutor tiene la capacidad de *controlar* y premeditar sus mensajes y acciones; y el contexto, particularmente a través del uso de redes sociales; los interlocutores tienen conocimiento de la escala de diseminación a la que pueden llegar cuando usan redes sociales y el hecho de que expresiones de odio y discriminación son resultado de mensajes humillantes, dañinos y hostiles. Establece que la motivación es un elemento adicional al dolo en casos del Artículo 510; estos criterios se satisfacen cuando el interlocutor disemina las declaraciones de odio y discriminatorias contra un grupo o persona que pertenece a este porque el interlocutor los considera *diferentes*.

ARTICLE 19 aprecia que la Circular proporcione guía específica sobre cómo evaluar la intención – dolo-. Sin embargo, consideramos que el requerimiento del estándar genérico en lugar del concreto o reforzado es problemático. Comprendemos que esta guía deriva de la jurisprudencia del Tribunal Supremo; no obstante, creemos que el tipo concreto – intención o dolo específico- debería ser requerido para todos los delitos del Art. 510. Desde una perspectiva comparativa, los estándares proporcionados enseguida se han basado en gran medida en un alto umbral de intención en los casos de incitación y en otras restricciones basadas en el 'discurso de odio':

- El Tribunal Europeo ha señalado que la intención del orador debería ser un elemento decisivo en casos de incitación. Por ejemplo, en *Jersild c. Dinamarca*, el Tribunal sostuvo que el interlocutor no tuvo *la intención de apoyar e incitar* la diseminación de discurso ofensivo racista sino presentarlo como un documental⁴³. En *Gündüz c. Turquía*, el Tribunal se acercó a requerir la intención específica al hacer un llamado a la violencia - entre otros elementos - a fin de satisfacer el umbral de necesidad para imponer responsabilidad penal sobre declaraciones consideradas como 'discurso de odio'⁴⁴.
- De manera similar, la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (RELE) ha recomendado la consideración de intención específica en casos de incitación s normas de derechos humanos interamericanas sobre libertad de expresión: la persona debe tener *la intención clara de cometer un crimen y la posibilidad real, verdadera y efectiva de lograr este objetivo*.⁴⁵
- La Fiscalía del Reino Unido establece que, en casos relacionados con incitación, "[e]l enjuiciamiento debe mostrar que la persona acusada de incitación intentaba o creía que la

⁴³ Tribunal europeo, *Jersild v. Dinamarca*, Ap. No. 15890/89 23 de septiembre de 1994

⁴⁴ Tribunal europeo, *Gündüz v. Turquía*, *op. cit.*, párrafo 51.

⁴⁵ Relator especial sobre la libertad de expresión, [El marco legal interamericano con relación al derecho de libertad de expresión](#), Comisión interamericana para los derechos humanos, 31 de octubre de 2018, párrafo 58. Véase Tribunal europeo de derechos humanos: *Karatas v. Turquía* [GC], no. 23168/94. ECHR 1999-IV; *Gerger v. Turquía* [GC], no. 24919/94, 8 de julio de 1999; *Okçuoglu v. Turquía* [GC], no. 24246/94, 8 de julio de 1999; *Arslan v. Turquía* [GC], no. 23462/94, 8 de julio de 1999, *Erdogdu v. Turquía*, no. 25723/94, § 69, ECHR 2000 – VI. También véase I/A Court H.R. *Membresía obligatoria en una Asociación prescrita por la ley para la práctica del periodismo* (Arts. 13 y 29 Convención americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-5/85* del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5. párrafo. 77

persona incitada, si actuaba como incitada a hacerlo, lo haría con el *mens rea* correspondiente al delito."⁴⁶

- En Austria, el estándar de intención en casos de incitación requiere que “la intención debe estar estrechamente vinculada con todos y cada uno de los elementos objetivos del delito, es decir, el perpetrador debe tener la intención de cometer dicho delito, así como la publicidad del discurso y su capacidad de poner en riesgo el orden público”. La intención es también derivada de la “deliberación”: el perpetrador debe tener el propósito de hacer al grupo despreciable, debe ser consciente de ello y debe saber que las declaraciones pueden ser recibidas por un público más amplio. De acuerdo con la jurisprudencia, la intención del perpetrador no puede ser deducida del mero hecho de que la personas atacada pertenece a un grupo protegido⁴⁷.

Además, ARTICLE 19 encuentra confusa la recomendación de obtener la intención del orador del “conocimiento que tienen de la escala de diseminación a la que pueden llegar cuando usan redes sociales”. Por ejemplo, los usuarios puede que no estén al tanto o conscientes de que el contenido que publican en grupos pequeños de amigos en redes sociales pueda ser republicado or reutilizado más ampliamente; o cómo reacciones espontáneas o superficiales pueden ser reusadas en redes sociales. En su lugar, recomendamos que los criterios incluyan la posición del interlocutor y su rol/posición en la sociedad.

Recomendaciones:

- Requerir intención o dolo concreto-específico en los crímenes del Artículo 510 del Código Penal;
- Desarrollar más sobre los criterios de evaluación de la intención de la conducta del interlocutor sobre redes sociales.

Lineamientos para determinar si existe un motivo de odio

En esta sección la Circular desarrolla más las direcciones de las secciones anteriores. Proporciona “indicadores de odio o parámetros de polarización radical” para identificar si la conducta se incluye en las disposiciones correspondientes. Dichos indicadores son:

- **Víctima:** El testimonio de la víctima debe ser “vital para determinar el nivel de daño” y la percepción de la víctima “decisiva para identificar la conducta ilegal, así como los orígenes o motivos de la conducta.” Las y los fiscales también deben considerar “percepciones indirectas o no expresadas” y considerar el grupo al que pertenece la víctima y sus relaciones personales, familiares y otras;
- **Interlocutor:** Para determinar la “motivación de odio o discriminación,” la Circular recomienda considerar i) antecedentes penales o policíacos sobre conductas similares, incluyendo sanciones en virtud de la Ley de Seguridad Ciudadana originada de demostraciones “ultra” o violencia en el contexto del deporte; ii) comunicaciones en línea del interlocutor e interacciones antes y después del incidente, así como las comunicaciones de sus seguidores; iii) declaraciones o gestos del interlocutor expresados durante el incidente; iv) membresía o pertenencia del interlocutor a grupos de odio o que promuevan la violencia contra grupos específicos o ideas (Nazi, ideología xenofóbica u homofóbica, extremismo religioso, grupos antisistema, "bandas latinas") y la posición del interlocutor de

⁴⁶ Servicio de la Fiscalía de la Corona (CPS) de RU, [Asesoramiento legal, delitos imperfectos: Incitación](#), actualizado el 18 de diciembre de 2018.

⁴⁷ C.f., [Austria: Responding to 'hate speech'](#), 2018.

la relevancia pública o liderazgo en estos grupos; v) los instrumentos y símbolos usados en las comunicaciones del interlocutor, incluyendo banderas, bufandas, pancartas asociadas a los grupos mencionados;

- **Contexto de la expresión:** Estos pueden incluir i) una aparente irracionalidad o falta de justificación de los actos; ii) la falta de la relación entre el autor y la víctima antes del incidente; iii) hostilidad histórica o existente entre los grupos al que pertenece el interlocutor o la víctima y iv) la fecha y lugar de los hechos ya que podrían tener un significado simbólico o emblemático para un grupo.

ARTICLE 19 aprecia que estos criterios reflejen las recomendaciones de la prueba de seis partes del Plan de Acción de Rabat, inclusive si la Circular no se refiere al Plan. Sin embargo, observamos que estas direcciones se duplican con las secciones previas como la de la intención y la motivación discriminatoria. Encontramos esto de alguna forma confuso y recomendamos que sería mucho más claro si en su lugar se presentan las recomendaciones sobre cada elemento del delito (por ejemplo, intención, contexto, etc.) en un solo lugar.

Además, encontramos problemática la **determinación de la motivación/intención desde la percepción de daño de la víctima**. Consideramos que la perspectiva de las víctimas es crucial. Hemos abogado porque las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley involucren a las víctimas en los procedimientos a través de diversos canales, por ejemplo, como testigos o ser invitado a presentar intervenciones de terceros en la forma de *amicus curiae* por representantes de diversos grupos involucrados en el caso. Permitir esto fortalecería la búsqueda de justicia desde la perspectiva intelectual, legal y práctica. Sin embargo, en tanto el impacto del discurso sobre el bienestar de las víctimas es importante, no debería ser un criterio para evaluar la intención del autor. La intención debería demostrarse con evidencia y derivada de las acciones del autor, no por cómo la perciben grupos específicos objeto de incitación.

También encontramos inadecuadas las recomendaciones sobre el **contexto de la expresión**. Creemos que una evaluación exhaustiva del contexto de la expresión debería ser el punto de inicio cuando se determina si una declaración particular cumple con el umbral de las sanciones penales. El contexto de la comunicación podría tener una relación directa con la intención del interlocutor y/o con la posibilidad de la ocurrencia de la conducta prohibida. Idealmente, cualquier análisis sobre el contexto debería ubicar los temas clave y los elementos del discurso dentro del contexto social y político prevaleciente en el momento en el que se hizo y diseminó el discurso⁴⁸.

Por un lado, el contexto podría caracterizarse por actos frecuentes de violencia contra personas o grupos con base en motivos prohibidos; reportes regulares y frecuentemente negativos de medios contra/sobre grupos particulares; conflictos violentos donde los grupos o la policía se oponen a otros grupos; informaciones que elevan los niveles de inseguridad y malestar dentro de la población. Por el otro lado, el clima puede ser de paz y prosperidad relativa, con poca o ninguna indicación de la ocurrencia de algún conflicto y posibilidad de discriminación, hostilidad o violencia. En este sentido, un aspecto importante del contexto sería el grado en el que están presentes o disponibles ideas opuestas o alternativas. En general, un análisis del contexto debe incluir las consideraciones de los siguientes elementos:⁴⁹

⁴⁸ C.f. T. Mendel, Estudio sobre las normas internacionales con relación a la incitación al genocidio u odio racial (2006).

⁴⁹ C.f. S. Benesh, Vileza del delito o derecho inalienable: Definición de la incitación al genocidio, Revista de derecho internacional de Virginia, Vol. 48, No. 3, 2008

- **Existencia de conflictos dentro de la sociedad:** Temas por examinar incluyen la existencia de conflictos previos entre grupos importantes; brotes de violencia siguiendo otros ejemplos de incitación; la presencia de otros factores de riesgo para violencia masiva, como estructuras democráticas débiles y estado de derecho.
- **Existencia e historial de discriminación institucionalizada:** ¿Existen desigualdades estructurales y discriminación contra un grupo o grupos? ¿Cuál es la reacción a declaraciones de odio enfocadas a el grupo/grupo? ¿Existe una condena social amplia de dichas declaraciones?
- **Historial de enfrentamientos y conflictos por los recursos entre la audiencia a quien está dirigido el discurso y los grupos específicos:** ¿La audiencia estaba sufriendo inseguridad económica, por ejemplo, falta de alimentos, vivienda, empleo, especialmente en comparación con su pasado reciente? También se debe examinar el tema de si la audiencia estaba temerosa de nuevos enfrentamientos. El temor podría ser objetivamente razonable o no; su impacto podría ser igualmente grande o bien explotado por un interlocutor convincente.
- **El entorno mediático, en particular la diversidad y pluralismo de los medios en el país:** Temas por examinar incluyen la censura; la existencia de barreras para establecer medios de difusión; límites a la independencia de los medios o periodistas; restricciones amplias y confusas sobre el contenido de lo que podría publicarse o transmitirse; evidencia del sesgo en la aplicación de dichas restricciones. Otros temas pueden incluir si existe una ausencia de crítica al gobierno o debate político de amplio alcance en los medios y otras formas de comunicación; y si la audiencia tiene acceso a un rango de puntos de vista y discursos alternativos y fácilmente accesibles.

Recomendaciones:

- Se debe mejorar la estructura de la Circular. Los criterios para evaluar casos deben organizarse clara y concisamente a fin de evitar confusión sobre diversos aspectos de la guía.
- La Circular se debería referir claramente a la prueba de seis partes del Plan de Acción de Rabat como una guía y recomendación autorizada sobre el cumplimiento con los estándares internacionales de libertad de expresión.
- Las autoridades encargadas del cumplimiento de la ley deben asegurar que las víctimas de incitación u organizaciones que representan a grupos específicos se incluyan en los procedimientos penales. Sin embargo, la perspectiva de la víctima no se debe usar para determinar la intención del interlocutor.
- Las recomendaciones en contexto de la expresión deben explicarse con más detalle en la Circular.

Consideraciones en cada delito del Artículo 510

Artículo 510.1 a): Fomento, promoción o incitación pública directa o indirecta al odio, discriminación, hostilidad o violencia contra grupos o una parte de los mismos

En esta sección, la Circular ofrece definiciones de los conceptos de discriminación, hostilidad y violencia. Se refiere a la reforma de este Artículo de 2015, motivada por la implementación

de la Decisión Marco de la UE⁵⁰. Señala algunas de las normas discrepantes en virtud de la Decisión y el derecho español e incluye que las direcciones interpretativas deben seguir el objetivo de los legisladores españoles y omitir las diferencias con la Decisión Marco.

En particular, señala que “las ideas de odio” por sí mismas no alcanzan el nivel de gravedad en virtud de estas disposiciones del Código Penal. Este Artículo no requiere que el interlocutor o la expresión inciten a la conducta prohibida o que promuevan que otros realicen una acción específica. La incitación también puede ser “indirecta” y toda incitación debe ocurrir en público.

ARTICLE 19 nota que los criterios en esta sección se asemejan a algunos aspectos de la guía sobre incitación contenida en el Plan de Acción de Rabat. Sin embargo, creemos que la omisión de la probabilidad de que ocurra el daño es una omisión seria. También se debe establecer la probabilidad de la ocurrencia del daño promovido por el interlocutor a fin de medir el nivel de gravedad. El objetivo aquí debe ser evaluar la causalidad en el vínculo entre la comunicación y cómo es recibida por la audiencia y posteriormente su posible actuación.

Tendrán que establecerse los criterios para evaluar la probabilidad de riesgo de discriminación, ocurrencia de hostilidad o violencia caso por caso. Sin embargo, fiscales deberían considerar los criterios incluyendo lo siguiente: ⁵¹

- ¿Se entendió el discurso por su audiencia como una invitación a actos de discriminación, violencia u hostilidad?
- ¿El interlocutor pudo influenciar a la audiencia?
- ¿La audiencia tuvo los medios para recurrir a la acción promovida y cometer actos de discriminación, violencia u hostilidad?
- ¿El grupo de víctimas específico sufrió o recientemente ha sido el objetivo de la discriminación, violencia u hostilidad?

En términos de la audiencia, ARTICLE 19 sugiere que “la prueba es si el espectador ordinario y razonable comprendería desde el acto público que está siendo incitado al odio”⁵². La conclusión, entonces, debería ser que tiene que existir por lo menos un cierto y específico nivel de probabilidad de que la comunicación o mensajes obtengan algo de credibilidad, con el resultado consiguiente de discriminación, hostilidad o inclusive violencia, contra un grupo protegido en la sociedad. ⁵³

⁵⁰ La Decisión marco 2008/913/JHA, *op.cit.*

⁵¹ Adaptado de Susan Benesh, *op.cit.*

⁵² *Ekeremawi v Network Ten Pty Ltd*, [2008] NSWADT 334, 18 de noviembre de 2008, 16 de diciembre de 2008.

⁵³ Mencionamos que el Tribunal europeo encontró una serie de casos de discurso de odio que fueron inadmisibles con base en la probabilidad/impacto de la comunicación. Aunque la mayoría proporcionó poco razonamiento para fundamentar sus reclamaciones de impacto, la mayoría hizo referencia al Artículo 14 o Artículo 17 de la Convención. El Tribunal concluyó que “desde la perspectiva de libertad de expresión, la causalidad en este sentido es muy importante. Si ciertas declaraciones no tienen posibilidad de causar un resultado prohibido – ya sea genocidio, otras formas de violencia, discriminación u odio – penalizándolas no ayudará a evitar dicho resultado y por lo tanto no se puede decir que sea efectivo. Si, por otro lado, se puede establecer un grado suficiente de vínculo causal o riesgo de que ocurra el resultado entre las declaraciones y el resultado prohibido, penalizarlas podría justificarse;” véase T. Mendel, *op.cit.*, p. 50. En por lo menos un caso que implique alegaciones de discurso de odio, el Tribunal europeo encontró que de hecho existía una violación del derecho a la libertad de expresión con motivo de que las declaraciones impugnadas no crearon un riesgo real del daño. En *Erbakan v. Turquía*, el Tribunal europeo encontró que “no se estableció que, en el momento del enjuiciamiento del solicitante, las declaraciones impugnadas hayan creado un “riesgo real” y un peligro “inminente” para la sociedad ... o que era probable que lo hicieran;” *op.cit.*

Además, ARTICLE 19 sostiene que la posibilidad de daño debe ser inminente. Se debe considerar importante la inmediatez con la que los actos (discriminación, hostilidad o violencia) se pretenden cometer mediante el discurso. ARTICLE 19 no sugiere un límite de tiempo específico para este aspecto de la prueba, ya que la inminencia siempre tendrá que establecerse caso por caso.

Recomendaciones:

- Asegurar que la probabilidad de que ocurra el daño se incluya como un parámetro de gravedad aplicable para determinar si se satisfacen los elementos penales del Artículo 510.1. a).
- Considerar incluir los criterios de probabilidad o riesgo de discriminación, hostilidad y violencia, inminencia y la audiencia.

Artículo 510.1.b): elaboración, tenencia y/o difusión de soportes aptos o medios idóneos para alentar, promover o incitar directo o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia

Cuando se interpreta el Artículo 510.1.b), la Circular pide a las y los fiscales evaluar el contenido del material; debe poder incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación y violencia contra los grupos que están protegidos de ello. En cuanto a la idoneidad, significa que el material es ideal para promover, alentar o incitar públicamente al odio, la violencia, la discriminación o la hostilidad, inclusive si la acción prohibida no se materializa. El orden público debe considerar si el material se produce para “propósitos artísticos, científicos o similares.” La Circular declara que el contenido artístico o satírico no puede excluirse de responsabilidad penal sobre la base de la protección de la libertad de expresión.

ARTICLE 19 anteriormente planteó inquietudes sobre este delito⁵⁴ en términos de su cumplimiento con los estándares internacionales sobre libertad de expresión e identifica que las direcciones reproducen los problemas existentes y van más allá de la disposición del Artículo 20 (2) del PIDCP.

De forma similar a las recomendaciones del Artículo 510.1 a), estos criterios deben solicitar a los fiscales iniciar investigaciones solamente en aquellos casos de formas directas de incitación y aplicar la prueba de seis partes del Plan de Acción de Rabat. Adicionalmente deben proporcionar claridad sobre las razones y situaciones por las que expresiones artísticas y satíricas quedan exentas de protección. Estas recomendaciones aplican a las direcciones en el Artículo 510.1.c).

Artículo 510.2.a) Humillación, menosprecio o descrédito de grupos o personas

En cuanto a la interpretación del Artículo 510.2.a), la Circular señala que este delito protege contra el resultado de daño a la dignidad del grupo específico o persona mediante actos humillantes, despreciativos o descalificadores. Agrega que, en virtud de este artículo, la protección de la libertad de expresión es inadmisibles para evitar la responsabilidad penal.

⁵⁴ Véase ARTICLE 19, España: Delitos relacionados con el discurso del Código Penal, *op. cit.*, páginas 20-21.

Adicionalmente, la Circular explica a las y los fiscales que el Artículo 510.2. a) incluye un elemento adicional basado en la prohibición de la producción, desarrollo, distribución o diseminación de material. Al evaluar si se cumple este segundo elemento, los fiscales deben aplicar los criterios proporcionados en el Artículo 510.1, es, decir, los fiscales deben evaluar la oportunidad de que el material cause el daño prohibido. Los contenidos prohibidos en virtud de este delito son representaciones graves de humillación, desprecio o descrédito. La Fiscalía General reconoce que estos criterios son subjetivos y reitera la necesidad de realizar una evaluación caso por caso.

ARTICLE 19 ha planteado inquietudes sobre el contenido, alcance y los elementos penales de este delito⁵⁵. Señala que estos lineamientos intentan establecer un nivel más alto sobre la gravedad de las expresiones relacionadas con humillación y menosprecio. Sin embargo, ARTICLE 19 aún encuentra preocupante que la Circular elimine el ejercicio del derecho a la libertad de expresión como un argumento para confrontar la responsabilidad penal sobre las expresiones relacionadas con la humillación o el menosprecio.

Recomendaciones:

- Asegurarse que la aplicación del Artículo 510.2. a) se limita a las declaraciones humillantes o los materiales que equivalen a una incitación directa a la discriminación, violencia y hostilidad.

Artículo 510.2.b) Enaltecimiento o justificación de los crímenes de odio

La Fiscalía General reconoce que este delito es demasiado amplio y no requiere que las expresiones inciten y originen un clima de hostilidad, odio, discriminación y violencia. Esto es positivo ya que ARTICLE 19 ha criticado previamente el amplio alcance de estas disposiciones. Sin embargo, la Circular establece que los elementos de estos delitos se cumplen con el mero enaltecimiento o justificación.

ARTICLE 19 establece que la Circular no proporciona claridad sobre lo que implica el enaltecimiento o la justificación para los propósitos de determinar responsabilidad penal. Estos conceptos son muy amplios y no se les solicita a las y los fiscales cumplir con ningún umbral de gravedad más que aquel proporcionado para todos los delitos en virtud del Artículo 510. Por lo tanto, la Circular debe modificar esta sección en su totalidad a fin de limitar la aplicación de este Artículo a las formas más graves de “enaltecimiento” que equivalen a violencia, hostilidad y discriminación.

Recomendaciones:

- Asegurar que la aplicación del Artículo 510.2. b) se limite estrictamente a casos que equivalen a la incitación directa a la violencia, hostilidad y discriminación.
- Proporcionar orientación sobre lo que significa e implica enaltecimiento o justificación para los propósitos de investigación de casos de incitación a la violencia, hostilidad y discriminación.

Circunstancia agravante en virtud del Artículo 510.3: Diseminación en los medios

⁵⁵ Ibid.

Esta sección tiene el objetivo de proporcionar orientación sobre cómo aplicar la circunstancia agravante en virtud del Artículo 510.3. La Circular subraya la importancia de usar tecnología y otras vías y los medios de comunicación para el derecho a la libertad de expresión, en particular para la participación política y social. También considera que los medios de comunicación tecnológicos son nuevos mecanismos para cometer crímenes y tienen un enorme y expansivo potencial de incrementar el daño de las víctimas. Con base en una sentencia del Tribunal Supremo, la Circular señala que cuando un mensaje se publica en línea y llega al destinatario, el efecto se multiplica.

Las y los fiscales deben considerar las siguientes direcciones para determinar si se debe aplicar una circunstancia agravante:

- Los delitos en virtud de los artículos 510.1 y 510.2 ya requieren que las conductas sean de naturaleza pública, la circunstancia agravante se refiere exclusivamente al uso de los medios de comunicación como sistemas adecuados para llegar a un número indeterminado de personas;
- El intercambio y republicación de materiales de los cuales los usuarios no son autores pueden entrar en la circunstancia agravante (por ejemplo, retuitear o compartir material existente en las redes sociales);
- Tener en mente que el propósito de la circunstancia agravante es el creciente potencial de causar daño a las víctimas a través del uso de medios masivos de comunicación. Por lo tanto, el requisito es que el mensaje haya tenido la posibilidad concreta de que el contenido sea accesible a este a través de la diseminación masiva y no perseguir mensajes espontáneos o reacciones temporales que se puedan basar en los intereses individuales o no llegar a más audiencias dadas las características técnicas de la tecnología.

ARTICLE 19 acoge la importancia otorgada en el hecho de que no deben perseguirse los mensajes reaccionarios y espontáneos y la descripción equilibrada con respecto al uso de la tecnología para la libertad de expresión y el riesgo que representa la tecnología para otro interés fundamental.

Sin embargo, las sanciones agravadas por intercambiar o republicar el contenido de terceros plantea inquietudes desde la perspectiva de la proporcionalidad de las sanciones. Esta guía debería revocarse y especificar que la circunstancia agravante en virtud del Artículo 510.3 debe limitarse estrictamente a especificar el Artículo 510.3 debe limitarse estrictamente a casos de incitación directa a la discriminación, hostilidad y violencia que cumple con la prueba de seis partes del Plan de Acción de Rabat.

Recomendaciones:

- Retirar de la circunstancia agravante el enfoque y el criterio que considera la republicación de contenido en las redes sociales en virtud del Artículo 510.3.
- Asegurar que el Artículo 510.3 se aplique solo a casos que constituyen incitación directa a la discriminación, hostilidad y violencia que cumplan con la prueba de seis partes del Plan de Acción de Rabat.

Sobre ARTICLE 19

ARTICLE 19 aboga por el desarrollo de estándares progresivos sobre libertad de expresión y la libertad de información a nivel internacional y regional bajo la implementación en los sistemas legales nacionales. La organización ha elaborado una serie de publicaciones normativas y de desarrollo de estándares conforme al derecho internacional y comparado, así como mejores prácticas en áreas como difamación, libertad de expresión e igualdad, acceso a la información y regulaciones sobre su transmisión.

Con base en estas publicaciones y la experiencia legal de ARTICLE 19, la organización publica una serie de análisis legales cada año, comentarios sobre propuestas legislativas, así como leyes existentes que afectan el derecho de la libertad de expresión. Este trabajo analítico, realizado desde 1998 como un medio de apoyo al esfuerzo de la reforma del derecho positivo alrededor del mundo, frecuentemente lleva a mejorar sustanciales en la legislación nacional propuesta o existente. Todos nuestros análisis están disponibles en: <http://www.article19.org/resources.php/legal>.

Si desea discutir este análisis a detalle o si tiene un asunto que le gustaría señalarle al equipo Legal y de Políticas de ARTICLE 19, puede contactarnos por correo electrónico en: legal@article19.org Para obtener más información sobre el trabajo de ARTICLE 19 en España, contacte al equipo de Europa y de Asia central en europe@article19.org.