

## Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente

**Jon-Mirena Landa Gorostiza**

*Profesor Titular (acreditado Catedrático) de Derecho Penal. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea UPV/EHU*

---

LANDA GOROSTIZA, JON-MIRENA. Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2020, núm. 22-19, pp. 1-34.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc22-19.pdf>

RESUMEN: Esta contribución pretende establecer una suerte de estado de la cuestión respecto del agitado sector de los delitos de odio cuando han transcurrido 25 años desde que se aprobara el Código Penal de 1995. Pero dicho estado de la cuestión se va a centrar únicamente en el análisis de los principales estándares internacionales y algunos modelos de derecho comparado en la materia. La conclusión a que se llegará es polémica pues resalta una cierta tendencia expansionista de los estándares europeos frente al ámbito universal. Tendencia expansionista que, a contracorriente de lo políticamente correcto, será objeto de crítica. A la luz del estado de la cuestión de los estándares internacionales y comparados se caracterizará también críticamente la política criminal española como ejemplo paradigmático de los excesos punitivos en la materia.

PALABRAS CLAVE: delitos de odio, agravación de pena, discurso del odio, incitación al odio, discriminación, principio de igualdad, derecho penal, derecho comparado, derecho internacional de los derechos humanos.

TITLE: **Hate Crime and international Standards: a critical Approach against the Flow**

ABSTRACT: In the aftermath of the 25th anniversary of the approval of the Spanish Criminal Code 1995 this article is an attempt to describe “a” state of the question related to a particular sector of criminal activity, the so-called hate crime (included criminalized hate speech), very much indeed under permanent and increasing controversy. In doing so, however, only one perspective will be taken into consideration: i.e., the evolution of international, and a few comparative, standards in the matter. The conclusion to be reached will be of critical nature revealing the expansive character of European standards in contrast with a more cautious state of affairs at the universal level. Therefore, in spite of what it might be politically correct, the European model will be subject to criticism. Under the light shared by the description of international and comparative standards, the Spanish criminal policy will be also critically scrutinized as paramount example of the already mentioned over-criminalization trend.

KEYWORDS: hate crime, penalty enhancement provision, hate speech, incitement to hatred, discrimination, principle of equality, criminal law, comparative law, international human rights law.

Fecha de recepción: 15 septiembre 2020

Fecha de publicación en RECPC: 10 diciembre 2020

Contacto: [jonmirena.landa@ehu.eus](mailto:jonmirena.landa@ehu.eus)

*SUMARIO: I. Introducción y punto de partida. II. El estándar internacional de ámbito universal. III. Europa y Estados Unidos: divergencias y convergencias. III.1. Estados Unidos de América: la negación del estándar. III.2. Europa: ¿hacia un desbordamiento del estándar? IV. Reflexiones finales. Bibliografía.*

---

## I. Introducción y punto de partida

La última reforma del Código penal español de 1995 (CP) que afectó también a los denominados delitos de odio (*hate crime*) y a la criminalización de su discurso (*hate speech*), se materializó por LO 1/2015 transformando y ampliando sustancialmente el tenor literal de uno de sus pilares esenciales: el artículo 510 CP<sup>1</sup>. Dicha reforma se sitúa en un contexto de alto voltaje político y de enorme controversia en el debate público por la potencial afeción que el instrumento penal pudiera representar para el contenido esencial del ejercicio de derechos fundamentales como, particularmente, el de la libertad de expresión<sup>2</sup> pero, también, la libertad ideológica, religiosa o artística<sup>3</sup>. Son numerosos y continuos los casos de raperos, cantantes, pintores, artistas en general, líderes políticos, religiosos o sociales, pero también

<sup>1</sup> También se vio ampliado el tenor literal de la circunstancia agravante de la responsabilidad penal del artículo 22.4º extendiéndose su ámbito de aplicación a las “razones de género”. Véase, ampliamente, el análisis *de lege lata* de ambos (510, 22.4º CP) preceptos clave en LANDA GOROSTIZA, J.M., *Los delitos*, 2018, pp. 49 ss. y 117 ss. (con ulteriores referencias). Centrada monográficamente en el proyecto de reforma correspondiente ALASTUEY DOBON, C., *La reforma*, 2014, pp. 1 ss.; y con una útil descripción del estado de la doctrina antes de la entrada en vigor de la reforma, DE LA MISMA, *Discurso del odio*, 2016, pp. 1 ss.; en relación a la agravante de género, un campo de creciente agitación en la literatura, por todos, sólo GOMEZ MARTIN, V., *Incitación*, 2016, pp. 18 ss.; y DEL MISMO, *Delitos*, 2019, pp. 41 ss. (con ulteriores referencias).

<sup>2</sup> La literatura al respecto es inabarcable. Por todos, como reflejo de lo agitado de la discusión véase, recientemente, sólo la reflexión de ALCACER GUIRAO, R., *Discurso del odio*, 2019, pp. 19 ss., reivindicando la renuncia a la represión penal del discurso del odio salvo supuestos de inminencia lesiva (“En una sociedad con relativas dosis de estabilidad social - como la nuestra - la alternativa a reprimir penalmente el discurso del odio debe ser asegurar por otras vías - civiles, administrativas, económicas - que los grupos minoritarios, potenciales víctimas del odio o la discriminación, o quienes hablen por ellos dispongan de posibilidades expresivas de respuesta, que accedan en condiciones de igualdad a los medios de comunicación; que puedan, en suma, hacerse oír socialmente. Y restringir el uso de la sanción penal a los supuestos de *provocación directa e inminente a una conducta lesiva* de la seguridad de los individuos o grupos. La tolerancia hacia el otro ha de inculcarse con la palabra, no puede imponerse con la sanción penal.” (p. 27; el resaltado en cursiva ha sido añadido nuestro); DEL MISMO, *Opiniones constitucionales*, 2018, *passim*, muy crítico con el manejo del concepto del “discurso del odio” por parte del Tribunal Constitucional; y, también, el completo estudio con sólidos argumentos a favor de perfilar de forma más precisa los cánones y criterios definitorios de la libertad de expresión al tiempo que favoreciendo la vía civil incluso la educación cívica antes que la penal o administrativa TERUEL LOZANO, G.M., *Cuando las palabras*, 2018, pp. 41 y 42 y *passim*.

<sup>3</sup> DIEZ BUESO, L., *Los límites*, 2017, pp. 65 ss., revelando en su análisis jurisprudencial y de estándares internacionales respecto de la libertad de creación artística las dificultades para encontrar un estatus de protección perfectamente delimitado e independiente del de la libertad de expresión”. Respecto de la libertad religiosa y la protección de los sentimientos religiosos, por todos, recientemente, sólo BAGES-SANTACANA, J., *La protección penal*, 2019, *passim*, con ulteriores referencias; y ALCACER GUIRAO, R., *Símbolos y ofensas*, 2019, pp. 2 ss. (para una buena ilustración de constelaciones de casos) y pp. 18 ss. (centrado en las dificultades para deslindar las ofensas a los sentimientos religiosos y la incitación al odio o la discriminación).

ciudadanos y ciudadanas, que protagonizan declaraciones o expresiones que acaban por ser objeto de debate y controversia por su eventual relevancia penal como discurso del odio merecedor de castigo<sup>4</sup>. Lejos de ser episodios aislados parece que se va naturalizando el escrutinio de discursos extremos con amenaza de prisión.

Simultáneamente, desde otro ángulo, las demandas de protección de colectivos mayoritarios o de minorías históricamente objeto de agresión, más o menos vulnerables, conforman el otro punto de referencia que al alzar legítimamente su voz sirven el campo de ponderación de intereses y, a modo de partido de tenis, hacen girar la cabeza desde la mirada garantista para con el ejercicio de los derechos fundamentales hacia la necesidad imperiosa de su limitación en aras a la protección del agredido, a su colectivo de referencia y, finalmente, a la propia sociedad y su marco de convivencia democrática<sup>5</sup>.

En términos comunicativos se percibe con cada vez mayor evidencia un cambio estructural en las coordenadas de la comunicación y del debate público. Todos hablan y ya nadie parece escuchar, menos aún dialogar: asistimos a una aceleración<sup>6</sup> de los debates y los discursos que se acumulan hasta generar un ruido ensordecedor<sup>7</sup>. La dinámica socio-comunicativa acumula la información hasta hacerla indigerible por exceso<sup>8</sup>. Más información, más rápido, pero, a la vez, menor capacidad de

<sup>4</sup> Un buen repaso actualizado de casos significativos y relevantes judicializados en LAURENZO COPELLO, P., *La manipulación*, 2019, pp. 453-459; también, por todos, MIRO LLINARES, F., *Derecho Penal*, 2017, pp. 21 ss.; PORTILLA CONTRERAS, G., *El retorno*, pp. 88 ss. (y *passim* con un alegato muy incisivo alertando de una regresión a la censura); y CANCIO MELIA, M./DIAZ LOPEZ, J.A., *Discurso de odio*, 2019, pp. 185 ss., con un repaso crítico, en el capítulo 4 del libro (*Música, Guiñoles y Redes sociales*), de los casos “titiriteros”, “Strawberry”, “tuits machistas terroristas”, “Valtònic” y “Casandra”.

<sup>5</sup> No cabe en este marco un análisis de “otras controversias” relativas a los delitos de odio como significativamente la correspondiente a su objeto de tutela. La mención por tanto al “agredido”, al “colectivo de referencia” o a la “sociedad y su marco de convivencia democrática” no hacen sino indicar el arco de protección posible desde bienes jurídicos más individuales a colectivos de diverso nivel y a sus posibles combinaciones. Véase, sólo, por todos, un original y sólido estudio que cartografía, en una suerte de meta-análisis de conjunto, las diferentes orientaciones de tutela en FUENTES OSORIO, J.L., *El odio*, 2017, pp. 1 ss., y DEL MISMO, *Concepto*, 2017, pp. 131 ss. (con ulteriores referencias).

<sup>6</sup> “Si me viera obligado a señalar un rasgo que describiera la época actual en su totalidad, no lo dudaría un segundo: elegiría la aceleración.” CONCEIRO, L., *Contra el tiempo*, 2016, p. 11, con un detallado estudio y descripción de las razones estructurales subyacentes a los procesos de aceleración en la sociedad contemporánea.

<sup>7</sup> Magistralmente descrito por GAMPER, D., *Las mejores palabras*, 2019, pp. 17 ss., cuando afirma “En la calle y en las casas, la palabra articulada pugna por hacerse oír. Cuesta entender lo que nos dicen, como si estuviéramos en un bar repleto de gente y mal sonorizado. Eso es el ruido ambiente. Nuestro interlocutor nos grita al oído y ni siquiera así estamos seguros de comprender. Ahogados por la mentira, la propaganda, la manipulación y la música omnipresente, los discursos parecen importar solo a quien los emite. La comunicación está amenazada de asfixia, pues carece de oxígeno, el silencio, sin el cual no es posible la combustión. En estas circunstancias, incitarse mutuamente a hablar y escuchar sería un acto de resistencia.” (p. 17).

<sup>8</sup> HAN, B-C., *En el enjambre*, 2014, pp. 87 ss., describe gráficamente este empacho colectivo de información con rasgos patológicos: “El IFS (*Information Fatigue Syndrome*), el cansancio de la información, es la enfermedad psíquica que se produce por un exceso de información. (...) Hoy todos estamos afectados por el IFS. Y la razón es que todos nosotros estamos confrontados con una cantidad de informaciones que aumenta velozmente.” (p. 88). Y tal “diluvio de información al que hoy estamos expuestos disminuye, sin duda, la capacidad de reducir las cosas a lo esencial (...) la información ya no es informativa, sino deformativa; la comunicación ya no es comunicativa, sino acumulativa.” (p. 89).

discernimiento evaluativo. Urge tener respuestas claras de delimitación de lo punible, un marco normativo preciso y estable, pero a veces se antoja como imposible una racionalización en tiempo de la medida adecuada y legítima –legal, necesaria y proporcional- de intervención penal.

El ruido de ese debate, por momentos ensordecedor, tiende, por tanto, a posponer no sólo la discusión racional y reposada sino, todavía en mayor medida, la posibilidad de contemplar el conjunto y hacer balance. Es por ello que en esta contribución se pretende presentar, de forma sintética, al menos “un” estado de la cuestión. Esto es: echar la vista atrás para hacer balance de la evolución de los estándares internacionales y contrastarlos con algunos países de referencia de nuestro círculo de cultura jurídica. Los estándares internacionales son a menudo un recurso muy socorrido cuando se quiere justificar la expansión de la intervención penal<sup>9</sup>. Pero se puede avanzar que se está produciendo, a mi juicio, un abuso de los mismos que deriva en un exceso de criminalización que puede ser contraproducente. El estudio de su evolución y su contraste en el ámbito regional europeo nos permitirá ir detectando hasta qué punto su utilización está fundamentada y justificada o se fuerzan para servir una mera excusa que acaba por desbordar la intervención penal doméstica más allá de lo que tales estándares en realidad prescriben. Todo ello nos llevará de forma natural a una parte final del artículo en la que extraer conclusiones incluyendo también, a modo de corolario, reflexiones político-criminales críticas con la evolución del modelo español en la materia.

Para abordar ese mencionado estado de la cuestión, sin embargo, debe establecerse un punto de partida que delimita el foco particular de este estudio. Y es que, en efecto, las trazas fundamentales de la moderna legislación penal anti-odio hunden sus raíces en la evolución que experimenta la reacción jurídica contra el racismo, el antisemitismo y la discriminación sistemática de colectivos étnicos después de la segunda guerra mundial. En apretada síntesis se podría afirmar que desde un principio se configuraron dos modelos fundamentales de referencia que, a su vez, se centran en dos propuestas diferenciadas de prohibición jurídico-penal en la materia: a saber, por un lado, el modelo centro-europeo de matriz germánica que apuesta por la criminalización de –una parte del- discurso del odio (*hate speech* criminalizado: delitos de odio “con palabras”); y, por otro lado, el modelo estadounidense que termina por legitimar únicamente agravaciones de pena de delitos base, delitos comunes u *ordinarios*, cuando éstos se dirigen contra determinados colectivos (*hate crime* en sentido estricto: delitos de odio “con actos”)<sup>10</sup>.

Estos dos modelos de referencia responden a una línea de política criminal sostenida en el tiempo y que fue consolidándose durante la segunda mitad del Siglo XX

<sup>9</sup> Ya advertía de ello y, en particular, de los “multiplicadores de la expansión” al hilo de los movimientos de integración supranacional SILVA SANCHEZ, J.M., *La expansión*, 2001, pp. 85 ss.

<sup>10</sup> LANDA GOROSTIZA, J.M., *Los delitos*, 2018, pp. 23 ss.

hasta bien entrados los años 90<sup>11</sup>. Pero lo más trascendente a efectos de este trabajo es que ambos modelos representan, al mismo tiempo, una actitud opuesta respecto del estándar de criminalización anti-odio emergente de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos. Estándar que como de inmediato analizaremos se remite fundamentalmente a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965<sup>12</sup> y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966<sup>13</sup>. En Europa dicho estándar es (fundamentalmente) tenido en cuenta y en los Estados Unidos (casi) no. O si se prefiere, las líneas de política-criminal de ambos modelos beben de una muy dispar tradición constitucional a la hora de interpretar la libertad de expresión a ambos lados del océano Atlántico<sup>14</sup> y que resulta bien porosa en un caso, o bien prácticamente indiferente a la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en la materia. Así las cosas, nos interesa rastrear esos estándares internacionales con la mirada puesta, valga la expresión, en el retrovisor de su proyección simultánea en Europa y Estados Unidos. Pero vayamos por partes.

## II. El estándar internacional de ámbito universal

El referente fundamental para la criminalización –no la mera prohibición– anti-odio en el derecho internacional de los derechos humanos de ámbito universal se remite sin duda, en primer término, a la Convención de 1965 cuya inspiración directa

<sup>11</sup> Véase para un completo estado de la cuestión de la situación de los modelos en derecho comparado a finales de los 90 (S. XX) LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención*, 2000, pp. 103 ss.; más recientemente, con información actualizada sobre Alemania, Austria, Francia, Gran Bretaña, EE.UU y Latinoamérica véase, respectivamente, GARRO, E., *Los discursos*, 2018, pp. 27 ss.; ROSTALSKI, F., *Motivos*, 2018, pp. 79 ss.; SAUTNER, L., *Delitos*, 2018, pp. 101 ss.; GOGORZA, A., *Delitos*, 2018, pp. 121 ss.; BAKALIS, C., *La regulación*, 2018, pp. 139 ss.; LEVIN, B., *La legislación*, 2018, pp. 153 ss.; y MODOLELL GONZALEZ, J.L., *Delitos*, 2018, pp. 177 ss. Para un resumen y caracterización de los diversos modelos legislativos que puede seguir siendo tomado, en lo esencial, como base véase LANDA GOROSTIZA, J.M., *El modelo*, 2002, *passim*; también específicamente respecto de los Estados Unidos y el *common law* DIAZ LOPEZ, J.A., *El odio*, Pamplona, 2013, pp. 92 ss.

<sup>12</sup> Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965 (Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19). En adelante Convención (de) 1965.

<sup>13</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49). En adelante Pacto (de) 1966.

<sup>14</sup> La contraposición entre las evoluciones interpretativas de la libertad de expresión en Europa continental y en los Estados Unidos, y en particular entre el Tribunal Supremo de Estados Unidos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no dejan de alimentar el debate. Véase, sólo, RODRIGUEZ MONTAÑES, T., *Libertad*, 2012, *passim* y pp. 16 ss., 101 ss., 107 ss. y 121 ss.; y BLEICH, E., *Freedom of Expression*, 2014, pp. 297 y *passim*; y más recientemente, por todos, sólo, PRESNO LINERA, M.A.; TERUEL LOZANO, G.M., *La libertad*, 2017, pp. 53 ss. y 115 ss.; ARIAS CASTAÑO, A., *Clear and present*, 2018, *passim*, centrado sólo en los EEUU pero muy ilustrativo de los diferentes test según de qué discurso de odio se trate; también centrado en los EEUU MARTÍN HERRERA, D., *Extreme speech*, 2018, *passim*; VALERO HEREDIA, A., *Los discursos del odio*, 2017, pp. 305 ss., con un interesante estudio por franjas de los diversos discursos del odio; y COLEMAN, P., *La censura*, 2018, *passim* (muy representativa de la postura no intervencionista).

trae causa de una ola particularmente virulenta de incidentes antisemitas que se produjo en Alemania durante las Navidades de 1959 entre los que destacó, por su impactante carga simbólica, la profanación nada menos que de la sinagoga de Colonia<sup>15</sup>. Una República Federal Alemana luchando por renacer de sus cenizas tras la conflagración bélica, y sumida en una silente y difícil digestión del Holocausto<sup>16</sup>, no podía permanecer impasible ante este alarmante despertar del neo-nazismo y, por ello, entre otras iniciativas, lideró en el plano internacional lo que acabaría por convertirse en la Declaración de la ONU sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1963<sup>17</sup> como antecedente inmediato (*soft law*) de lo que sería la aprobación definitiva del estándar sustantivo y vinculante (*hard law*) que cristalizó con la mencionada Convención de 1965.

En un tiempo record se aprueba y entra en vigor una Convención que incorpora, por cierto, un estándar extraordinario: a saber, la obligación de incriminación de (una parte del) discurso del odio<sup>18</sup>. No se trata de una prohibición con margen de maniobra para el Estado ratificante sobre si ésta debe articularse a través de normativa administrativa, civil o de otra naturaleza. La obligación es de naturaleza penal tal y como literalmente recoge su artículo 4 cuando señala en su letra “a” que los Estados partes:

“Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación”<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Lo que se conoció como la “epidemia de esvásticas” (*swastika epidemic*) KEANE, D./WAUGHURAY, A., *Fifty years*, 2017, p. 3; LANDA GOROSTIZA, J.M., *La regulación*, 1996, pp. 540-541; y también DEL MISMO, J.M., *La intervención*, 2000, pp. 81 ss., con ulteriores referencias.

<sup>16</sup> JUDT, T., *Postguerra*, 2013, p. 1155.

<sup>17</sup> Aprobada por la Asamblea General de la ONU mediante Resolución 1904 (XVIII), de 20 de noviembre de 1963.

<sup>18</sup> McGONAGLE, T., *General Recommendation*, 2017, pp. 251 s.

<sup>19</sup> Convención 1965. Artículo 4. “Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

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

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

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

Este estándar, extraordinario por la amplitud y lo difuso del tenor literal del ámbito de la prohibición y por exigir la transposición doméstica mediante ley penal, no determinaba, sin embargo, contra las apariencias, ni mucho menos, una incorporación preceptiva, rígida y omnicomprendensiva de prohibición de todo tipo de discurso del odio. Por el contrario, una mirada de conjunto al artículo 4 de la Convención revela que una tal prohibición debía realizarse de conformidad con el “debido respeto” (la conocida como cláusula “*with due regard to*” o “teniendo debidamente en cuenta”)<sup>20</sup> al ámbito de libre y legítimo ejercicio de los derechos fundamentales y, en particular, de la libertad de expresión.

La obligación de incriminación (de una parte) del discurso del odio nace, por tanto, desde un principio asociada a la necesidad de (auto)limitar su alcance como consecuencia de la obligatoria consideración de límites –a ponderar– en su incorporación doméstica<sup>21</sup>. La transposición del estándar estuvo transida desde los inicios por la incertidumbre e indefinición del concepto (el del “discurso del odio”) y la polémica de cómo se tiene que abordar la adecuada ponderación entre bienes jurídicos de forma que la prohibición penal no ahogue libertades fundamentales. El margen de ponderación, y la delimitación final del ámbito de prohibición que se derive en consecuencia, es un aspecto estructural subyacente al modelo de delito de expresión que se promueve en el artículo 4 de la Convención de 1965. Y esa incertidumbre o zona de penumbra digamos “estructural” resulta también presente, incluso en mayor grado<sup>22</sup>, en el estándar establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Y es que también en dicho Pacto la intelección del estándar anti-odio que prescribe depende del juego de limitaciones recíprocas entre la demanda de intervención (artículo 20) y la necesidad de preservar la libertad de expresión (artículo 19)<sup>23</sup>. Efectivamente de conformidad con el artículo 20 de dicho instrumento

<sup>20</sup> En relación a la mención en la primera parte del artículo a la necesidad de proceder “(...) teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención (...) (with due regard to the principles embodied in the Universal Declaration of Human Rights and the rights expressly set forth in article 5 of this Convention, inter alia).

<sup>21</sup> Lo que es coherente con su naturaleza no “auto-ejecutiva” (*self-executing*) McGONAGLE, T., *General Recommendation*, 2017, p. 251.

<sup>22</sup> Y es que, como veremos *infra*, el estándar ínsito al Pacto de 1966 no incorpora una obligación de prohibición estrictamente penal y su interpretación aplicativa ha tendido además a ser más restrictiva acabando por trasladar su influjo (vía el denominado *Plan de Acción de Rabat*) a la aplicación de la Convención de 1965.

<sup>23</sup> Pacto 1966. “Artículo 20

1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.  
2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.”

“Artículo 19.

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.  
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

internacional se establecen prohibiciones –en este caso no necesariamente de índole penal- de la propaganda en favor de la guerra y de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. Prohibiciones que deben, sin embargo, respetar límites<sup>24</sup>.

En todo caso, en una visión de conjunto, la práctica interpretativa tanto del artículo 20 del Pacto de 1966 (Observaciones Generales 11 y 34 del Comité de Derechos Humanos; Plan de Acción de Rabat<sup>25</sup>, etc)<sup>26</sup> como del artículo 4 de la Convención de 1965 (Recomendación General 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial<sup>27</sup>), pese a sus diferencias, ha tendido recientemente a converger<sup>28</sup> apuntando a una suerte de test conjunto de filtrado que pudiera orientar la distinción

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

<sup>24</sup> La Observación General N° 34 del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/GC/34) establece de manera categórica en sus apartados 50 a 52 que las prohibiciones del artículo 20 comprenden actos extremos que caen dentro de las restricciones del artículo 19 y, por tanto, deben cumplir las limitaciones establecidas en el párrafo tercero de este último (legalidad, necesidad y proporcionalidad).

<sup>25</sup> Informe del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso, A/HRC/22/17/Add.4, 11 de enero 2013. El denominado *Plan de Acción de Rabat* contiene y sintetiza una serie de criterios contextuales como umbral mínimo de intervención ante conductas de gravedad en materia de discurso del odio. Es un documento de trabajo, como a continuación *infra* indicaremos, que fue impulsado por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el marco de los esfuerzos por identificar un estándar de intervención en el Pacto de 1966 pero que ha acabado por convertirse en el verdadero referente sustantivo de dicho umbral también para la Convención de 1965.

<sup>26</sup> Véase un análisis muy completo del estado de dicha práctica aplicativa en ROLLNERT LIERN, G., *El discurso*, 2019, pp. 84 ss., con un repaso del alcance de las Observaciones Generales relativas a los artículos 19 y 20, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos en la materia, el influjo y avance que representan el Plan de Acción de Rabat (2012) o los principios de Camden (2009), que le llevan a la sólida conclusión de que la prohibición del artículo 20 apunta a una suerte de “umbral de incitación” o, en nuestras palabras, a un estándar fuerte de filtrado de la parte de discurso de odio que debe prohibirse con base en criterios restrictivos apoyados en la intencionalidad del mismo y en su potencial para forzar el paso al acto (incitación) como riesgo inminente para el grupo diana a concretar en términos contextuales.

<sup>27</sup> Recomendación general N° 35 titulada *La lucha contra el discurso de odio racista* aprobada por el Comité para la eliminación de la discriminación racial en su 83° período de sesiones (12 a 30 de agosto de 2013). CERD/C/GC/35. Véase un estudio en profundidad sobre su alcance y trascendencia en MCGONAGLE, T., *General Recommendation*, 2017, *passim*.

<sup>28</sup> No cabe en el marco de esta contribución un análisis en detalle de los matices diferenciales entre los estándares de incitación que se derivan de ambos instrumentos internacionales. Y menos aún de su evolución. Sí parece constatarse, en todo caso, una cierta confluencia y acercamiento particularmente a partir la de la Recomendación General 35 (sobre el combate del discurso del odio racista) que interpreta autoritativamente el artículo 4 de la Convención de 1965 tal y como señala MCGONAGLE, T., *General Recommendation*, 2017, pp. 255 s.; véase también el detallado estudio de ROLLNERT LIERN, G., *El discurso*, 2019, *passim*, quien se centra especialmente en el artículo 19 y 20 del Pacto de 1966 (pp. 84 ss.) y lo compara con otros estándares internacionales y europeos, llegando a la conclusión –que compartimos- de la criticable evolución interpretativa en la práctica aplicativa sobre todo del TEDH y del Consejo de Europa hacia un abandono del test *fuerte* de incitación (p. 98 s.) que acaba por difuminarse. Véase, también, por todos, el estudio de GASCÓN CUENCA, A., *El discurso*, 2016, pp. 26 ss. y 36 ss.

entre el discurso de odio punible (o incluso sólo contrario a la ley) y el protegido por la libertad de expresión.

En particular, a partir de la Recomendación General 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Convención de 1965) del año 2013, el señalado test (inspirado en el *Plan de Acción de Rabat*) se apoya expresa y decididamente en criterios a inscribir en la dinámica de la incitación intencional a la realización de conductas agresivas cuya gravedad se remite a la valoración de la inminencia del riesgo de su materialización según factores de tipo contextual. Es lo que podría tildarse de “test fuerte de incitación” y que se apoya en tres elementos clave: intencionalidad; dinámica de incitación –explícita o implícita- a la comisión de actos (sean estos o no punibles) con un nivel mayor o menor de inminencia del riesgo de materialización; y, finalmente, la consideración de factores contextuales como elemento indispensable para captar el significado y gravedad de la conducta. Como resulta evidente la alusión a los denominados “factores contextuales” recoge en sede de interpretación del artículo 4 de la Convención de 1965 la propuesta del denominado *Plan de Acción de Rabat* que se desarrolló en el contexto de los esfuerzos interpretativos de los artículos 19 y 20 del Pacto de 1966. Estos últimos, por tanto, se dan por incorporados a una suerte de “acquis” común a ambos<sup>29</sup>.

Junto a lo anterior la propia Recomendación General 35 realiza una consideración especial sobre una constelación de casos particular: la negación y la justificación del genocidio y los crímenes contra la humanidad. A éstos aplica también un test de incitación como criterio de orientación general para determinar su relevancia penal remitiendo a la zona libre de intervención “la [mera] expresión de opiniones sobre hechos históricos”<sup>30</sup>. Es como si la negación y justificación de los más graves crímenes internacionales fueran en realidad una suerte de “incitación” particular, una especie de la incitación general, que se vehicula a través de determinadas constelaciones de casos.

Sea como fuere, género (incitación en general) y especie (negación/justificación de crímenes internacionales), representan un tipo de discurso del odio de incitación, grave, de curso agresivo contra grupos diana que se centran esencialmente en

<sup>29</sup> Véase el apartado 16 de la citada Recomendación general que literalmente apunta a una suerte de “test de incitación” implícita o explícita, intencional, con riesgo (o probabilidad) inminente de que se produzcan conductas de terceros (punibles o no) a la luz de los factores contextuales (del apartado 15: contenido y forma del discurso; clima económico, social y político; posición o condición del emisor; alcance del discurso; y objetivos de este último). Véase, por todos, reciente y autoritativamente el Informe del Relator para la libertad de expresión *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, A/74/486 (2019), apartados 15 y 16; también McGONAGLE, T., *General Recommendation*, 2017, pp. 258 y 254.

<sup>30</sup> Véase el apartado 14 de la Recomendación General 35: “El Comité recomienda que la denegación pública de delitos de genocidio y crímenes de lesa humanidad, definidos por el derecho internacional, o el intento de justificarlos se declaren actos punibles conforme a la ley, siempre que constituyan claramente incitación a la violencia o el odio racial. El Comité subraya asimismo que “la expresión de opiniones sobre hechos históricos” no debe prohibirse ni sancionarse.”.

elementos de identificación étnica: raza, color, linaje, origen nacional o étnico. Grupos que como tales incluyen también los colectivos identificables como pueblos indígenas, y grupos de personas de común ascendencia pero también inmigrantes, no ciudadanos, trabajadores domésticos inmigrados, refugiados o peticionarios de asilo. Ese núcleo duro de colectivos –que nosotros identificamos con el concepto container “étnico”– sólo se expande más allá de forma excepcional y funcional, por razones de interseccionalidad, para la protección adicional de mujeres o grupos religiosos (islamofobia, antismetismo...) en la medida en que puedan estar en conexión con el elemento de identificación subyacente de colectivo étnico<sup>31</sup>.

La propuesta de la Recomendación General 35 del año 2013 constituye así, al día de hoy, el intento más actualizado y representativo –en el ámbito universal– del estándar de referencia para identificar el umbral de relevancia penal, el punto adecuado de ponderación para delimitar el ámbito de prohibición, que debería ser transpuesto a los ordenamientos domésticos. Tal intento, sin embargo, por prometedor y solvente que pueda aventurarse<sup>32</sup>, no ha podido, como es manifiesto, despejar de una vez y para siempre las dudas ni alcanzar un nivel de precisión que resulte plenamente operativo, eficaz y definitivo a la hora de homogeneizar las respuestas de los ordenamientos domésticos en la definición de la respuesta penal<sup>33</sup>. Por decirlo de forma más drástica: no es todavía una cristalización consolidada del estándar. Eso sí alberga el potencial de cumplir una función de síntesis y proyección de orientación normativa a futuro que quizás termine por contribuir a generar una “práctica actual y generalizada” de los Estados firmantes de los dos Tratados internacionales (Convención de 1965 y Pacto de 1966) de los que proviene.

<sup>31</sup> Recomendación General 35 (CERD/C/GC/35) apartado 6: “En la práctica del Comité, al abordar el discurso de odio racista se han tratado todas las formas específicas de discurso a que se hace referencia en el artículo 4, dirigidas contra los grupos reconocidos por el artículo 1 de la Convención —que prohíbe la discriminación por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico—, como los pueblos indígenas,

los grupos cuya condición se basa en consideraciones de ascendencia, y los inmigrantes o los no ciudadanos, incluidos los trabajadores domésticos migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo, así como el discurso dirigido contra las mujeres pertenecientes a esos y a otros grupos vulnerables. A la luz del principio de interseccionalidad, y teniendo presente que “las críticas contra dirigentes religiosos o los comentarios sobre la doctrina religiosa o el dogma” no deben prohibirse ni castigarse, el Comité también ha prestado atención al discurso de odio dirigido contra las personas pertenecientes a determinados grupos étnicos que profesan o practican una religión distinta de la mayoría, por ejemplo las expresiones de islamofobia, antisemitismo y otras manifestaciones de odio similares contra grupos etnorreligiosos, así como las manifestaciones extremas de odio tales como la incitación al genocidio y al terrorismo. La creación de estereotipos y la estigmatización de miembros de grupos protegidos también han sido objeto de expresiones de inquietud y de recomendaciones por parte del Comité.”

<sup>32</sup> MCGONAGLE, T., *General Recommendation*, 2017, pp. 267 s.

<sup>33</sup> ROLLNERT LIERN, G., *El discurso*, 2019, pp. 98 ss., sentencia, en un análisis que compartimos en lo esencial, que el estándar universal más restrictivo que apunta a una exigencia de un test más exigente (*fuerte*) de conductas de incitación intencional, con riesgo inminente (a la luz del contexto) de producción de violencia, discriminación o actos de hostilidad tiende a diluirse al menos en el contexto europeo con una vacilante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y una práctica aplicativa vía soft law del Consejo de Europa que favorece el ensanchamiento de la vía prohibitiva –incluso penal– del discurso de odio abandonándola a un decisionismo judicial muy impreciso. Más adelante en el texto habrá de volverse sobre este aspecto de cómo interactúan los estándares internacionales de ámbito universal y los de índole regional europeo.

Por todo, a modo de breve recapitulación de lo señalado, nos interesa dejar constancia, en cuatro puntos, de algunas certezas y de algunas zonas de incertidumbre en el estado actual de cristalización del estándar universal.

En primer lugar, parece indubitado que dicho estándar internacional de ámbito universal en materia de discurso de odio acusa en su evolución una exigencia no auto-ejecutiva de prohibición, incluso de incriminación penal, de “una parte” –no de todo el conjunto- del discurso del odio aunque siga todavía sin poder establecerse pacíficamente cuáles deberían ser exactamente los elementos de restricción o de filtrado que deberían ayudar a delimitar las constelaciones de casos de mayor gravedad.

Como segundo punto, el estándar consolidado sigue consistiendo en que debe haber intervención penal y que ésta está abierta a ponderación legítima de cada Estado parte. Incluso podría asegurarse que pertenece al estándar universal una aceptación o expectativa generalizada de que debe haber una cierta restricción de la literalidad del artículo 4 (Convención de 1965) a la hora de transponer su contenido huyendo así de lecturas e interpretaciones omnicomprendivas, excesivamente formales y literales.

En tercer lugar, la Recomendación General 35 (Convención 1965) apunta en la buena dirección hacia un estándar de incitación ahora más refinado, restrictivo, e incluso operativo a un doble nivel –general y más específico respecto del “negacionismo”- que podría representar un punto de encuentro pro futuro en el que se desarrollara la fuerza vinculante conjunta de la Convención de 1965 y del Pacto de 1966 en la línea del Plan de Acción de Rabat. La Recomendación General hace suya, en definitiva, una propuesta orientadora de cómo materializar una interpretación contenida, restrictiva, pero operativa y coherente con el estándar del Pacto de 1966. Esta Recomendación, sin embargo, no puede darse todavía como una parte ya consolidada y cristalizada del estándar sustantivo universal.

Finalmente, como punto cuarto, pese a la incertidumbre objetiva que desde un principio y hasta el día de hoy revela el estándar respecto de los criterios de restricción de la intervención, ello no permite ni legítimas posturas que pretendan desconocer que existe obligación de intervención penal contra algunas partes –las más graves- del discurso del odio; como tampoco cabría legítimamente, en el extremo opuesto, pretender afirmar una exigencia de criminalización *in toto*, sin límite, literalista, de “todo” discurso del odio al margen de cualquier restricción o ponderación; por último, tampoco cabe inferir del estado actual de consolidación del estándar una pretensión de extender la prohibición penal más allá del núcleo central de los grupos-diana de matriz étnica o, complementariamente, de una periferia de grupos por razones de interseccionalidad.

Sentado lo precedente, sin embargo, observaremos cómo en la escena internacional hay países, incluso ámbitos regionales al completo (Estados Unidos versus

Europa) que tienden respectivamente al desbordamiento del estándar internacional tanto por defecto (EEUU) como por exceso (Europa)<sup>34</sup>.

### III. Europa y Estados Unidos: divergencias y convergencias

Partiendo, por tanto, del estándar internacional de ámbito universal puede rastrearse la bifurcación de caminos y modelos legislativos por los que algunos de los Estados parte han ido optando condicionados por su diferente concepción e interpretación de la libertad de expresión. Diferente concepción que hará que se delimiten y aprovechen los márgenes de apreciación y ponderación ya indicados de manera bien distinta. Aquí sólo nos vamos a ocupar de los Estados Unidos y su contraste con una visión global del ámbito europeo.

#### III.1. *Estados Unidos de América: la negación del estándar*

La fase moderna de la legislación anti-odio en Estados Unidos es menos fruto de su confrontación expresa y directa con las demandas y evolución del derecho internacional de los derechos humanos, que de su propia dinámica histórica interna. Y es que los delitos de odio en los Estados Unidos, en su versión contemporánea, se consolidan en la década de los 90 del Siglo XX como evolución final de una trayectoria que se remonta, en primer término, a los movimientos por los derechos civiles de los años 60<sup>35</sup>. Tal y como señalan JACOBS/POTTER la denominación de *hate crime* en concreto se acuñó en torno al año 1985 como una evolución de las políticas de identidad y de los derechos civiles que arrancan tras la segunda guerra mundial en los Estados Unidos<sup>36</sup>.

Sin duda se pueden encontrar referentes más lejanos de protección legislativa antidiscriminatoria que se remontan a la época de la llamada “reconstrucción” tras la guerra civil americana de secesión a finales del siglo XIX (1861-1865) como la Ley de Derechos Civiles de 1866 y de 1875, La Ley de Ejecución de 1870 (también conocida como la primera Ley del *Ku Klux Klan*) o La Ley del *Ku Klux Klan* de 1871<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Veremos a lo largo de esta contribución (*infra*) cómo Estados Unidos, en un extremo, tiende a negar la legitimidad de las prohibiciones del discurso del odio criminalizadas en Europa de la misma manera que en Europa, y en particular en el ámbito del Consejo de Europa, hay una cierta tendencia expansionista a dilatar y ensanchar el estándar de intervención hasta un punto en que parece diluirse o hacerse desaparecer la necesidad de articular limitaciones o restricciones. Ambas manifestaciones, en su extremo, tienden a negar el estándar internacional sea por defecto sea por exceso.

<sup>35</sup> GRATTET, R./JENNESS, V., *The Birth*, 2001, pp. 671 ss.; GRATTET, R./JENNESS, V./CURRY, T.R., *The Homogenization*, 1998, pp. 286 ss.

<sup>36</sup> JACOBS, J.B./POTTER, K., *Hate*, 1998, pp. 4 ss.; también, más recientemente, NAIDOO, K., *The Origins*, 2016, pp. 54 y 62.

<sup>37</sup> Civil Rights Act of 1866, 14 Stat. 27-30. April 9. An Act to protect all Persons in the United States in their Civil Rights and liberties, and furnish the Means of their Vindication; Civil Rights Act of 1875, 18 Stat. 335-337. March 1. An act to protect all citizens in their civil and legal rights; Enforcement Act of 1870, 16 Stat. 140-146. May 31. An Act to enforce the Right of Citizens of the United States to vote in the several States of the Union, and for other Purposes; Enforcement Act of 1871, 17 Stat. 13. April 20. An Act to enforce the Provisions of the Fourteenth Amendment to the Constitution of the United States and for other Purposes

Como destaca LEVIN esos esfuerzos legislativos entroncan con la aprobación en 1868 de la Decimocuarta Enmienda (y antes con la Decimotercera)<sup>38</sup> a la Constitución en la que se arraiga todo un programa de protección igualitaria y garantía del derecho a la ciudadanía que incluía a los esclavos recién emancipados pero que iría desplegándose entre grandes resistencias. Y es que esa legislación pronto se encontró con la aparición de la violencia racial terrorista del *Ku Klux Klan* pero también con la violencia institucional en forma de leyes estatales discriminatorias de segregación (*Jim Crow*<sup>39</sup>) y la hostilidad de la Corte Suprema americana quien, como afirma categóricamente LEVIN “mantuvo la segregación racial al tiempo que denegaba sistemáticamente el amparo a los asesinados en actos de violencia racial o no reconocía el derecho a voto”<sup>40</sup>. Linchamientos, asesinatos, segregación en los espacios públicos, humillaciones, ciudadanía de segunda clase, legislación estatal y jurisprudencia discriminatoria contra las personas negras son, todas ellas, dolorosas realidades que acompañan al nacimiento y la consolidación de los Estados Unidos de post-guerra en un largo lapso de tiempo que deberá esperar hasta los movimientos a favor de los derechos civiles de los años 60 (S. XX) para conocer un cambio significativo. Los esfuerzos decimonónicos por desplegar una protección federal, a pesar de sus

(en su actual denominación: 18 USC § 241. Conspiracy against Rights). Véase LEVIN, B., *La legislación*, 2018, pp. 155 ss.; y DEL MISMO, *From Slavery*, 2002, pp. 227 ss. y *passim*. También entre nosotros DIAZ LOPEZ, J.A., *El odio*, Pamplona, 2013, pp. 105 ss.

<sup>38</sup> Amendment XIV “Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

Section 2. Representatives shall be apportioned among the several States according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each State, excluding Indians not taxed. But when the right to vote at any election for the choice of electors for President and Vice-President of the United States, Representatives in Congress, the Executive and Judicial officers of a State, or the members of the Legislature thereof, is denied to any of the male inhabitants of such State, being twenty-one years of age, and citizens of the United States, or in any way abridged, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole number of male citizens twenty-one years of age in such State.” (...) Dicha enmienda sigue a la decimotercera aprobada sólo tres años antes, ratificada recién terminada la guerra, y que abole la esclavitud: Amendment XIII “Section 1. Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.” (...) Véase para su significado como antedecentes de la legislación anti-odio, en detalle, LEVIN, B., *From Slavery*, 2002, pp. 230 ss.; y DEL MISMO, *La legislación*, 2018, pp. 155 ss.

<sup>39</sup> El término *Jim Crow* proviene de la denominación de un género teatral racista estadounidense (*Minstrel*) que se popularizó especialmente a lo largo del siglo XIX en el que se hacían imitaciones de las personas negras por blancos con la cara pintada (*Blackface*). El origen particular se debe al comediante Thomas D. Rice que ya en 1823 hacía un número en que al parecer imitaba la forma de bailar y moverse de un trabajador agrícola afroamericano discapacitado al que se instaba en la canción con un estribillo repetitivo: *Jump Jim Crow*. Este número se popularizó extraordinariamente y acabó convirtiéndose en una forma despectiva para denominar a los afroamericanos. Dicha denominación acabó también por dar nombre a las leyes de segregación que se aprobaron después de la denominada reconstrucción. Véase KING, T., *Performing Jim Crow*, 2014, pp. 75 ss.; y BROWN, N.L.M./STENTIFORD, B.M., *The Jim Crow*, 2008, pp. XVII ss.; véase también sobre el origen de la primera ley *Jim Crow FOLMSBEE, S.J., The Origin*, 1949, pp. 235 ss.

<sup>40</sup> LEVIN, B., *La legislación*, 2018, pp. 154 y 157 ss.

limitaciones, consiguieron sólo con el tiempo, en diferido, precipitar un ulterior paso esencial que se materializaría casi un siglo después. Y es que esa tensión entre las fuerzas nostálgicas favorables a la esclavitud y su superación real y efectiva se transmite a través de un largo hilo conductor que entronca con la guerra de secesión como referente lejano y se cierra, como antecedente a la actual legislación anti-odio, con el movimiento de los derechos civiles de los años 60 ya en el siglo XX<sup>41</sup>.

Desde luego no se puede afirmar que las leyes federales que arrancan en la época de la “reconstrucción” post-bélica sean, estrictamente, estatutos penales de agravación de penas. Pero establecen una base de tutela que informa el impulso antidiscriminatorio que con el tiempo alojará en su seno, como una especie de subconjunto de protección complementario, la moderna legislación penal anti-odio<sup>42</sup>.

También es cierto que hay sectores en la doctrina que apuntan a que, ya con anterioridad a los 60 (S. XX), sería el periodo inmediatamente posterior a la segunda Guerra mundial el antecedente de enlace con el origen inmediato de los futuros delitos de odio. Señala NAIDOO que ya en 1949 en *Connecticut* se aprueba una ley para atajar específicamente los ataques o agresiones (*assaults*) motivados racialmente e incluso se preveía el castigo de ciertas afrentas contra el honor (ridiculizar) con base en la raza, el color de la piel o la creencia<sup>43</sup>. Pero parece ser mayoritaria la opinión de que no es hasta el movimiento de derechos civiles de los 60 cuando el creciente rechazo de la sociedad americana contra el racismo y la intolerancia étnica cristaliza en un salto cualitativo, cobrando entonces la protección federal antidiscriminatoria un nuevo y definitivo impulso que le hace despertar de su letargo<sup>44</sup>. Se aprueban así nuevas Leyes de Derechos Civiles<sup>45</sup>, y en particular la de 1968, como antecedente

<sup>41</sup> BLAIR WOODS, *Hate*, 2015, p. 154 señala tres olas de violencia racial como hitos históricos necesarios para comprender en su contexto la nueva regulación de los delitos de odio: la primera relativa al periodo de la reconstrucción (1865-1877) al calor de las tensiones por reconocer derechos civiles a los esclavos recién liberados tras la guerra civil; la segunda ola que se produce de forma inmediatamente posterior a la primera guerra mundial en el contexto de los movimientos de inmigración del periodo postbélico y del resurgir de un *Ku Klux Klan* en el clímax de su actividad criminal organizada; y, por último, la que se produce durante el movimiento de los derechos civiles en la década de 1960. Véase NAIDOO, K., *The Origins*, 2016, pp. 59 ss., y también LEVIN, B., *La legislación*, 2018, p. 161 y DEL MISMO, *From Slavery*, 2002, pp. 235 s.

<sup>42</sup> LEVIN, B., *La legislación*, 2018, p. 159. NAIDOO, K., *The Origins*, 2016, p. 58 sintetiza la posición de LEVIN entroncando los delitos de odio con las viejas leyes antidiscriminación y de protección de los derechos civiles y contrapone esa caracterización con la visión de JACOBS y POTTER que tienden a situar el antecedente de la post-guerra de secesión como algo más bien ajeno a los delitos de odio y muy ligado a la lógica de neutralizar interferencias con los derechos civiles. De cualquier manera, en nuestra opinión, parece evidente que la intervención federal ya en el Siglo XIX es una respuesta jurídica “compensatoria” del déficit de tutela del grupo de personas negras que requieren garantías especiales para intentar asegurar su estatus jurídico en pie de igualdad. Su vocación de tutela colectiva, superpuesta a la individual, inspira la respuesta jurídica antidiscriminatoria que irá evolucionando hasta el día de hoy.

<sup>43</sup> NAIDOO, K., *The Origins*, 2016, pp. 58 s. En la misma línea alude, como eventual antecedente, a la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Brown v Board of Education of Topeka* que en 1954 revoca la doctrina “separados pero iguales” en las escuelas públicas.

<sup>44</sup> LEVIN, B., *La legislación*, 2018, p. 159.

<sup>45</sup> Civil Rights Act of 1964, 78 Stat. 241. July 2. An act to enforce the constitutional right to vote, to confer jurisdiction upon the district courts of the United States of America to provide injunctive relief against discrimination in public accommodations, to authorize the Attorney General to institute suits to protect

inmediato de la fase que podría denominarse “moderna” o más reciente de una legislación penal anti-odio, *estricto sensu (hate crime)*. Esta Ley de Derechos Civiles de 1968 no establece todavía estatutos penales de agravación pero supone una primera novedad que anticipa la futura legislación. Y es que despliega su protección frente a la violencia y las amenazas que basadas en la raza, el color de la piel, el origen nacional o la religión además interfieren con derechos protegidos federalmente (el derecho de voto, la educación pública, la participación como jurado, los desplazamientos interestatales y el acceso a servicios y lugares públicos). Se consolida así una protección federal, sectorial, contra la etnoviolencia que representa un salto cualitativo hacia delante pero que pronto revelaría dificultades probatorias que minarían su efectividad<sup>46</sup>. Hay además una segunda novedad a resaltar además del refuerzo de protección federal: un claro refuerzo de la tendencia, todavía embrionaria, a ampliar el foco de protección a otros colectivos más allá de las personas negras<sup>47</sup> a cuyo movimiento reivindicativo se le acabarán por sumar con el paso del tiempo el los derechos de las mujeres, del movimiento LGTBI y más adelante la demandas de los derechos de las víctimas<sup>48</sup>.

Por tanto, tras la eclosión de los movimientos civiles se había rehabilitado y mejorado una cierta protección federal frente a la violencia pero su activación en términos prácticos era poco efectiva por necesitar una “conexión” con determinados derechos (voto, educación, transporte interestatal...) y por dificultades inherentes al estándar probatorio que hacía descansar en la acusación una difícil prueba de la motivación discriminatoria. Por ello se entiende que en las subsiguientes décadas de los 80 y hasta los 90 se intentan paliar estos déficits mediante legislación estatal –no federal- espoleada por organizaciones no gubernamentales y movimientos de defensa de los colectivos agredidos que desarrollan una tenaz labor de lobby recopilando datos de las agresiones y promoviendo que los Estados adapten modelos de legislación anti-odio<sup>49</sup>.

Esta nueva fase cristaliza definitivamente y de manera expresa con la aprobación por el Congreso de la Ley Estadística de Delitos de Odio (*Hate Crime Statistics Act*<sup>50</sup>) en la que se mandata al Departamento de Justicia (*Attorney General*) para que recoja y publique sistemáticamente datos sobre crímenes que manifiesten de forma clara y evidente un prejuicio basado en la raza, la religión, la orientación sexual o la

constitutional rights in public facilities and public education, to extend the Commission on Civil Rights, to prevent discrimination in federally assisted programs, to establish a Commission on Equal Employment Opportunity, and for other purposes; Civil Rights Act of 1968, 82 Stat. 73. April 11. An act to prescribe penalties for certain acts of violence or intimidation, and for other purposes.

<sup>46</sup> NAIDOO, K., *The Origins*, 2016, p. 59.

<sup>47</sup> ALTSCHILLER, D., *Hate*, 2015, pp. 5 ss.

<sup>48</sup> NAIDOO, K., *The Origins*, 2016, p. 58

<sup>49</sup> LANDA, J.M., *La intervención*, 2000, p. 107; también NAIDOO, K., *The Origins*, 2016, p. 61.

<sup>50</sup> Hate Crime Statistics Act 1990, 28 U.S.C. § 534 HCSA. April 23. An Act to provide for the acquisition and publication of data about crimes that manifest prejudice based on certain group characteristics.

etnicidad. El mandato legal acabó por ser asumido por el FBI<sup>51</sup> que creó una sección especial de este tipo de informes<sup>52</sup> dentro del *Uniform Crime Reporting Program (UCR)*<sup>53</sup> que desde 1990<sup>54</sup> ha venido publicando datos y consolidando este término – *hate crime*– que fue popularizado precisamente a partir de 1985 en la fase preparatoria de la ley<sup>55</sup>.

Como se puede observar de la evolución hasta la década de los 90 es entonces cuando el término *hate crime* queda acuñado y estabilizado pero haciendo referencia a delitos base agravados y no a figuras de criminalización del discurso del odio. En una fase transitoria y preliminar a ese estado de la legislación proliferaban, es cierto, prohibiciones penales del discurso del odio (*hate speech*) que se acumulaban con otro tipo de legislación en la línea de agravar delitos base cometidos contra determinados grupos (*hate crime*). Había claramente modelos de intervención vía delitos de expresión impulsados fundamentalmente por los Estados, no por el poder Federal central, pues eran aquéllos quienes detentaban la competencia penal para ello. Eran las organizaciones civiles como, significativamente, la *Anti-Defamation League* las que impulsaban a los legisladores estatales a quienes intentaban forzar a tomar conciencia de una realidad de violencia todavía muy centrada en los colectivos étnicos y que con el tiempo expandirían a más colectivos<sup>56</sup>.

Pero cuando la legislación anti-odio se comienza a prodigar será la Corte Suprema estadounidense la que acabará por consolidar un sistema fundamentalmente monista y no dualista, declarando respectivamente la incompatibilidad de la criminalización del discurso del odio (*R.A.V. v St Paul* 1992) y la compatibilidad de preceptos agravatorios con la Primera Enmienda. La Corte Suprema relega así a la zona libre de intervención penal el discurso del odio (*hate speech*) y liquida los modelos de legislación penal anti-odio “con palabras”, mientras que afirma y legitima las figuras agravatorias de delitos base sin encontrar ahí tacha ninguna desde el punto de vista de la libertad de expresión<sup>57</sup>.

Llegados a este punto se puede afirmar que a partir de la década de los 90 (S. XX)

<sup>51</sup> NOLAN, J.J./AKIYAMA, Y./BERHANU, S., *Statistics*, 2002, pp. 137 ss.

<sup>52</sup> Se puede consultar el informe más reciente (2018) en <https://ucr.fbi.gov/hate-crime/2018> (último acceso 28 mayo 2020).

<sup>53</sup> Vasto programa que ofrece datos estadísticos desde 1929 de todo tipo de criminalidad de forma anual. Puede consultarse on line: <https://www.fbi.gov/services/cjis/ucr> (último acceso 28 mayo 2020).

<sup>54</sup> En realidad la primera publicación del programa fue el libro *Hate Crime Statistics, 1990: A Resource Book* editado por el departamento de Justicia de EE.UU en 1991, al que seguirían los informes anuales. Están disponibles desde 1996 en <https://www.fbi.gov/services/cjis/ucr/publications#Hate> (último acceso 28 mayo 2020).

<sup>55</sup> JACOBS, J.B./POTTER, K., *Hate*, 1998, p. 4; ALTSCHILLER, D., *Hate*, 2015, p. 5, en concreto por los miembros del Congreso John Conyers, Barbara Kennelly y Mario Biaggi.

<sup>56</sup> NAIDOO, K., *The Origins*, 2016, pp. 61 y 62, quien alude también expresamente a la labor de lobby de la organización *Southern Poverty Law Centre*; véase también LANDA GOROSTIZA, J.M., *Los delitos*, 2018, pp. 43 y 44.

<sup>57</sup> SILVERMAN, E., *Criminalidad xenófoba*, 1997, pp. 689 ss.; y LANDA GOROSTIZA, J.M., *Los delitos*, 2018, p. 44 con ulteriores referencias.

los delitos de odio como agravaciones de delitos base (*hate crime stricto sensu*) son el modelo de referencia en los Estados Unidos, por tanto, desvinculándose *de facto* del estándar internacional universal de los derechos humanos que obliga a incriminar partes del discurso del odio. De hecho, los Estados Unidos son Estado-parte tanto de la Convención de 1965 como del Pacto de 1966, pero en ambos han establecido claras reservas a los respectivos artículo 4 (Convención 1965)<sup>58</sup> y 20 (Pacto 1966)<sup>59</sup> para desvincularse de toda obligación estricta de incriminación o prohibición del discurso del odio. Este es un importante dato a la hora de proclamar una eventual vigencia *de facto* del estándar universal de las Convenciones de 1965 y del Pacto de 1966 y una constatación de que espacios regionales tan relevantes como el de USA se acogen a una versión extraordinariamente restrictiva hasta el extremo de rechazar de plano toda incriminación del discurso del odio “con palabras”.

Ahora bien, dentro de su propia línea legislativa de agravación de penas sí que se ha ido produciendo una cierta expansión de los colectivos diana a proteger más allá de la matriz étnica. Se han dado pasos en esa dirección acogiendo progresivamente en las líneas de intervención federal la protección de colectivos sexuales y otros más allá del núcleo originario de colectivos plasmado en la Ley Estadística de Delitos de Odio (*Hate Crime Statistics Act*). En efecto, la propia Ley Estadística refleja en sus cambios legislativos una tendencia a la expansión de los grupos destinatarios de protección penal<sup>60</sup>. En 1994 se produce una enmienda de la ley que incluye conductas delictivas contra personas discapacitadas (*persons with disabilities*)<sup>61</sup> pero, probablemente, el cambio con una mayor repercusión fue el que trajo la Ley de Prevención de Delitos de Odio de 2009 denominada *Matthew Shepard y James Byrd*<sup>62</sup>. Esta ley

<sup>58</sup> Upon signature: "The Constitution of the United States contains provisions for the protection of individual rights, such as the right of free speech, and nothing in the Convention shall be deemed to require or to authorize legislation or other action by the United States of America incompatible with the provisions of the Constitution of the United States of America." Upon ratification: "I. The Senate's advice and consent is subject to the following reservations: (1) That the Constitution and laws of the United States contain extensive protections of individual freedom of speech, expression and association. Accordingly, the United States does not accept any obligation under this Convention, in particular under articles 4 and 7, to restrict those rights, through the adoption of legislation or any other measures, to the extent that they are protected by the Constitution and laws of the United States. (...) Véase <https://indicators.ohchr.org> (último acceso 27 mayo 2020)

<sup>59</sup> Reservations: "(1) That article 20 does not authorize or require legislation or other action by the United States that would restrict the right of free speech and association protected by the Constitution and laws of the United States." (...). Véase <https://indicators.ohchr.org> (último acceso 27 mayo 2020).

<sup>60</sup> Que por otra parte se había venido pre-figurando a partir de la expansión de los movimientos de derechos civiles de las personas negras a otros grupos como mujeres, colectivo LGTB, personas con discapacidad y otras víctimas. Véase por todos NAIDOO, K., *The Origins*, 2016, p. 58.

<sup>61</sup> Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994, 108 Stat. 1796, September 13. An Act to Control and Prevent Crime. SEC. 320926. HATE CRIME STATISTICS ACT. Subsection (b)(1) of the first section of the Hate Crime Statistics Act (28 U.S.C. 534 note) is amended by inserting "disability," after "religion,".

<sup>62</sup> Matthew Shepard and James Byrd, Jr., Hate Crimes Prevention Act of 2009, 18 U.S.C. § 249. Matthew Shepard era un estudiante de la Universidad de Wyoming que fue golpeado y torturado brutalmente muriendo atado a una valla a manos de adolescentes que llevaron a cabo el crimen porque Matthew era gay. James Byrd, afroamericano originario de Jaspers (Texas) fue encontrado decapitado y desmembrado en una carretera

amplía el mandato de recogida federal de datos sobre delitos de odio que se dirijan contra un género en particular (hombre o mujer) y contra la identidad sexual y, al mismo tiempo, reordena y sistematiza las categorías de recogida que se estaban manejando respecto del colectivo LGTB (orientación sexual).

En definitiva, desde los 90 (del siglo XX) hasta finales de la primera década del siglo XXI, se consolida en los EEUU una visión federal de los delitos de odio que se desliza desde su núcleo histórico centrado en colectivos étnicos (particularmente afroamericanos) y religiosos, hacia los grupos que se definen en torno al sexo pero incluyendo además otras categorías como la de las personas con discapacidad. Esta línea de actuación federal es reflejo además de las tendencias de la legislación a nivel de cada Estado de la federación que en su gran mayoría incluyen la tutela penal de grupos étnicos (incluidas la referencia a la raza, el color, la religión, el origen nacional y la etnicidad) y en menor medida –pero de forma creciente– otros colectivos como el de personas con discapacidad, los relativos a la orientación sexual, sexo/género y otros (menos extendidos todavía) como la edad, el estatus marital, la expresión o los sin techo<sup>63</sup>.

Es momento de sintetizar este apartado: Estados Unidos representa un modelo de combate penal anti-odio que desaprovecha y desatiende el mandato de criminalización del discurso del odio (*hate speech*) impulsado por el estándar universal del derecho internacional de los derechos humanos y apuesta decididamente por las agravaciones de pena (*hate crime* en sentido estricto). Respecto de los colectivos diana ha estado centrado históricamente y hasta bien entrada la década de los 90 del pasado siglo en la etnoviolencia pero ya muestra una progresiva ampliación de la tutela a otros grupos (orientación sexual, personas con discapacidad, etc...).

Así las cosas, estamos en disposición de comparar la evolución vista en los Estados Unidos de América con la Europea para comprobar, a modo de avance de conclusiones, una cierta confluencia de modelos a un lado y al otro del Atlántico a partir de puntos de partida opuestos. Y es que se trata de dos modelos que como veremos abogaban en sus orígenes por líneas político-criminales antirracistas por vías separadas: unos, los europeos, luchaban esencialmente por la vía de los delitos de odio con palabras (*hate speech*); mientras que los otros, los estadounidenses, lo hacían a través

cercana a su ciudad de residencia. Los perpetradores de tal asesinato tenían conexiones con el *Ku Klux Klan* (KKK) y habían atado y posteriormente arrastrado a James con un vehículo. Ambos crímenes, cometidos en 1998, fueron el detonante de una enconada discusión pública que acabó por enmendar la legislación de delitos de odio en EE.UU. ALTSCHILLER, D., *Hate*, 2015, pp. 4 y 16 ss.; véase también DIAZ LOPEZ, J.A., *El odio*, Pamplona, 2013, pp. 120 y 121.

<sup>63</sup> BLAIR WOODS, J., *Hate*, 2015, p. 156, indica que a fecha de mayo de 2013 44 Estados y Washington D.C. tenían legislación anti-odio relativa a grupos étnicos; 32 Estados y Washington D.C. relativa a la discapacidad; 31 Estados y Washington D.C. a orientación sexual; 28 Estados y Washington D.C. a sexo/género; 14 Estados y Washington D.C. a la edad; 13 Estados y Washington D.C. a la identidad de género o expresión; y 5 Estados y Washington D.C. a los sin techo. ALTSCHILLER, D., *Hate*, 2015, pp. 30 ss., amplía aún más los grupos diana respecto del estatus marital y otros.

de los delitos de odio con hechos: esto es, agravando la pena (*hate crime*). Con el tiempo éstos acabarán por influir en aquellos pero no viceversa. Veámoslo.

### III.2. *Europa: ¿hacia un desbordamiento del estándar?*

La evolución de los delitos de odio en Europa no se entiende si no se parte del *ethos* fundacional esencial de toda la arquitectura jurídica del viejo continente tras la segunda guerra mundial: el renacer de las cenizas como reacción a la barbarie y desolación que trajo el nazismo. Por ello debe mirarse en primer lugar y esencialmente al espacio germánico de la Europa central (Alemania, Austria...) en el que el espíritu de la democracia militante<sup>64</sup> acabará por trasladarse a la esfera de intervención penal precipitando un modelo de “delitos con palabras” (*hate speech* criminalizado) de manera que, paradigmáticamente, se transforma el parágrafo 130 del Código Penal (StGB) alemán en la nueva prohibición penal del discurso del odio. La nueva “incitación al pueblo” (*Volksverhetzung*) alemana representa, por tanto a finales de la década de los 60 del Siglo XX, la respuesta excepcional ante un problema excepcional: prohibir la propaganda (neo)nazi como forma de protección de determinados colectivos étnicos recortando tendencialmente el ámbito de la libertad de expresión de los enemigos de la democracia por antonomasia<sup>65</sup>.

Ahora bien, semejante restricción excepcional de la libertad de expresión requiere límites. La prohibición alemana no era puramente genérica sino que se encontraba limitada por elementos que “cualifican”, restringen, el tipo dotándole de unos perfiles que permiten filtrar las constelaciones de casos relevantes precisamente sobre lo que se diagnosticaba como el problema esencial, esto es, la propaganda nazi. La prohibición de la incitación alemana, más allá de tecnicismos, acaba por centrarse en castigar penalmente el discurso de envenenamiento de colectivos étnicos con afección colectiva de la paz pública y muy centrados en el campo comunicativo de agitación canalizado a modo de resonancias conectadas a lo que fue la terrorífica experiencia del Estado criminal de Hitler<sup>66</sup>.

El estándar penal, en todo caso, refleja una garantía de no repetición de lo que supuso el holocausto, el genocidio y la maquinaria criminal de guerra nazi que ya era reconocible por haberse incorporado al bloque de constitucionalidad de matriz germana pero también, significativamente, al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH). Así, más allá del control de límites de la libertad de expresión vía artículo 10 CEDH, el artículo 17 CEDH incorpora el denominado *efecto guillotina* o, con otras palabras, la articulación práctica contra el abuso de derecho de manera que puedan rechazarse *a limine* demandas de protección de los enemigos de la

<sup>64</sup> LANDA GOROSTIZA, J.M., *Políticas de víctimas*, 2018, pp. 10 ss.

<sup>65</sup> LANDA GOROSTIZA, J.M., *La regulación*, 1996, pp. 540 ss.

<sup>66</sup> GARRO CARRERA, *Los discursos*, 2018, pp. 29 ss., 32 ss., y 34 ss.

democracia que pretenden abusar de ésta para intentar derrocarla<sup>67</sup>. Dicha cláusula, de hecho, ha venido siendo utilizada, a pesar de su teórica proyección universal sobre el conjunto de los derechos del CEDH<sup>68</sup>, fundamentalmente para legitimar intervenciones punitivas contra propagandistas del odio de cuño neonazi y en particular en constelaciones de casos en que dicha propaganda se vierte a través de la negación o grave banalización del holocausto de las personas judías en suelo europeo<sup>69</sup>.

Pues bien, es ese mismo espíritu el que animó y fue el impulsor<sup>70</sup> del estándar internacional universal siquiera vía el influjo que el liderazgo alemán le insufló en la aprobación de la Convención de 1965 y que, como no podía ser de otra manera, acaba por cristalizar también en la correspondiente transposición doméstica en el Código penal germano.

En síntesis el modelo europeo originario de legislación anti-odio se consolida en la segunda mitad del Siglo XX en torno a una prohibición de propaganda, limitada, “contenida”, con elementos restrictivos de delimitación del ámbito de prohibición, que es, al mismo tiempo, el núcleo central de referencia para la Europa central e informa el estándar internacional universal de la Convención de 1965. Alemania acogió un modelo legislativo de delitos de odio “con palabras” o, si se prefiere, de discurso de odio criminalizado que también fue el referente que se trasladó al ámbito universal vía la Convención de 1965 y, con el tiempo al espacio regional europeo.

Conviene ahora recordar, en este apretado recorrido, que precisamente en la década de los 90 mientras en Estados Unidos se consolidaba una jurisprudencia de su Corte Suprema que rechazaba los modelos legislativos de criminalización del discurso del odio a favor de agravaciones de pena, Europa apostaba esencialmente por acoger el modelo de delitos de propaganda bendecido, por cierto, hasta nuestros días, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> Muy crítico, tras un extenso análisis de su aplicación con su potencial de arbitrariedad TERUEL LOZANO, G.M., 2017, *passim*.

<sup>68</sup> Véase un muy reciente estado de su aplicación en el Factsheet-Hate Speech actualizado a Junio 2020 en [https://echr.coe.int/Documents/FS\\_Hate\\_speech\\_ENG.pdf](https://echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf) (último acceso 27 agosto 2020).

<sup>69</sup> LANDA GOROSTIZA, J.M., *Incitación al odio*, 2012, pp. 324 ss., con un estudio de la jurisprudencia del TEDH al respecto y ulteriores referencias bibliográficas; véase, también, el estudio monográfico de TERUEL LOZANO, G.M., *La lucha*, 2015, pp. 133 ss., y en particular pp. 144 ss.

<sup>70</sup> Ya hemos indicado *supra* que fue una epidemia de esvásticas en Alemania la chispa impulsora de la iniciativa de lo que acabaría siendo la Convención de 1965. Es pacífica doctrina que fue, por tanto, el antisemitismo el detonante que puso en marcha el movimiento de aprobación de la Convención de 1965 que, sin embargo, según avanzaban los trabajos preparatorios, decayó como motivo separado y expreso del instrumento internacional que acabó por generalizar su foco y contenido a todas las formas de racismo, y en el que terminaron por pesar más su orientación anti-Apartheid y su potencial en la corriente de lucha anti-colonial que el indicado antisemitismo. Véase, al respecto, THORNBERRY, P., *Foreword*, 2017, p. XIV; también KEANE, D./WAUGHTRAY, A., *Fifty years*, 2017, pp. 3 ss.

<sup>71</sup> A pesar de todos los matices y vaivenes que la evolución jurisprudencial del TEDH pueda arrojar no cabe duda de que abre un cauce mucho más amplio que en los Estados Unidos y que permite la convivencia de modelos legislativos de criminalización del discurso del odio con la interpretación de los estándares de derechos humanos de la Convención de Roma de 1950. Véase, por todos, la síntesis de la jurisprudencia al respecto en ECRI, *General Policy Recommendation NO. 15 on Combating Hate Speech*, adopted on 8

Pues bien, más allá de una visión de legislador negativo y de límites de los modelos a través de los tribunales de garantías, en esta contribución convendría repasar, brevemente, una propuesta reciente y fundamental de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa y contrastarla, asimismo, con el modelo de la Unión Europea (UE) en la materia. Ambos dibujan una evolución expansiva del modelo europeo desde los 90 que fusiona su tradición con el modelo americano ya visto. Evolución en que parece también tender a desbordarse –por exceso- el estándar universal. Este es el punto en que nos queremos centrar.

En efecto, como señalábamos la cartografía de los principales espacios jurídicos de Europa a finales del Siglo XX sitúa la figura de la incitación al odio, la violencia y la discriminación como el instrumento central de referencia destinado esencialmente a la protección de colectivos étnicos en un sentido amplio (raza, etnia, origen nacional, incluso religión...)<sup>72</sup>. Ello recoge y hace efectivas las obligaciones derivadas de la Convención de 1965 y a la vez acaba por influir en los modelos legislativos que se van a promover desde la Unión Europea (UE). Ya en el año 1996 la UE proponía como modelo de referencia para la cooperación en la lucha penal contra el racismo y la xenofobia ese estándar esencial de la prohibición de incitación y modos particulares de apología ligados al mismo<sup>73</sup>. Pero no será hasta el año 2008 cuando, tras una larga discusión y preparación<sup>74</sup>, acabó por aprobarse la Decisión Marco 2008/913/JAI<sup>75</sup>.

En este estándar regional se traza una línea común, preceptiva, de combate penal anti-odio en que, como novedad mayor, se acumulan tanto prohibiciones del discurso del odio (*hate speech* criminalizado) como delitos de odio agravados (*hate crime*). En realidad, el texto de la propia Decisión Marco 2008 acusa una suerte de prioridad formal o preferencia criminalizadora respecto de los delitos con palabras (artículo 1.1)<sup>76</sup> a los que se dedica gran parte de su texto (artículos 1, 2, 3, 7...) y sobre los

December 2015, Explanatory Memorandum ap. 39 ss. y su documentada afirmación de compatibilidad de la criminalización de cierto discurso del odio (ap. 18) con los estándares de derechos humanos.

<sup>72</sup> LANDA GOROSTIZA, J.M., *El modelo*, 2002, pp. 167 ss.

<sup>73</sup> Acción Común 96/443/JAI, de 15 de julio de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia. Véase LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención*, 2000, pp. 76 ss.

<sup>74</sup> Véase la Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia (2002/C 75 E/17) COM(2001) 664 final 2001/0270 (CNS) presentada por la Comisión en Bruselas el 29.11.2001. Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 75 E/269 26.03.2002. Véase, para la historia legislativa de esta Decisión, por todos, DE LA MATA BARRANCO, N.J., *Derecho penal europeo* 2015, pp. 199 ss.; también RODRIGUEZ YAGÜE, C., *La política criminal*, 2010, pp. 347 ss.

<sup>75</sup> Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Diario Oficial de la Unión Europea L 328/55 6.12.2008 (en adelante Decisión Marco 2008).

<sup>76</sup> Decisión Marco 2008: “Artículo 1 Delitos de carácter racista y xenófobo.

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas:

a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico;

que, sin embargo, siguen pivotando matices de orientación restrictiva decisivos como la posibilidad de incriminar las conductas sólo si perturban el orden público o son amenazadoras, abusivas o insultantes (art. 1.2)<sup>77</sup>.

Junto a lo anterior, sin embargo, por más lacónicamente que se redacte (art. 4)<sup>78</sup>, se produce un salto cualitativo respecto al modelo originario al impulsarse también en la citada Decisión Marco 2008 criminalizaciones agravadas, abrazando así decididamente una nueva línea de política-criminal que objetivamente enlaza con la tradición originaria de Estados Unidos.

Con la entrada en el siglo XXI el modelo político-criminal europeo, por tanto, se amplía y a modo de síntesis añade a la tradicional criminalización del discurso del odio, agravaciones de pena de delitos base. En Europa se acaba así de hacer una especie de síntesis acumulativa de las líneas básicas de política criminal de ambos lados del Atlántico<sup>79</sup>.

Lo que sin embargo todavía no acaba de materializarse en la Decisión Marco 2008 es la ampliación definitiva de los colectivos protegidos más allá del referente étnico. Las figuras penales según ese estándar se activan únicamente cuando la conducta en cuestión se dirige contra “un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico”<sup>80</sup>. Es más: hay una cierta cautela en el modelo europeo señalado a la hora de interpretar la “religión” como elemento identificativo de colectivos de tal suerte que sólo parece demandarse, como estándar mínimo, la criminalización de las conductas en la medida en que la incitación o las agravaciones puedan ser probadas con base

b) la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales;

c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo;

d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión la ascendencia o el origen

nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.”

<sup>77</sup> Decisión Marco 2008 Artículo 1.2 “A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes.”

<sup>78</sup> Decisión Marco 2008 “Artículo 4 Motivación racista y xenófoba. En los casos de delitos distintos de los contemplados en los artículos 1 y 2, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la motivación racista y xenófoba se considere como una circunstancia agravante, o bien que los tribunales tengan en cuenta dicha motivación a la hora de determinar las sanciones.”

<sup>79</sup> Alemania, como referente esencial en la materia, incorpora ya a partir del año 2015 una circunstancia agravante (§ 46 (2) (2) StGB) en la línea de los delitos de odio “con hechos” o en sentido estricto acumulando dicha figura a su emblemática Volksverhetzung (§130 StGB). Véase al respecto el estudio crítico de ROSTALSKI, F., *Motivos*, 2018, pp. 79 ss. y especialmente pp. 84 ss.

<sup>80</sup> Véase *supra* el inciso final del artículo 1 a) de la Decisión Marco 2008.

en que el elemento religioso es “un pretexto para dirigir actos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico”<sup>81</sup>. Este matiz técnico del “pretexto” está dando a entender que ni siquiera cabe una apertura de sus líneas directrices a dichos grupos religiosos como tales sino sólo –y de forma restringida- a aquéllos cuando sean atacados solapándose a la hostilidad étnica que, en definitiva, sigue siendo por tanto el referente último al que se abre una cierta puerta complementaria<sup>82</sup>. No hay referencias, sin embargo, más allá, quedando por tanto fuera del ámbito de protección de mínimos la agresión incitadora o mediante delitos agravados contra grupos identificables por su orientación o identidad sexual, género, sexo, enfermedad, discapacidad u otras circunstancias.

Sin embargo, esa línea político-criminal se está viendo desbordada por el trabajo desarrollado por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa que en un documento reciente y de gran transcendencia rebasa estándares en muchos de los frentes apuntados. Se trata de la Recomendación de Política General número 15<sup>83</sup> que establece a lo largo de casi setenta páginas toda una estrategia global antidiscriminatoria a partir del punto focal del discurso del odio y del que sólo caben destacar aquí los siguientes aspectos<sup>84</sup>.

En primer lugar, los colectivos diana sobre los que el documento proyecta sus recomendaciones exceden manifiestamente el ámbito de lo étnico al comprender no sólo la raza, el color, la ascendencia, la lengua o el origen nacional o étnico propiamente dichos, sino también una referencia explícita a la religión, las creencias, el sexo, el género, la identidad de género, la orientación sexual, la edad, la discapacidad y “otras características o condiciones personales”<sup>85</sup>. No se trata de una interpretación

<sup>81</sup> Véase el apartado 3 del artículo 1 de la Decisión Marco 2008 y también, en la misma línea, el Instrumento de Ratificación del Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003 (BOE Núm. 26, Sec. I. Pág. 7214, 30 de enero de 2015) que activa la entrada en vigor de dicho Protocolo para España el 1 Abril 2015 y en cuyo artículo 2.1. se establece literalmente: “A efectos del presente Protocolo: Por «material racista y xenófobo» se entenderá todo material escrito, toda imagen o cualquier otra representación de ideas o teorías, que propugne, promueva o incite al odio, la discriminación o la violencia, contra cualquier persona o grupo de personas, por razón de la raza, el ca[or], la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como de la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores.”

<sup>82</sup> En la misma línea que el estándar universal de la Convención de 1965 tal y como establece la Recomendación General 35 (CERD/C/GC/35) apartado 6 cuando alude al principio de interseccionalidad.

<sup>83</sup> ECRI, General Policy Recommendation NO. 15 on Combating Hate Speech, adopted on 8 December 2015 (en adelante Recomendación General 15) que será citado conforme a la traducción española no oficial (Recomendación general nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorandum explicativo) llevada a cabo por la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

<sup>84</sup> Ampliamente para un estudio en profundidad, por todos, ELOSEGUI ITXASO, M., *Las recomendaciones*, 2017, pp. 1 ss.

<sup>85</sup> Recomendación General 15, p. 4. Así se establece desde el principio en el inicio del prólogo en cuyo final se añade “Recordando que la labor de la ECRI se centra en el discurso de odio por razones de “raza”, color, lengua, religión, nacionalidad, origen nacional o étnico, identidad de género u orientación sexual, pero

teleológica de actualización de un instrumento “vivo”<sup>86</sup> sino directamente de una expansión *tout court* desde un ámbito particular de discriminación a todo el arco de colectivos vulnerables.

En segundo lugar, ya en lo que respecta a la identificación del estándar de incitación que debe informar la base sobre la que proyectar la intervención específicamente jurídico-penal se produce otro salto expansivo. Y es que a pesar de adherirse en principio al referente del Plan de Acción de Rabat como punto de partida para justificar una incriminación del discurso de odio, se separa de aquél cuando afirma conscientemente ir más allá que en otros documentos relativizando la necesidad de que la incitación sea intencional<sup>87</sup> y asumiendo lo que, en nuestra opinión, sería la punición de constelaciones de casos entre el dolo eventual, y la imprudencia o, si se prefiere, el temerario desprecio a la verdad<sup>88</sup>. La línea de orientación material sobre cual es el estándar de gravedad a partir del cual justificar y legitimar una intervención penal resulta, parece evidente, rebajado al decaer un pilar fundamental cual es que la conducta de incitación, más allá de los factores contextuales y de su riesgo inminente para desencadenar el “paso al acto”, no tiene por qué ser intencional en sentido estricto<sup>89</sup>.

En tercer, y último lugar<sup>90</sup>, hay una llamada expresa y categórica en el documento

reconociendo que el discurso de odio puede basarse en todas las demás consideraciones mencionadas, y que las recomendaciones contenidas en este texto deben aplicarse a ellas, *mutatis mutandis*” (p. 6). En el apartado 6 del Memorandum Explicativo se vuelve a reiterar: “Aunque la Recomendación se refiere de forma específica al uso del discurso de odio que recaiga en el ámbito de trabajo de ECRI, sus disposiciones están previstas para que puedan aplicarse a todas las formas de este discurso, por ejemplo por causas distintas a la “raza”, como por ejemplo, color, idioma, religión, nacionalidad, origen nacional o étnico, identidad de género u orientación sexual.”

<sup>86</sup> Véase en tal sentido acertadamente las consideraciones de KEANE, D./WAUGHDRAY, A., *Fifty years*, 2017, pp. 14 ss., reivindicando una necesaria adaptación de la interpretación del estándar internacional de la Convención de 1965 y que lleva a primar una visión (en palabras de THORNBERRY, P., *Foreword*, 2017, p. XVIII) teleológica y no puramente literalista a la hora de dotar de contenido al concepto de “racismo”.

<sup>87</sup> Recomendación General 15, p. 6 (Prólogo): “Teniendo presente el criterio de seis puntos consagrado en el Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, y convencida de que las prohibiciones penales son necesarias cuando el discurso de odio tiene por objeto, *o cabe esperar razonablemente que produzcan tal efecto*, incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra las personas a las que van dirigidos;” (realzado en cursiva nuestro). Véase también Recomendación General 15, Memorandum explicativo, ap. 10, 14, 15, 16 y, especialmente el ap.17 cuando indica: “Es más, se considera que existe uso de discurso de odio también cuando cabe esperar, razonablemente, que como efecto del uso de ese discurso en particular se cometan esos actos delictivos. Se considerará una imprudencia, cuando quepa esperar razonablemente que se produzca este efecto.”

<sup>88</sup> Debe recordarse que la versión original incorporada al Código Penal español de 1995 del delito de incitación (art. 510) ya se aludía a una fórmula de esta naturaleza en su apartado 2. Véase al respecto LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención*, 2000, pp. 231 ss.

<sup>89</sup> Recomendación General 15, Memorandum explicativo, ap. 173. Parece, sin embargo, ser favorable a tal incorporación ELOSEGUI ITXASO, M., *Las recomendaciones*, 2017, pp. 55 ss.

<sup>90</sup> No cabe por las limitaciones de este estudio ampliar el listado a más puntos de disenso entre el ámbito universal y regional pero debe quedar apuntado que hay una actitud menos deferencial a aceptar la criminalización de determinadas apologías, justificaciones o banalizaciones del genocidio (en particular el holocausto) u otros crímenes contra la humanidad y de guerra en el ámbito universal que en el Europeo. Resulta fundamental en tal sentido, por todos, el profundo y documentado estudio de ELOSEGUI ITXASO, M., *La*

a rechazar la inclusión de elementos restrictivos (en la línea de cláusulas de afección al orden público o de impacto en la audiencia) a la hora de tipificar penalmente la figura de incitación<sup>91</sup>. Parece así quererse abandonar un test de incitación fuerte no sólo por lo que respecta al injusto subjetivo (imprudencia) sino también respecto de la determinación del riesgo.

Valgan estos tres elementos para visualizar un desbordamiento del estándar internacional universal respecto de los criterios de criminalización del discurso del odio con ruptura expresa del emergente consenso en torno al canon objetivo-subjetivo de Rabat y apertura del ámbito de prohibición a todo tipo de grupos. Parece evidente que la propuesta de la Recomendación General 15 desborda el estándar universal en la materia e incluso la línea de política-criminal del espacio correspondiente a la UE.

No parece, por tanto, fuera de lugar, sino todo lo contrario, traer a colación y trasponer a este estudio el espíritu de la sugerencia del que hasta ahora ha sido el relator especial para la protección y la promoción de la libertad de opinión y expresión de Naciones Unidas, David Kaye<sup>92</sup>. Sugerencia que se contiene en su informe sobre el estado de la cuestión del discurso del odio *on line* a la luz de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. El relator tras analizar y comparar el sistema universal y los sistemas regionales, detecta un cierta actitud deferente (*deferential*) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de algunos Estados que continúan criminalizando la blasfemia o la negación del holocausto en contraste con las tendencias más universales<sup>93</sup>. Se trata de una consideración respecto de la jurisprudencia del TEDH y de cuestiones particulares pero, en nuestra opinión, que bien podría acogerse en el análisis aquí propuesto en el que se constata esa misma tendencia a una excesiva expansión de la criminalización del discurso del odio tanto en grupos diana como en el ámbito de prohibición que pudiera verse criminalizado. Expansión que tiende a desbordar los estándares universales y los límites de su legítimo margen de maniobra.

*negación*, 2017, pp. 251 ss., con una descripción documentada del estado de la cuestión en Europa (especialmente atenta a los modelos de la UE y el Consejo de Europa –ECRI– así como la jurisprudencia del TEDH) y una propuesta (pp. 326 ss.) relativamente restrictiva de incriminación al respecto.

<sup>91</sup> Al menos por lo que respecta a su inclusión literal aunque dejando abierta la vía a que se puedan usar como factores de evaluación del riesgo. Véase Recomendación General 15, Memorandum explicativo ap. 177, “Al redactar las disposiciones pertinentes, también es crucial evitar introducir más requisitos para la imposición de sanciones penales de los que se han señalado, como la alteración del orden público, el tamaño de la audiencia ante la que se empleó discurso de odio, y el alcance de su difusión. Estos requisitos pueden ser pertinentes para evaluar el riesgo de si cualquier incitación pudiera ser razonablemente prevista, pero su especificación por separado como un elemento de responsabilidad penal añade más obstáculos a los procesos penales, tal y como se ha observado en los ciclos de seguimiento.”

<sup>92</sup> Desde el 1 de Agosto de 2020 ha sido reemplazado por Irene Kahn. Véase <https://www.ohchr.org/en/issues/freedomopinion/pages/opinionindex.aspx> (último acceso 30 agosto 2020).

<sup>93</sup> Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/74/486, 9 October 2019, ap. 26.

#### IV. Reflexiones finales

1. Desde la década de los 90, en las postrimerías del Siglo XX, hasta el día de hoy, en pleno Siglo XXI, el debate de modelos político-criminales anti-odio no parece pivotar ya sobre la oposición entre la criminalización adelantada de las palabras incitadoras frente a los delitos agravados. Este último modelo de fórmulas agravatorias se ha impuesto *de facto* y resulta común ya a todo el mundo occidental. El estado de la cuestión político-criminal de los años 90 ha experimentado así una evolución evidente desplazándose la centralidad del combate anti-odio a mecanismos legislativos agravatorios que tienden ahora a ser el mínimo común denominador a ambos lados del Atlántico.

Lo señalado implica nuevas coordenadas en el debate de modelos legislativos de criminalización respecto del discurso del odio. Y es que, por un lado, este último no tiene una completa presencia universal al seguir siendo relativamente irrelevante en los Estados Unidos. Queda por tanto como línea de política-criminal regional europea y, además, sigue estando en el centro de discusión su ámbito –más o menos amplio- de protección. Con otras palabras, el discurso del odio criminalizado, a pesar de ser el estándar internacional *de iure*, se sitúa *de facto* en un segundo nivel de relevancia respecto de las agravaciones de pena y además sigue inmerso en el debate sobre sus límites y sobre la forma más o menos restrictiva en que debe ser incorporado al ordenamiento penal para no herir de muerte a la libertad de expresión. Está por ver, y ese sería su estado de la cuestión más actual, hasta qué punto el delito de incitación al odio y sus modalidades (negación, justificación, banalización del genocidio u otros crímenes internacionales, etc.<sup>94</sup>) van a seguir siendo construidas con elementos restrictivos (afección a la paz pública, carácter abusivo, insultante o amenazante de la conducta, etc.<sup>95</sup>) que eviten una apertura total del tipo. Es cierto que *de iure* se ha consolidado en el ámbito universal un estándar de definición de la conducta de incitación que debe ser objeto de incriminación en torno al denominado Plan de Acción de Rabat: a saber, como incitación intencional (uno); con riesgo inminente

<sup>94</sup> En la línea del estándar sugerido por la Decisión Marco 2008 en su artículo 1 apartado 1, letras “c” y “d”:

“c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo;

d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.”

<sup>95</sup> En la línea del estándar sugerido por la Decisión Marco 2008 en su artículo 1, apartado 2: “A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes.”

de materialización de conductas discriminatorias, violentas o equivalentes (dos); y valorado según factores contextuales. Un estándar de referencia asentado en tres puntos esenciales de apoyo para dotar de contenido a la prohibición. Pero más allá de ello el margen de maniobra de los Estados es amplio. Margen que en Estados Unidos es ninguneado por omisión mientras que en Europa, por el contrario, parece orientarse en su aplicación a una progresiva ampliación –incluso desbordamiento (Recomendación General 15 ECRI)- de las constelaciones a prohibir jurídico-penalmente.

2. El otro gran debate pendiente es la cuestión de hasta qué punto tanto los delitos de odio en sentido estricto (*hate crime*) como el discurso de odio criminalizado (*hate speech*) se van a extender definitivamente más allá de la matriz étnica originaria a otros colectivos. La propia evolución estadounidense ya ha dado pasos en esa dirección acogiendo progresivamente en las líneas de intervención federal la protección de colectivos sexuales y otros más allá del núcleo originario de colectivos plasmado en la Ley Estadística de Delitos de Odio (*Hate Crime Statistics Act*).

En Europa, los estándares regionales más significativos siguen ciñendo el núcleo de protección a los colectivos étnicos (UE) aunque parece evidente que se está produciendo una progresiva ampliación a otros grupos diana en torno a la religión, colectivos sexuales, discapacidad, edad y otras circunstancias (Consejo de Europa). Es cierto que los estándares universales no son más que estándares mínimos según su propia capacidad de sujeción jurídica y que, por tanto, los Estados en Europa pueden ir –y han ido- más allá en el despliegue y transposición de las obligaciones en el ámbito doméstico<sup>96</sup>. Ello representa, sin duda, una evidente tendencia expansionista de la legislación antixenófoba a ampliar el arco de protección desde los colectivos étnicos a grupos sexuales y a otros colectivos vulnerables tal y como ya se observaba igualmente en los EEUU. Pero, igual que allí, todavía –en términos jurídicos estrictos- los estándares internacionales de ámbito regional, y menos aún los de ámbito universal, siguen dibujando una foto “contenida” que revela los dolores de parto o, siguiendo con la metáfora, los dolores por crecederas que la legislación doméstica

<sup>96</sup> Sin que se pueda en el ámbito de esta contribución entrar al detalle de cada legislación se puede obtener una visión de conjunto, en síntesis, de las tendencias legislativas con descripción de los distintos instrumentos penales desarrollados por los estados miembros de la UE en la transposición de la Decisión Marco 2008 en el estudio *Guidance note on the practical application of Council Framework Decision 2008/913/JHA on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law*, elaborado por el *EU High Level Group on combating racism, xenophobia and other forms of intolerance* en Noviembre de 2018. Documento completo disponible en [https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item\\_id=51025](https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=51025) (último acceso 16 abril 2020). En particular en su pagina 5 se indica “(...) the Framework Decision leaves Member States free to include in their national legislation other protected characteristics; so that in the majority of the Member States national legislation variably includes a number of other protected characteristics such as sexual orientation, gender identity, disability, sex/gender, social status, etc. (...)”. Véase también una exposición actualizada de la legislación alemana, austríaca, francesa e inglesa, respectivamente en GARRO, E, *Los discursos*, 2018, pp. 27 ss; ROSTALSKI, F., *Motivos*, 2018, pp. 79 ss.; SAUTNER, L., *Delitos*, 2018, pp. 101 ss.; GOGORZA, A., *Delitos*, 2018, pp. 121 ss.; y BAKALIS, C., *La regulación*, 2018, pp. 139 ss.

provoca en su ampliación –no homogénea- en instrumentos legales y en colectivos a tutelar.

3. En síntesis: el estado de la cuestión sobre los modelos legislativos penales anti-odio parecen haber pasado definitivamente de una lucha entre propuestas monistas alternativas de incitación (*hate speech*) o de agravación (*hate crime*) a una acumulación de ambas al menos en Europa (manteniéndose la reticencia de los EEUU a criminalizar el discurso del odio) y que tiende a extender su tutela a cada vez más colectivos. Y ello más *de facto* que *de iure* pues el estándar internacional de los derechos humanos a nivel universal está cristalizando en una propuesta de criminalización del discurso del odio “contenida” y restrictiva según el Plan de Acción de Rabat y esencialmente en torno a colectivos étnicos.

A pesar de ese estado de la cuestión, particularmente en Europa cabe afirmar que la invocación ritual de las obligaciones internacionales y de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos en demasiadas ocasiones no se atiene a su contenido real sino que, más bien, es usada –y abusada- para una expansión voluntarista cuando no pura y simplemente ilegítima, excesiva, de la criminalización.

4. A la luz de estas reflexiones, y para cerrar esta contribución, cabe realizar todavía una última consideración más ceñida a la situación del Reino de España. Como ya expusimos hace casi veinte años<sup>97</sup>, con la aprobación del Código penal de 1995 se consagró en España desde un principio un modelo político-criminal antirracista y antixenóforo “*sui generis*” de máxima expansión. Se “adelantó” el legislador en casi dos décadas a una evolución de la política legislativa en nuestro círculo jurídico europeo que acabaría por acumular, como se ha indicado a lo largo de este estudio, las figuras principales en liza: discurso del odio criminalizado (*hate speech*) y delitos de odio en sentido estricto (*hate crime*). Pues ya en 1995 el modelo español incorporaba delitos de odio “con palabras”, vía la introducción del artículo 510 y los delitos de hechos agravados, vía una circunstancia genérica de agravación de la responsabilidad criminal (artículo 22.4º). Pero no sólo eso. Lo “*sui generis*” no se reducía a una apuesta firme por acumulación de modelos. También desde un principio se optó por una redacción específica de la figura de “apología” del genocidio (el ya derogado artículo 607.2 CP ahora integrado en el artículo 510 CP) y por incorporar tipos anti-discriminatorios específicos (denegaciones de prestación: artículos 511, 512; discriminación laboral: 314), un modelo de criminalización de la asociación racista (art. 515.5º) y otros tipos penales cualificados u objetivamente interpretables en la misma línea de tutela (art. 161.2º, 170.1º, 197.5º, 607, 611...).

La proliferación de figuras, además, se veía extendida por un potencial ámbito de protección de gran angular habida cuenta de que los colectivos protegidos iban

<sup>97</sup> Véase la caracterización ya realizada en su momento por LANDA GOROSTIZA, J.M., *El modelo*, 2002, p. 181 y *passim*; también, con más incidencia en su conexión con el proceso legislativo LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política*, 2001, pp. 13 ss. y *passim*.

mucho más allá del referente étnico (incluyendo, sin tapujos, lo religioso y lo ideológico) incorporando también a grupos sexuales, por enfermedad, discapacidad, etc.

Por ello en su momento se podía afirmar que España seguía una vía propia, *sui generis*, justamente calificable como *modelo político-criminal europeo de máxima expansión*<sup>98</sup>. La plantilla objetiva de los tipos penales se identificaba más con una política penal antidiscriminatoria y de tutela del principio de igualdad *in toto* que, meramente, de índole antirracista o antixenófobo.

En los veinte años posteriores a la aprobación del CP vigente: esto es, desde 1995 y hasta la última reforma que afecta a esta materia del año 2015<sup>99</sup>, los cambios no han hecho sino apuntalar el modelo. Cambios a mayor expansión de ámbitos típicos y a mayor número de colectivos a proteger. Probablemente, en una consideración de conjunto, los cambios han sido “menores” en el sentido de que no alteran en lo substancial el edificio ni su orientación antidiscriminatoria tal y como se construyeron en 1995. Hay quien pueda pensar que eso demuestra que en España se fue capaz de adelantar el futuro y preparar desde un principio los instrumentos de intervención idóneos. Otra es, sin embargo, nuestra valoración.

Y es que de lo expuesto en esta contribución se puede colegir palmariamente que el modelo político-criminal español, desde un principio, pese a invocar los estándares internacionales en la materia acusa en su materialización un radical desbordamiento con preterición además del equilibrio adecuado de ponderación de los derechos en juego. Los estándares internacionales y su evolución, sin embargo, dejan patente que el combate anti-odio es un fenómeno dinámico que requiere de instrumentos vivos que se acompañen mediante interpretaciones teleológicas a la realidad evolutiva de cada país. El consenso en una materia tan importante como la del combate del racismo y la xenofobia requieren ese “paso a paso” que garantiza efectividad no sólo en lo doméstico sino también en el imprescindible nivel internacional en un mundo globalizado. Desde que la Convención de 1965 y el Pacto de 1966 establecieron los puntos de partida han pasado más de 50 años para llegar a un cierto estándar de consenso respecto de la parte del discurso del odio a criminalizar legítimamente. E igualmente se va asentando la necesidad de una visión holística<sup>100</sup> de la intervención antixenófoba tanto mediante vías no jurídicas (educativa, social, política...) como jurídicas de diversa índole (civil, laboral, administrativa...y penal). Primero debe establecerse una política general, no penal, antidiscriminatoria sobre cuya aplicación valorar la *ultima ratio*, la dosis precisa, necesaria e indispensable de derecho penal.

España convirtió desde un principio la *ultima ratio* del derecho penal en esta materia en una *prima ratio* a modo de política antidiscriminatoria penal. Esa distorsión

<sup>98</sup> LANDA GOROSTIZA, J.M., *El modelo*, 2002, p. 181.

<sup>99</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77, 31 marzo 2015).

<sup>100</sup> En el mismo sentido ELOSEGUI ITXASO, M., *Las recomendaciones*, 2017, p. 61, aunque insistiendo más en aspectos de aplicación que de necesidad de nueva normativa.

amenaza el edificio antidiscriminatorio en su conjunto y nos remite, permítaseme la expresión, a la estrategia del “matar moscas a cañonazos”.

Predicar contra la expansión del derecho penal en esta materia es ir a contracorriente. La comprensible militancia e implicación de los colectivos más afectados elevan el nivel emocional hasta un punto en que parece que oponerse a más derecho penal depende de la convicción no de la razón. Pero esta última, sin tener que dimitir de la primera, aconseja, también por eficacia, una política criminal en la materia contenida. Contenida en el estándar “fuerte” y preciso de incitación (canon Rabat)<sup>101</sup>; contenida en grupos diana; contenida en figuras penales; contenida en lo penal como indican los estándares cristalizados a nivel universal; cauta respecto de corrientes político-criminales regionales y especialmente respecto de la deriva que representa la Recomendación General 15 de la ECRI. Y ello apoyado en una política antidiscriminatoria no penal que sigue siendo en España la gran asignatura pendiente<sup>102</sup>.

## Bibliografía

- ALASTUEY DOBÓN, C., “**Discurso del odio** y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 2016 (18), pp. 1-38.
- ALASTUEY DOBÓN, C., “**La reforma** de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas”, *La Ley* 2014 (464), pp. 1-22.
- ALCÁCER GUIRAO, R., “**Discurso del odio**, protección de minorías y sociedad democrática”, *Crítica penal y poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos* 2019 (18), pp. 19-27.

<sup>101</sup> Véase también en la misma línea de una necesaria contención del estándar de incitación similar al modelo del Plan de Acción de Rabat la propuesta simultánea en el tiempo del Dangerous Speech Project en BENESCH, S., *Dangerous Speech A Proposal*, 2013, pp. 1 ss. y DE LA MISMA, *Dangerous Speech A Practical*, 2020, pp. 1 ss. (disponibles en <https://dangerousspeech.org/about-dangerous-speech/> último acceso 30 agosto 2020); también LANDA GOROSTIZA, J.M., *Incitación al odio*, 2012, pp. 342 ss.

<sup>102</sup> Convendría que se aprobara una suerte de Ley General Antidiscriminatoria de la que el Anteproyecto de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación de 2011 (promovido por el entonces Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad del Gobierno de España: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/270511ProyectoLeyIgualdadTrato.aspx> último acceso 30 agosto 2020) fue un intento fallido. Una tal ley viene siendo demandada por los Organismos Internacionales de monitoreo de los Derechos Humanos y debería servir al propósito de establecer un mínimo común denominador normativo que contenga las definiciones y garantías básicas del derecho antidiscriminatorio. A partir de esa base se desarrollarían las normativas sectoriales. Además parece ello más necesario que nunca ante la proliferación de proyectos legislativos que inciden en sectoriales de diversos ámbitos de política antidiscriminatoria con medidas también, una vez más, de política criminal antidiscriminatoria no coordinada. Véase, solo recientemente, el *Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual* 2020); el Anteproyecto de Ley Orgánica para la igualdad de las personas LGTBI y para la no discriminación por razón de orientación sexual, *identidad de género*, expresión de género o características sexuales (ambos disponibles en <http://www.igualdad.gob.es/participacion.html> último acceso 30 agosto 2020); y finalmente el Proyecto de Ley Orgánica, ya enviado al Congreso de los Diputados, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia de 19 de junio de 2020 (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A: Proyectos de ley, 19 de junio de 2020, Núm. 22-1).

- ALCÁCER GUIRAO, R., “**Símbolos y ofensas**. Crítica a la protección de los sentimientos religiosos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 2019 (21), pp. 1-38.
- ALCÁCER GUIRAO, R., “**Opiniones constitucionales**”, *InDret* 2018 (1).
- ALTSCHILLER, D., *Hate Crimes*, ABC-CLIO, Santa Barbara-California, 3rd ed., 2015.
- ARIAS CASTAÑO, A., *Clear and present danger test. La libertad de expresión en los límites de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- BAKALIS, C., “**La regulación** de los delitos de odio y del discurso del odio en Inglaterra y Gales”, en LANDA GOROSTIZA, J.M./GARRO CARRERA, E. (Dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 139-150.
- BAGES-SANTACANA, J., *La protección penal de los sentimientos religiosos. Especial referencia a la ponderación de los bienes jurídico-penales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019.
- BENESCH, S., *Dangerous Speech Project. Dangerous Speech: A Practical Guide*, 2020, pp. 1-20 (disponible en <http://www.dangerousspeech.org>).
- BENESCH, S., *Dangerous Speech Project. Dangerous Speech: A Proposal to Prevent Group Violence*, 2013, pp. 1-6 (en su versión actualizada al 4 de enero de 2018; disponible en <http://www.dangerousspeech.org>).
- BLAIR WOODS, J., “**Hate crime** in the United States”, en HALL, N./CORB, A./GIANNASI, P./GRIEVE, G.D. (Eds.), *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, Routledge, London/New York, 2015, pp. 153-162.
- BLEICH, E., “**Freedom of Expression** versus Racist Hate Speech: Explaining Differences Between High Court Regulations in the USA and Europe”, *Journal of Ethnic and Migration Studies* 2014 (40-2), pp. 283–300.
- BROWN, N.L.M./STENTIFORD, B.M. (eds.), *The Jim Crow Encyclopedia: Greenwood Milestones in African American History*, Vol. 1, Greenwood, Westport/Connecticut/London, 2008.
- CANCIO MELIÁ, M./DÍAZ LÓPEZ, J.A., *¿Discurso del odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.
- COLEMAN, P., *La censura maquillada. Cómo las leyes contra el “discurso del odio” amenazan la libertad de expresión*, Dykinson, Madrid, 2018.
- CONCHEIRO, L., *Contra el tiempo. Filosofía práctica del instante*, Anagrama, Barcelona, 2016.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J., *Derecho Penal Europeo y legislación española: las reformas del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- DÍAZ LÓPEZ, J.A., *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4º CP*, Civitas/Thomson Reuters, Pamplona, 2013.
- DÍEZ BUESO, L., *Los límites de la creación artística en EEUU y Europa. Entre la expresión y el discurso del odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- ELOSEGUI ITXASO, M., “**La negación** o justificación del genocidio como delito en el derecho europeo. Una propuesta a la luz de la Recomendación n.º 15 de la ECRI”, *Revista de Derecho Político UNED* 2017 (98), pp. 251-334.
- ELOSEGUI ITXASO, M., “**Las recomendaciones** de la ECRI sobre discurso del odio y la adecuación del ordenamiento jurídico español a las mismas”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* 2017 (44), pp. 1-61.
- FOLMSBEE, S.J., “**The Origin** of the First “Jim Crow” Law”, *The Journal of Southern History* 1949 (15-2), pp. 235-247.

- FUENTES OSORIO, J.L., “**Concepto** de «odio» y sus consecuencias penales”, en MIRÓ LLINARES, F. (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 131-154.
- FUENTES OSORIO, J.L., “**El odio** como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 2017 (19)*, pp. 1-52.
- GAMPER, D., *Las mejores palabras. De la libre expresión*, Anagrama, Barcelona, 2019.
- GARRO, E., “**Los discursos** de odio en el ordenamiento jurídico penal alemán: el “laberinto dogmático” del tipo de incitación a la población del § 130 StGB”, en LANDA GOROSTIZA, J.M./GARRO CARRERA, E. (Dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 27-77.
- GASCÓN CUENCA, A., *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Aranzadi, Pamplona, 2016.
- GOGORZA, A., “**Delitos** de odio en Francia: panorámica y especial análisis de discursos provocadores”, en LANDA GOROSTIZA, J.M./GARRO CARRERA, E. (Dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 126-135.
- GÓMEZ MARTÍN, V., *Delitos de discriminación y discurso de odio punible. Nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, Juruá, Porto, 2019.
- GÓMEZ MARTÍN, V., “**Incitación** al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 2016 (18)*, pp. 1-25.
- GRATTET, R./JENNESS, V., “**The birth** and maturation of hate crime policy in the United States”, *The American Behavioural Scientist 2001 (45-4)*, pp. 668-696.
- GRATTET, R./JENNESS, V./CURRY, T.R., “**The Homogenization** and Differentiation of Hate Crime Law in the United States, 1978 to 1995: Innovation and Diffusion in the Criminalization of Bigotry”, *American Sociological Review 1998 (63)*, pp. 286-307.
- HAN, B-C., *En el enjambre*, Herder, Barcelona, 2014.
- JACOBS, J.B./POTTER, K., *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, Oxford, 1998.
- JUDT, T., *Postguerra. Una historia de Europa desde 1945*, Taurus, Madrid, 9ª ed., 2013.
- KEANE, D./WAUGHMAY, A. (Eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination. A living Instrument*, Manchester University Press, Manchester, 2017.
- KING, T., “**Performing Jim Crow**: Blackface Performance and Emancipation”, *Revista de humanidades 2014 (23)*, pp. 75-94.
- LANDA GOROSTIZA, J.M., *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- LANDA GOROSTIZA, J.M., “**Políticas de víctimas** de la violencia política en España y el País Vasco: una reflexión a la luz del holocausto”, *Revista General de Derecho Penal 2018 (29)*, pp. 1-50.
- LANDA GOROSTIZA, J.M., “**Incitación al odio**: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. A la vez un comentario a la STS 259/2011 - librería Kalki- y a la STC 235/2007”, *Revista de Derecho Penal y Criminología 2012 (7)*, pp. 297-346.
- LANDA GOROSTIZA, J.M., “**El modelo** político-criminal antirracista “sui generis” del Código penal español de 1995: una aproximación crítica”, *Revue Internationale de Droit Penal. International Review of Penal Law (Revista de la Asociación Internacional de Derecho penal)*, 2002 (73), pp. 167-213.
- LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Comares, Granada, 2001.

- LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código penal*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 2000.
- LANDA GOROSTIZA, J.M., “**La regulación** penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva «ley de lucha contra la criminalidad» (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) del 28 de octubre de 1994”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales 1996 (XLIX-2)*, pp. 529-589.
- LANDA GOROSTIZA, J.M./GARRO CARRERA, E. (Dir.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- LAURENZO COPELLO, P., “**La manipulación** de los delitos de odio”, en PORTILLA CONTRERAS, G./VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (Dir.), *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 453-468.
- LEVIN, B., “**La legislación** sobre delitos de odio en Estados Unidos: un análisis histórico y contemporáneo”, en LANDA GOROSTIZA, J.M./GARRO CARRERA, E. (Dir.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 153-174.
- LEVIN, B., “**From Slavery to Hate Crime Laws: The Emergence of Race and Status-Based Protection in American Criminal Law**”, *Journal of Social Issues 2002 (58-2)*, pp. 227-245.
- MARTÍN HERRERA, D., *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, Dykinson, Madrid, 2018.
- McGONAGLE, T., “**General Recommendation 35** on combating racist hate speech”, en KEANE, D./WAUGHWAY, A. (Eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination. A living Instrument*, Manchester University Press, Manchester, 2017, pp. 246-268.
- MIRO LLINARES, F., “**Derecho penal** y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión”, en MIRÓ LLINARES, F. (Dir.): *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 21-65.
- MODELELL GONZALEZ, J.L., “**Delitos** de odio en Hispanoamérica: descripción comparada”, en LANDA GOROSTIZA, J.M./GARRO CARRERA, E. (Dir.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 177-192.
- NAIDOO, K., “**The origins** of hate-crime law”, *Fundamina 2016 (22-1)*, pp. 53-66.
- NOLAN, J.J./AKIYAMA, Y./BERHANU, S., “The Hate Crime **Statistics** Act of 1990. Developing a Method for Measuring the Occurrence of Hate Violence”, *American Behavioral Scientist 2002 (46)*, pp. 136-153.
- PORTILLA CONTRERAS, G., “**El retorno** de la censura y la caza de brujas anarquistas”, en MIRÓ LLINARES, F. (Dir.): *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 87-105.
- PRESNO LINERA, M.A./TERUEL LOZANO, G.M., *La libertad de expresión en América y Europa*, Juruá, Lisboa, 2017.
- RODRIGUEZ MONTAÑÉS, T., *La libertad de expresión, discurso del odio y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- RODRIGUEZ YAGÜE, C., “**La política criminal** europea contra la discriminación racial: ¿es la decisión marco 2008/913/JAI un verdadero avance?”, en DIEZ-PICAZO,

- L./NIETO MARTIN, A. (Dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas/Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pp. 331-376.
- ROLLNERT LIERN, G., “**El discurso** del odio: una lectura crítica de la regulación internacional”, *Revista española de derecho constitucional* 2019 (115), pp. 81-109.
- ROSTALSKI, F., “**Motivos** y actitudes como fundamento de la agravación penal en los ‘delitos de odio’”, en LANDA GOROSTIZA, J.M./GARRO CARRERA, E. (Dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 79-98.
- SAUTNER, L., “**Delitos** de odio en el derecho penal austríaco: consideraciones de *lege lata* y de *lege ferenda*”, en LANDA GOROSTIZA, J.M./GARRO CARRERA, E. (Dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 101-118.
- SILVA SANCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 2001.
- SILVERMAN, E., “**Criminalidad xenófoba** en los Estados Unidos: posibilidades de tutela ante el conflicto entre la protección de minorías y la libertad de expresión”, *Cuadernos de Política Criminal* 1997 (63), pp. 689-699.
- TERUEL LOZANO, G.M., “**Cuando las palabras** generan odio. Límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español”, *Revista española de derecho constitucional* 2018 (114), pp. 13-45.
- TERUEL LOZANO, G.M., “**El discurso** del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio europeo”, *Revista de derecho constitucional europeo* 2017 (27). (disponible en [http://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/03\\_TERUEL.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/03_TERUEL.htm))
- TERUEL LOZANO, G.M., *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
- THORNBERRY, P., “**Foreword**”, en KEANE, D./WAUGHDRAY, A. (Eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination. A living Instrument*, Manchester University Press, Manchester, 2017, pp. XIV-XIX.
- VALERO HEREDIA, A., “**Los discursos del odio**. Un estudio jurisprudencial”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 2017 (110), pp. 305-333.