

Revista

ISSN 2007-4700

l
e
r
n
e
r
o

MÉXICO

Número 20
enero - junio 2022





Cuando la lengua se convierte en odio¹



Alfredo Abadías Selma

*Profesor contratado doctor en Derecho penal UNIR.
Grupo de investigación Penalcrim*

RESUMEN: Lamentablemente casi no hay día en el que aparezca una noticia relacionada con los delitos de odio en sus diferentes tipologías de manifestación que incluyen cualquier infracción penal, ya sean infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo. En el caso de los grupos se requiere un fundamento que radique en una característica común de sus miembros, como su raza real o perceptiva, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual u otro factor similar.

En el presente artículo explicamos un caso muy peculiar de una denuncia por delito de odio a un ilusionista que en una actuación cambió del idioma catalán a la lengua española, porque según él lo hacía para dar más miedo. Un colectivo de una asociación se ha sentido discriminado y ha decidido interponer una querrela criminal contra el mago que estaba actuando en un programa de televisión de Cataluña ante una audiencia bilingüe en su inmensa mayoría.

Mediante el concepto penal de delito de odio, analizaremos su estructura con detalle tomando sustento de la más autorizada doctrina científica y jurisprudencia. A lo largo del artículo planteamos una serie de cuestiones con relación al caso que comentamos e intentamos dar respuesta mediante una serie de conclusiones.

PALABRAS CLAVE: delito de odio, discurso de odio, discriminación lingüística, idioma y odio.

ABSTRACT: Unfortunately, there isn't hardly ever a day when a news about hate crimes appears in their different types of manifestation that include any criminal offense, whether they are offenses against people or property, where the victim, the premises or the target of the offense is chosen by their, real or perceived, connection, sympathy, affiliation, support or belonging to a group. In the case of groups, a foundation is required that lies in a common characteristic of its members, such as their real or perceptual race, national or ethnic origin, language, color, religion, sex, age, intellectual or physical disability, sexual orientation or another similar factor.

¹ Contacto con el autor. alfredo.abadias@unir.net / aabadiasselma@gmail.com. Trabajo realizado en el marco del proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (PGC2018-097607-B-I00), sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Unión y Derecho interno. IP 1 Dra. Carmen Sánchez Hernández. IP 2 Octavio García Pérez.

In this article we explain a very peculiar case of a hate crime complaint against an illusionist who changed from Catalan to Spanish language in a performance because, according to him, he did it to give more fear. A group of an association has felt discriminated against and has decided to file a criminal complaint against the magician who was performing in a Catalan television program before a vast majority of bilingual audiences.

Through the criminal concept of hating crime, we will analyze its structure in detail, based on the most authoritative scientific doctrine and jurisprudence. Throughout the article we raise some series of questions in relation to the case that we are commenting on and we try to answer through different series of conclusions.

KEYWORDS: hate crime, hate speech, language discrimination, language, and hate.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Delimitación y concepto. 3. Conclusiones. 4. Referencias bibliográficas.

Rec: 20-09-2021 | **Fav:** 12-10-2021

El odio es un sentimiento que sólo puede existir en ausencia de toda inteligencia.

TENNESSEE WILLIAMS

1. Introducción

Era el tercer capítulo del programa *Au Pair* de TV3 en el que personajes famosos ejercen el rol de canguro por un día. Se trata de un contenido televisivo dirigido a las familias y niños que se emite en horario de *prime time* en la televisión autonómica catalana. Los elegidos en esta ocasión fueron la cantante Nina y el Mag Lary, un conocido ilusionista catalán que en solo unos segundos hizo estallar la polémica lingüística cuando al interpretar a un dinosaurio para bromear con una niña de las que cuidaba, dejó de dirigirse a ella en catalán y habló en castellano aclarándole: “Hablo en castellano porque así parezco más malo”. La asociación Hablamos Español² denunció los hechos ante la

Fiscalía de Barcelona al entender que “pueden ser constitutivos de un delito de odio”.

Los hechos se produjeron al inicio del programa, que se emitió el 17 de agosto, y fueron denunciados en diferentes redes cuando el citado mago, disfrazado de calamar gigante para asustar a la niña, se acerca a ella mientras pronuncia la frase: “Soy el calamar gigante, vengo a comerme a la princesa”. Acaba la sentencia y hace un pequeño inciso a continuación: “Hablo en castellano, que así parezco más malo” (ABC, 2021). Vemos de entrada que algunos medios de comunicación difieren en si el mago interpretaba a un dinosaurio o a un calamar gigante, pero este extremo consideramos que no es relevante, amén del rigor periodístico que puedan tener los diferentes medios de comunicación.

Proponemos una política lingüística homologable a las de los países con varias lenguas oficiales, es decir, basada en la libre elección de lengua; una política que tenga como eje los derechos de las personas, y que estas no se pongan al servicio de la conservación de las lenguas.

Nuestros principios son: elección de lengua vehicular en la enseñanza, bilingüismo en la administración, no primar el uso de una lengua a la competencia profesional, apertura de la cultura a los creadores en ambas lenguas, y que los topónimos prohibidos en español vuelvan a ser oficiales”.

² Vid. Hablamos español. Disponible en: <https://hispanohablantes.es/quienes-somos/>. Fecha de última consulta: 30 de agosto de 2021. “Hablamos Español es una asociación apartidista sin ánimo de lucro, que hemos creado personas de diferentes lugares de España para defender los derechos lingüísticos de los hispanohablantes.

La asociación, que preside Gloria Lago argumentó, amparándose en el artículo 510 del Código Penal (CP) indicando lo siguiente:

... el discurso del odio no está protegido por la libertad de expresión ideológica,³ pues esta no puede ofrecer cobijo a la exteriorización de expresiones injuriosas que encierran un injustificable desprecio hacia colectivos de personas con una determinada característica, ya sea racial, sexual, religiosa, lingüística o ideológica”. (ABC, 2021)

Podemos observar de estos hechos que una vez más la diversidad lingüística en España en lugar de enriquecer y ser puente para aunar pueblos y culturas se ha convertido en un elemento de confrontación que llega incluso a judicializarse.

2. Delimitación y concepto

Preceptúa el artículo 510.1 del CP la pena base de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a 12 meses para tres clases de conductas dirigidas contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad. Esos comportamientos punibles son:

- a. Públicamente fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al *odio*, hostilidad, discriminación o violencia.
- b. La producción, elaboración, posesión con finalidad de distribución, facilitación a terceras personas del acceso, distribución, difusión o venta de escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra aquellos grupos o personas y por los motivos indicados.

³ El TEDH viene considerando que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado discurso del odio (ver, en tal sentido, las SSTEDH de 8 de julio de 1999, Ergogdu e Ince contra Turquía; de 4 de diciembre de 2003, Gündüz contra Turquía; y de 6 de julio de 2006, Erbakan contra Turquía).

- c. “Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo” o persona perteneciente al mismo y por los motivos mencionados, pero siempre y cuando de este modo “se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos”.

El apartado 2 asigna las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a 12 meses para:

- a. La lesión de la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos objeto de protección y referidos en el apartado anterior; y los actos de producción o distribución de material idóneo por su contenido para lesionar la dignidad de las personas.
- b. El enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión o de difusión de los delitos cometidos contra los grupos o personas y por los motivos discriminatorios definidos; se imponen las penas del apartado 1 cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.⁴

Los apartados 3 y 4 del artículo 510 incluyen agravaciones de las penas (en principio: mitad superior) si

⁴ Concordancias: artículo 1.1 de la Constitución española (CE) que protege la igualdad como valor superior; también así el art. 14 CE, los derechos de los extranjeros del artículo 13 de nuestra carta magna, y en especial hay que hacer referencia al artículo 20 que protege la libertad de expresión e información y los artículos 53 y 54 sobre garantías de los derechos fundamentales. En cuanto al Código Penal tenemos concordancias con el artículo 18 que castiga la provocación a delinquir, el agravante de discriminación del artículo 22.4 CP, también el artículo 174 que castiga la tortura y los artículos 208 a 210 sobre las injurias.

Hay concordancia también con los delitos contra los trabajadores del artículo 304 del Código Penal y con el 512 del mismo cuerpo legislativo, que consiste en denegar una prestación profesional de modo discriminatorio. También hay concordancia con el artículo 515.5 del Código Penal, que castiga a las asociaciones que promueven la discriminación. Concuera también con el artículo 607 del Código Penal, que castiga el genocidio, y el 611.6 en relación con la segregación racial en un conflicto armado. También hay que mencionar la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reformada por la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre. Concuera también con la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Seguridad de Sanidad.

Cuando la lengua se convierte en odio

los hechos se realizan con determinada publicidad (a través de un medio de comunicación social —el caso del Mago Lari⁵ se produjo en hora de *prime time* por medio de Internet o usando tecnologías de la información, de manera que sean accesibles a un elevado número de personas—) o si son idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo. El apartado 5 prevé la inhabilitación especial educativa o docente; y el apartado 6 implementa una cláusula de disminución judicial de las consecuencias del ilícito penal: el borrado o inutilización judiciales de los libros, documentos o soportes objeto del delito, o la retirada de contenidos si se cometió gracias a las tecnologías de la información, o el bloqueo del acceso al portal de Internet.

El régimen de la responsabilidad de las personas jurídicas se contiene en el artículo 510 bis del Código Penal. El art. 510 bis CP dispone que:

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal.⁶

Se trata de una previsión normativa que se corresponde con lo indicado en los artículos 5 y 6 DM 2008/913/JAI, tanto en lo relativo a la propia responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 5) como a las sanciones que les puedan ser impuestas (art. 6).

Entendemos que nada tiene de positivo el entrar en diatribas, sobre todo políticas, que lo único que hacen

es distanciar y provocar enfrentamientos estériles alejados de lo que es la racionalidad y el sentido común. Situaciones como la que relatamos merecen ser analizadas sin apasionamientos y con el debido sosiego para valorar si realmente podemos estar o no ante una comisión delictiva del artículo 510 del Código Penal español.

En cuanto al concepto de *delito de odio*, podemos decir que son aquellos delitos que castigan las conductas que pueden vulnerar algunos de los más relevantes derechos que la Constitución garantiza a todo individuo, como el derecho a la igualdad del artículo 14 CE, y el derecho de reunión del artículo 21 CE.

Según Boeckmann y Turpin-Petrosino, la definición de *delitos de odio* (*hate crime*) que usan distintos Estados que recogen esta figura en sus legislaciones coincide en identificar estos como actos criminales que se cometen basándose en un prejuicio, es decir, comprenden dos elementos básicos: uno, que el acto constituya una infracción penal; dos, que sea producto de un prejuicio del autor hacia la víctima por pertenecer a un colectivo vulnerable al odio. Es decir, la víctima (o el objetivo) se elige intencionadamente por el autor por su pertenencia (real o presunta) a un colectivo que consideramos desde este punto de vista especialmente protegido.⁷

Hay que matizar que *discurso de odio* y *delitos de odio* no son siempre conceptos equivalentes. De hecho, ciertos discursos de odio pueden ser reprochables desde una perspectiva extrapenal, pero no dar lugar a un delito de odio, como indica la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR) de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OCSE), “las palabras ‘delitos de odio’ y ‘motivación de odio’ pueden inducir a error si las entendemos de forma literal”.

De forma muy acertada, Alcácer Guirao (2010) asevera que:

... el “discurso de odio” es un término cargado emocionalmente y utilizado, en muchas ocasiones, con una finalidad persuasiva, configurándose su ámbito de significado en función de las valoraciones e intenciones del hablante de censurar una determinada clase de discurso y de excluirlo, de ese modo, de lo que se considera social o jurídicamente lícito. (pp. 5 y ss.)

⁵ Vid. Josep Maria Lari Vilaplana (Barcelona, 1973), más conocido por su nombre artístico, Mag Lari, es un ilusionista español. <https://maglari.com/>.

⁶ En este punto es necesario remitirse a los criterios expuestos en la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, así como en las diversas sentencias del TS que han ido conformando los parámetros generales para la aplicación de esta novedosa forma de responsabilidad penal. En tal sentido pueden citarse las ssts n.º 154/2016, de 29 de febrero; 221/2016, de 16 marzo; 516/16, de 13 de junio; 252/17, de 6 de abril; 583/17, de 19 de julio; 668/2017, de 11 de octubre; 737/2018, de 5 de febrero de 2019; y 742/2018, de 7 de febrero de 2019.

⁷ Cfr. Boeckmann, R. J. y Turpin-Petrosino, C. “Understanding the Harm of Hate Crime”, *Journal of Social Issues*, 2002.

Y claro está que la carga emocional, si bien es algo humanamente normal, perjudica a lo que debe constituir un análisis jurídico.

Se considera que existe 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. Según se indica en el texto, esta interpretación es coherente con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en aquellos supuestos en los que se han impuesto sanciones penales para las expresiones utilizadas cuando se sabía que podían exacerbar una situación ya explosiva.⁸

Landa Gorostiza (2012) advierte que el entendimiento del discurso es una labor que se ha de realizar a través de casos que se irán resolviendo, es decir, de la praxis, que nos demostrará una serie de patrones similares.

Siguiendo a Gómez Rivero (2021), el concepto de odio es indeterminado, entendido como la generación de un estado de antipatía y aversión que tiene móviles discriminatorios con el riesgo de que su interpretación pueda suponer una restricción de la libertad ideológica y de expresión.

El Tribunal Constitucional de nuestro país en sentencia de 7 de noviembre de 2007 declaró que era constitucional el castigo de la justificación pública del genocidio cuando con ella se busque una *provocación al odio que represente un peligro cierto* de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación. Ello puede verse en el fundamento jurídico número 9:

Para ello será necesario que la *difusión pública de las ideas justificadoras* entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de *incitación indirecta a su perpetración*. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de *provocación al odio hacia determinados grupos definidos* mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o

étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación.

Cámara Arroyo (2017) ya afirmaba que los delitos de odio no existían como tal con esta nomenclatura entre los penalistas, si bien ello no significaba que no existieran crímenes fundamentados en la intolerancia y la marginación de colectivos muy concretos. Se hablaba entonces de delitos culturalmente condicionados (Vázquez González, 2010) delitos de tendencia, etcétera.

Por su parte, Fuentes Osorio (2017) desarrolla el concepto de *odio* en su dimensión lingüística atendiendo a tres elementos relevantes: un sentimiento aversivo del autor sobre un sujeto (o sujetos), el deseo de que sufra un daño, una indeterminación: del motivo de la aversión, del daño y su alcance, del sujeto afectado.

Según apunta Tamarit Sumalla (2016), los tipos penales recogidos en el artículo 510 CP forman parte de los delitos de odio, que son una opción del legislador para *adelantar la protección ante agravios* con una intervención penal. En este mismo sentido, Gómez Rivero (2021) apunta sobre este adelantamiento de la protección penal que existen problemas de indeterminación de las barreras de punición que se manifiestan también en las conductas que son objeto de la incitación, como la discriminación, el odio, la hostilidad y la violencia. Actualmente el concepto de delito de odio no es cuestión pacífica entre la doctrina.

Estos delitos de odio consisten en la realización que materializa una conducta que expresa odio o discriminación hacia un grupo social. En esta tipología de delitos hay una característica diferencial, que es que *las víctimas son de un grupo determinado procedente de una adscripción social buscada ex professo*. ¿El Mago Lari se estaba dirigiendo a un grupo social en concreto de forma deliberada?

Como ha expresado el TEDH, “el odio no requiere un determinado acto de violencia o acto criminal”, pudiendo cometerse a través del lenguaje. Así, ya advierte la STS 846/2015, de 30 de diciembre, cómo en todos los delitos de expresión “subyace un conflicto entre el interés protegido por la norma penal y las libertades de expresión y, en su caso, ideológica: es un problema de equilibrios y ponderación que no admite respuestas simplistas”.

⁸ Vid. Zana v. Turquía N.º 18954/91, 25 de noviembre de 1997 y Sürek v. Turquía N.º 26682/95, 8 de julio de 1999.

Cuando la lengua se convierte en odio

Como expone el memorándum explicativo de la ECRI, *General Policy Recommendation N.º 15 on combating hate speech*,⁹ el discurso de odio:

... tiene que ver con distintas formas de expresión dirigidas contra una persona o grupo de personas *por motivo de sus características personales o estado, de la persona o grupo de personas*, y la acción contra ello no implica necesariamente la imposición de sanciones penales.

El discurso de odio está dirigido a la destrucción de los derechos y libertades establecidos en la Convención o a su limitación en mayor medida que la prevista en la misma (Quesada Alcalá, 2015), y esta definición ha sido adoptada tanto por el TEDH como por nuestros tribunales nacionales. Se trata, además, de un concepto autónomo, ya que no se encuentra vinculado por la clasificación al respecto que realizan los tribunales internos.

Siguiendo a Gómez Rivero (2021), la conducta a castigar consiste en fomentar, promover, incitar directa e indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia, siempre que sea con publicidad. Así pues, se trata de una conducta que está a medio camino entre la discriminación efectiva y los actos previos a la incitación, como podría ser la elaboración o la posesión de material que sea idóneo para la misma y que entrarían en la esfera del apartado B de este tipo penal.

Estamos con Rey Martínez (2015) cuando afirma que “es un error que se interprete el concepto de discurso de odio a partir del concepto de delitos de odio”.

Señala la STS 4/2017 de 18 de enero que:

... no todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita a la comisión de delitos, *el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia* y el odio que se identifica

con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no acoge la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo.

Una definición más definida la encontramos en la Recomendación 97(20) sobre el discurso del odio del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la que se define el *hate speech* como:

... todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante.

Tomando como base las palabras del Consejo de Europa, podríamos definir la intolerancia como “el rechazo a las personas que no comparten nuestras condiciones personales”.¹⁰

Del mismo modo que la recomendación de la ECRI, el Plan de Acción también introduce algunos criterios de inferencia (a los que denomina literalmente *prueba*) para diferenciar el delito de odio del discurso de intolerancia no punible, con el tenor literal siguiente: “el contexto, el orador, la intención del orador, el contenido y forma del discurso, el alcance y la magnitud de la expresión, y la posibilidad de que se produzca un daño así como su inminencia”.

No podemos olvidar aquí cuál era el contexto en el que se desarrollaron los hechos protagonizados por el Mago Lari. El debate ha de llevarse a cabo en concreto —examen del caso— y no en abstracto —discusión a nivel de principios—: comprobar si se han respetado las limitaciones marcadas por el Código Penal, limitaciones que según el tenor literal de nuestra Constitución y de los textos internacionales existen y que reconocen —no podía ser de otra forma— tanto tribunales nacionales como internacionales (entre muchas otras, STEDH de 20 de octubre de 2015, asunto M Bala M Bala c/ Francia: condena a

⁹ El Tribunal Constitucional —STC 235/2007, de 7 de noviembre—, califica como el *discurso del odio (hate speech)*, es decir, la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no puede ampararse dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica en la medida en la que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de aquella comunidad que lo sufre.

¹⁰ Definición tomada de la Web oficial del Consejo de Europa, disponible en: <https://www.coe.int/es/web/compass/council-of-europe> (Fecha de última consulta: 19 de septiembre de 2021).

raíz de un espectáculo público donde se humillaba a las víctimas del holocausto judío).

La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE)¹¹ en su Decisión n.º 4/03, conceptualiza los delitos de odio como:

... toda infracción penal, incluidas las cometidas contra las personas o la propiedad, donde el bien jurídico protegido, se elige por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo. Este grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su “raza”, real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, u otro factor similar.

La posibilidad que pueda existir en la incitación de forma indirecta ruptura según la doctrina con una garantía constitucional: se trata del llamado *test* de Brandenburg V. Ohio de 1969. Aquí el Tribunal Supremo norteamericano llegó a afirmar que el Estado solo puede prohibir el apoyo moral a la comisión de delitos cuando el mismo: primero, se dirija a incitar directamente la comisión de conductas ilícitas, y, segundo, sea idóneo para incitar a tales acciones. Esto tuvo una repercusión directa en el TEDH, que interpretó el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el sentido de indicar que, para que sea legítima una injerencia de este tipo en la libertad de expresión,¹² debemos encontrarnos ante una conducta que incite a la comisión de delitos de manera tal que aumente de forma real el riesgo de la comisión.

No podemos olvidar que la jurisprudencia del TEDH ha reconocido que la libertad de expresión debe amparar no solo las ideas recibidas favorablemente o

consideradas inofensivas o indiferentes, sino también las que hieren, chocan o inquietan.¹³ Nuestra doctrina constitucional ha mantenido un criterio similar: el que una expresión sea ofensiva no resulta ser razón suficiente para prohibir determinadas expresiones.¹⁴

Evidentemente que nos encontramos en una esfera de indeterminación y adelantamiento de la protección penal que quizás no respeta el principio de *última ratio* y de intervención mínima.

En el caso del Mago Lari que aquí nos ocupa, entendemos que se cuestiona que podrían entrar en colisión el derecho a la *libertad de expresión* del artista *ex art.* 20.1 de la Constitución Española:¹⁵ “1. Se re-

¹³ STEDH de 23 de septiembre de 1988 (Lediheux), STEDH de 23 de abril de 1992 (Cas tells), STEDH de 24 de febrero de 1997 (Haes y Gijssels), de 8 de julio de 1999 (Sürek Baskaya y Okçuoglu) y 29 de septiembre de 1999 (Oztürk).

¹⁴ STC 174/2006, de 5 de junio. Más concretamente, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, expone: “la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarian, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población”. En esta misma línea la STC 177/2015 continúa exponiendo que este carácter institucional determina que la jurisprudencia constitucional haya establecido que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica “aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática”; y que la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones “acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarian, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población”, ya que en nuestro sistema “no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución [...] El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas” [FJ 2 b)].

¹⁵ En concordancia con el artículo 10 CEDH Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

¹¹ La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) es el mayor organismo regional de seguridad. Fue creado con el objetivo de prevenir, gestionar y remediar los conflictos en Europa y su entorno. La OSCE tiene su origen en la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE), celebrada en Helsinki en 1975.

¹² El TEDH, desde la sentencia Handyside contra Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, reitera que “la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno (SSTEDH Castells contra España, de 23 de abril de 1992 [parágrafo 42], y Fuentes Bobo contra España, de 29 de febrero de 2000 [parágrafo 43])”. En parecidos términos se ha expresado posteriormente, con cita de las anteriores, la STC 112/2016, de 20 de junio, pudiendo verse los antecedentes de nuestra jurisprudencia constitucional ya en la STC n.º 291/1991, de 13 de diciembre (caso León Degrelle/Violeta Friedman) y 176/1995, de 11 de diciembre (Caso Makoki).

Cuando la lengua se convierte en odio

conocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”, y por otra parte vemos que la asociación denunciante habla de “... la exteriorización de expresiones injuriosas que encierran un injustificable *desprecio hacia colectivos de personas...*”. Es decir, la asociación se muestra como víctima de injurias *ex art.* 208 del CP, que no podemos olvidar que se encuentra ubicado en el Título XI (Delitos contra el honor). Además, la susodicha asociación afirma que hay un desprecio hacia un colectivo de personas, que cabe entender que son todos los hispanohablantes.

El artículo 20.1 de la Constitución española, como derecho fundamental que es, tiene una protección reforzada que se concreta en:

1. Cualquier ciudadano puede recabar la tutela de los derechos recogidos en el artículo 20 de la Constitución española, ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (art. 53.2 de la Constitución Española).
2. Cualquier ciudadano puede acudir, tras el cumplimiento de los requisitos y tramitaciones establecidas para ello, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional para la protección de los derechos recogidos en el artículo 20 de la Constitución (art. 53.2 y art. 161.1.b de la Constitución Española).
3. Cabe el recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley que vulneren los derechos recogidos en el artículo 20 de la Constitución Española (artículo 53.1 y artículo 161.1.a) de la Constitución Española).
4. El Defensor del Pueblo se encuentra designado, en virtud de lo establecido en el artículo 54 de la Constitución española, como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos recogidos en el Título I de la Constitución, encuadrándose el artículo 20 de la Constitución dentro del mencionado Título I.
5. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar el contenido esencial de los derechos recogidos en el artículo 20 de la Constitución Española, podrá regularse el ejercicio de estos derechos (art. 53.1 de la Constitución Española).
6. El desarrollo normativo de los derechos recogidos en el artículo 20 de la Constitución Española, debe realizarse mediante Ley Orgánica (art. 81.1 de la Constitución Española), que requiere un especial consenso parlamentario al exigirse, para su aprobación, modificación o derogación, mayoría absoluta del Congreso (art. 81.2 de la Constitución Española).
7. Se prohíbe la adopción de Decretos-Leyes que afecten a los derechos recogidos en el artículo 20 de la Constitución Española (al igual que a cualquier otro derecho, deber o libertad recogida en el Título I de la Constitución), aun en los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad en los que, para la regulación de otras materias, sí resulta procedente recurrir a los Decretos-leyes (art. 86.1 de la Constitución Española).
8. El artículo 20 de la Constitución Española (al igual que ocurre con los demás preceptos del Capítulo II del Título I de la Constitución) vincula directamente a las Administraciones Públicas (sin necesidad de mediación del legislador ordinario ni de desarrollo normativo alguno), tal y como se desprende de la STC 80/1982.
9. Cualquier modificación de la regulación que establece la Constitución Española para los derechos recogidos en su artículo 20 debería canalizarse a través de la vía de reforma constitucional gravada que establece el artículo 168 de la Constitución Española y que requiere de un gran consenso social ya que exige la aprobación de la correspondiente propuesta por mayoría de dos tercios de cada cámara parlamentaria (Congreso de los Diputados y Senado), la posterior disolución de las Cortes Generales, la posterior celebración de Elecciones generales, la nueva ratificación de la propuesta de modificación por mayoría de dos tercios de las cámaras parlamentarias formadas tras las correspondientes elecciones y, por último, la ratificación de la propuesta de modificación mediante referéndum.

Como muy bien indica Gómez Sánchez (2018), existe una importancia fundamental de la libertad de expresión en relación a la configuración y el desarrollo de una sociedad democrática. En muchas de estas sociedades en las cuales la libertad de expresión ocu-

pa un lugar muy relevante en el elenco de los derechos fundamentales —relevancia que, por otro lado, ha sido destacada tanto por las jurisdicciones constitucionales como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos—,¹⁶ se ha señalado que es imprescindible en orden a permitir una opinión pública libre como elemento capital de un sistema democrático.

El marco normativo europeo viene diseñado fundamentalmente por la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el derecho penal. Esta norma obliga a los Estados a definir como infracciones penales determinados actos, tales como:

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

Hay un amplio acervo de normativa internacional que sanciona la *discriminación* por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición social, pues constituye uno de los derechos fundamentales de la persona. Sobre la discriminación, Gómez Rivero (2021) postula que el castigo de la incitación a la misma es más amplio que el de la real discriminación, en tanto que no todas las conductas de discriminación son objeto de castigo, pues puede resultar que se puede sancionar la provocación a una discriminación que no se castigaría penalmente si llegara a concretarse.

Así, en relación al artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, *no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.*

Asimismo, el artículo 7 del mismo instrumento legal señala que:

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. *Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación* que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

El artículo 2.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 reza:

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Por su parte, el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 indica en relación a la *prohibición de discriminación* que:

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

El artículo 10 de la Constitución española, en relación a la normativa anteriormente indicada, preceptúa que:

La *dignidad* de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Las normas relativas a los derechos fundamentales y

¹⁶ Entre otros, casos Handyside, de 7 de dic. de 1976; Sunday Times, de 26 de abril de 1979, y Castells.

Cuando la lengua se convierte en odio

a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Y el fundamental artículo 14 de nuestra carta magna reza de la siguiente forma:

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.¹⁷

Asimismo, es necesario el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2007, que declaró inconstitucional la tipificación penal de la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen el

¹⁷ Como muy bien indican Gálvez Muñoz (2003) y Sieira Mucientes (2011) “El principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación es una vieja aspiración del ser humano que fue recogida con entusiasmo por el movimiento constitucional del siglo XVIII que marcó el fin del Antiguo Régimen. Se convirtió en una de las principales reivindicaciones de los revolucionarios liberales, especialmente de los franceses, hasta el punto de que su proclamación forma parte de la divisa del Estado surgido de la Revolución Francesa (‘Libertad, igualdad, fraternidad’).”

España, inserta desde muy pronto en este movimiento jurídico-político, permaneció en él de forma discontinua, dándose lugar a en etapas más o menos largas de poder personal, y por tanto no plasmó, sin embargo, de forma expresa este ideal en sus Constituciones hasta bien entrado el siglo XX. Lo hizo con la Constitución republicana de 1931, que en su artículo 2 proclamaba la igualdad ante la ley de todos los españoles, mientras que el artículo 25 recogía la prohibición de discriminación por determinadas circunstancias (naturaleza, filiación, sexo, clase social, riqueza, ideas políticas y creencias religiosas).

En las Constituciones vigentes anteriores solo se observan concreciones aisladas de esta genérica aspiración. Así, casi todas las Constituciones españolas del siglo XIX recogen la declaración de que todos los españoles pueden acceder a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad (artículo 5 de la Constitución de 1837, artículo 5 de la Constitución de 1845, artículo 27 de la Constitución de 1869 y artículo 15 de la Constitución de 1876; también lo hace, en el siglo XX, el artículo 40 de la Constitución republicana). Asimismo, hay que tener en cuenta que en la formulación de muchos derechos que hacen las Constituciones se emplean fórmulas genéricas con las que se pretende asegurar el goce de los mismos al conjunto de los ciudadanos (‘todos los españoles...’, ‘los españoles...’, ‘todo español...’, ‘ningún español podrá ser...’, ‘toda persona...’, ‘nadie podrá ser...’, etc.).

El artículo 14 de la Constitución de 1978, sin otro antecedente en el constitucionalismo español que el ofrecen los artículos 2 y 25 de la Constitución de 1931, es, sin embargo, un precepto muy frecuente en el ámbito del Derecho Constitucional Comparado, tanto histórico como actual. Los referentes más claros son la Constitución francesa de 1958 (artículo 2.1º), la Constitución italiana de 1947 (artículo 3) y la Constitución alemana de 1949 (artículo 3).”

genocidio, porque quedaban comprendidas en el derecho fundamental a la libertad de expresión.

El crucial derecho constitucional a la libertad de expresión¹⁸ contenido en el artículo 20.1 de la Constitución Española ha sido definido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por nuestro Tribunal Constitucional como uno de los pilares fundamentales en los que se asienta nuestra democracia en tanto que sociedad plural y libre que es.

Al respecto, Suárez-Mira Rodríguez (2020) señala de forma muy acertada que:

Nada impide una diferencia de trato si ésta se basa en una apreciación objetiva de circunstancias de hecho esencialmente diferentes, pero esa diferencia de trato es discriminatoria si no está justificada imparcial y razonablemente, o sea, si no pretende una finalidad legítima o si falta proporción entre los medios utilizados y aquélla.

Aunque sea posible aceptar la idea de que la prevención penal no es el instrumento más importante para acabar con el auge de la discriminación, vale el propósito del legislador de procurar avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en este sentido, impone la Constitución a los poderes públicos; la incorporación al catálogo delictivo ejerce un valor simbólico y refleja claramente los valores que la sociedad democrática estima dignos de defensa. (p. 788)

De forma muy gráfica, Cámara Arroyo (2017) indica que:

Sin querer restar en ningún momento importancia a esta clase de crímenes basados en la intolerancia y la discriminación, es preciso llamar la atención acerca de lo novedoso que aparece el *deslumbrante y pomposo término de “crímenes o delitos de odio”* para anunciar una realidad que ha existido desde el principio de los tiempos: *procesos de discriminación a determinados sujetos o colectivos sociales*¹⁹ por razones ideológicas, sexuales, étnicas, religiosas, etc. (p. 144)

¹⁸ Como en todos los delitos de expresión subyace un conflicto entre el interés protegido por la norma penal y las libertades de expresión y, en su caso, ideológica: es un problema de equilibrios y ponderación que no admite respuestas simplistas (sts 846/2015, de 30 de diciembre).

¹⁹ La negrita es mía.

Recogemos esta cita para aquilatar el concepto de delito de odio en el contexto en el que se produjo el hecho denunciado protagonizado por el Mago Lari, que fue cambiar de idioma para supuestamente “dar más miedo” a los niños mientras estaba jugando literalmente con ellos. Hay que decir que el Mago Lari avisa de que va a cambiar de idioma, pero del catalán a la lengua española ante una audiencia que es bilingüe. ¿Se está discriminando a un grupo de ciudadanos en concreto tal y como afirma la asociación denunciante?

Se impone aquí en primer lugar indicar cuál es el bien jurídico protegido, pues la sección 1ª, artículos 510 a 521 bis CP, regula los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los *derechos fundamentales y de las libertades públicas* garantizados por la Constitución.

Un sector doctrinal en España ha criticado sin ambages los excesos de la vía punitiva emprendida por la reforma penal de 2015. En este sentido, Portilla Contreras (2015) sostiene que estos delitos simbolizan el desprecio por la libertad de expresión, creencia e ideología. Por su parte, Serrano Gómez y Serrano Maíllo (2019) postulan que hay una cierta inseguridad jurídica porque en cuanto al bien jurídico a proteger cuando se hace referencia, por ejemplo, a *situación familiar*, se entiende que el legislador ha tenido en cuenta el principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución española. Gómez Rivero (2021) señala que en este tipo de delitos el bien jurídico protegido es que se preserve el derecho a la igualdad de trato sin que se tenga en cuenta la pertenencia a grupos sociales no dominantes y que además sean más vulnerables. Se busca proteger en realidad a minorías que pueden ser víctimas de un trato discriminatorio e incluso que se lesione su derecho a la dignidad. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo Sala segunda de 17 de diciembre de 1991 señala de forma contundente que:

La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor del artículo 18.1 de la constitución española, no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que solo se cumple si se atribuye por

igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cuál es quiera que sean.

Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2021 (FGE, 2021: 1082) los bienes jurídicos protegidos son la igualdad *ex art.* 1 CE, el derecho a la no discriminación *ex art.* 14 CE, y la dignidad de las personas, *ex art.* 10 CE. En el mismo documento se explicita que en memorias precedentes, como la de 2019 se plantearon reformas legislativas que incluían en el *agravante* 22. 4ª CP *el idioma y lenguas oficiales*.

Laurenzo Copello (1996) entiende que la discriminación implica un trato peyorativo que niega la igualdad entre todos los seres humanos (dimensión personalista) lo que, a su vez, ataca al modelo de convivencia diseñado por la Constitución, y amenaza los valores de pluralismo, tolerancia y respeto de las diferencias, que están en la base de nuestro Estado social y democrático de derecho.

Landa Gorostiza (2012) y Gómez Martín (2018) también entienden que estamos ante un *delito pluriofensivo que tutela un bien jurídico mixto individual-colectivo*, identificado como la protección del principio de igualdad y de las minorías especialmente vulnerables.

Una primera lectura interpretativa de la *ratio* del precepto apunta hacia la promoción del correcto ejercicio de derechos fundamentales relevantes en cualquier sociedad democrática como las libertades de expresión y opinión (art. 20 CE), reunión y manifestación (art. 21 CE) y asociación (art. 22 CE). Sin embargo, desde la perspectiva del sujeto pasivo del delito, el eje sobre el que pivota el precepto es, como hemos indicado *ut supra*, la prohibición de la discriminación como derecho autónomo derivado del derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 14 CE. La igualdad y la no discriminación se configuran como el presupuesto para el disfrute y ejercicio del resto de derechos fundamentales, como muestra su ubicación sistemática en el pódico del Capítulo II (“De los derechos y libertades”), dentro del Título Primero de nuestra carta magna, dedicado a los “Derechos y Deberes Fundamentales”.²⁰

²⁰ Cfr. Fiscalía General del Estado, *Circular 7/2019, de 14 de*

Cuando la lengua se convierte en odio

Es importante resaltar aquí que la consideración de la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), es decir, como pilar sobre el que se asienta toda la estructura de garantías, no es exclusiva de nuestro texto constitucional.

Cabe aquí preguntarse si en el caso que nos ocupa hay una lesión a la dignidad, y por ende al honor de la audiencia del programa *Au pair*, que al ser de la televisión pública catalana (TV3), lo más normal es que lo vean y escuchen personas bilingües.

Como ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH),²¹ “el odio no requiere un determinado acto de violencia o acto criminal”, pudiendo cometerse a través del lenguaje. ¿Fue el caso del Mago Lari?

En relación a la tipicidad subjetiva es preciso que exista un móvil de discriminación y de un *animus* provocativo (Tamarit Sumalla: 2016, 1982). ¿El mago al cambiar de idioma buscaba de forma premeditada y maliciosa discriminar a todo un colectivo de hispanoparlantes? Pensemos que en Cataluña los niños entienden y se desenvuelven perfectamente en catalán y en la lengua española, idiomas que en las escuelas se enseñan con total normalidad.

Serrano Gómez y Serrano Maillo (2019) entienden que se trata de una serie de delitos de carácter doloso y que se excluye el dolo eventual.

Sobre el elemento subjetivo del injusto, Cámara Arroyo (2017) es del parecer que tiene serias dudas de que un delito de expresión que se integre en los denominados delitos de odio pueda ser cometido por imprudencia, pudiéndose admitir con criterios que cumplan los requisitos jurisprudenciales que lo diferencien de la imprudencia consciente, la modalidad dolosa eventual, exigente de un alto nivel de probabilidad de que aparezca el daño.

En nuestro CP queda excluida la comisión imprudente *ex art.* 12 CP, al no haberse tipificado expresamente en ninguna de las conductas que podemos considerar como delitos de odio.

De la recomendación de la ECRI, el Plan de Acción también introduce algunos criterios de inferencia para diferenciar el delito de odio del discurso de intolerancia no punible, con el tenor literal siguiente: “el

mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771, fecha de última consulta: 3 de septiembre de 2021.

²¹ STEDH de 16 de julio de 2009, *Féret vs. Bélgica*.

contexto, el orador, la intención del orador, el contenido y forma del discurso, el alcance y la magnitud de la expresión, y la posibilidad de que se produzca un daño, así como su inminencia”.

Los delitos de odio “ni se deben, ni se pueden interpretar como meros episodios aislados, al margen de un contexto de clima social de intolerancia hacia personas diferentes a las que niega” (Ibarra, 2016: 5). Vemos que el Mago Lari sí protagoniza un hecho aislado en un programa en concreto, no tratándose de una función teatral que se vaya repitiendo día tras día en un lapso temporal amplio, y tampoco existe en Cataluña un clima social de intolerancia contra la ciudadanía que decide hablar en lengua española.

El sujeto activo puede serlo cualquiera, y por lo tanto estamos ante un delito de carácter común. Nótese que el delito podrá cometerse incluso entre personas de la misma ideología, religión, creencias, raza, etc. Hemos de pensar que incluso cabe la posibilidad de que una persona reniegue de su religión, raza, etc., y provoque a otros para crear una situación de odio que termine en discriminación. Estamos de acuerdo con Gómez Rivero (2021) cuando afirma que en este delito pueden entrar los comportamientos de un editor, librero, el director de la publicación que difunde los comentarios a favor de actividades discriminatorias efectuadas por un tercero, o que publica libros, revistas, artículos, etc., que recojan alabanzas ideas o bien opiniones²² favorables hacia conductas discriminatorias.

El sujeto pasivo será aquel grupo que tiene una adscripción social concreta que le convierte en víctima. ¿Los niños que escuchaban las aventuras del Mago Lari pertenecían a una adscripción social concreta?

Si se comparan las víctimas de otro tipo de delitos que no tienen el componente de la discriminación, las víctimas de los delitos de odio muestran una tendencia a sufrir elevados índices de ansiedad, inquietud, nerviosismo, autoestima baja, insomnio, e incluso depresión. En definitiva, estas víctimas sufrirán una pérdida muy considerable de bienestar en sus vidas,

²² En la STS 676/2009, de 5 de junio, se recuerda como en otras ocasiones (STS 820/2016, de 2 de noviembre) que no se trata de criminalizar opiniones discrepantes, sino de combatir actuaciones dirigidas a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y daño en la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando contra el sistema democrático establecido (STS 221/2017, de 29 de marzo).

algo difícilmente cuantificable, pero sí que se podrá comprobar por la sintomatología.

En el caso del Mago Lari, ¿las víctimas sufrirán este tipo de dolencias?

Según algunos autores (Tamarit Sumalla, 2016), en estos delitos se impone una situación de jerarquía y dominio que victimiza por odio a unos grupos sociales determinados buscados de forma deliberada para recordar que están sometidos a un poder hegemónico que recuerda quien es quien realmente tiene el poder.

De Urbano Castrillo (2020) señala que lo que se propone con este delito es la tutela del obligado respeto al que es diferente, que es una consecuencia del principio de igualdad, al tiempo que se someten las libertades de expresión, y en general las libertades intelectuales, al superior imperio de la dignidad de todos los ciudadanos y se lanza de este modo un mensaje de convivencia.

En el caso del Mago Lari, ¿se concreta esta situación de jerarquía y dominio frente a un grupo social?

Estamos ante un *tipo penal de peligro*, pues para su realización es ya suficiente que se cree una situación de peligro que se transmite a través del *discurso del odio*,²³ que comporta, y valga la redundancia, una situación peligrosa tendente a producir daños recogidos en toda la normativa *ut supra* comentada. En esta línea también Serrano Gómez y Serrano Maíllo (2019) son del parecer que la consumación se produce por el mero hecho de promover o incitar a la discriminación, al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra grupos o asociaciones en los supuestos previstos y penados en el artículo 510.1 del Código Penal, no siendo necesario que se produzca resultado lesivo alguno. De Urbano Castrillo (2020) es del parecer que estamos ante un delito de mera actividad y que no se necesita que se obtenga el resultado buscado.

En relación al concurso con otras normas se deberá de aplicar el artículo 8.1 CP, que prevé el principio de

especialidad, y cuando se aplique este u otro precepto especial, no podrá aplicarse, además, la agravante contenida en el artículo 22.4 del Código Penal.

Es importante resaltar que la Asociación de Jueces y Juezas para la Democracia se pronunciaron a favor de la reforma del artículo 510 del Código Penal a fin de delimitar que solo pueda haber sanción penal cuando las conductas del sujeto activo puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes. ¿Se cumple aquí la situación real que produjo el Mago Lari?

3. Conclusiones

Sobre si el Mago Lari se estaba dirigiendo a un grupo social en concreto de forma deliberada, entendemos que no ha lugar, puesto que estaba dirigiéndose a una audiencia televisiva muy amplia en un horario de *prime time*. Puede gustar más o menos la actuación que estaba llevando a cabo el ilusionista, pero hemos de descartar que se dirigiese a un grupo social en concreto, que lo podría haber hecho haciendo *ad exemplum* referencia a la etnia gitana, al colectivo magrebí, a ciudadanos no catalanes, etc. No hay elementos de los que se infiera que el ilusionista apuntase a un colectivo determinado, y es por todo ello que entendemos que los niños que estaban escuchando las aventuras del Mago Lari no pertenecían a una adscripción social concreta.

En cuanto al contexto del acto, nos encontramos con un programa de televisión dirigido a las familias en horario de máxima audiencia. Podemos afirmar que se trataría de un programa de *amplio espectro*, en el que se busca la máxima audiencia para captar al máximo *target* de anunciantes y, por ende, patrocinadores en este caso de la televisión pública autonómica TV3, perteneciente a la Corporación Catalana de Medios Audiovisuales.²⁴

²³ Dado que el ejercicio de los derechos está sujeto a que se desarrollen dentro de los límites constitucionales propios de la sociedad democrática en la que se ejercen, no puede prescindirse de una evaluación sobre la presencia o no de excesos en su disfrute. Y en ese análisis, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 8 de Julio de 1999, *Süreç vs. Turquía*, y de 4 de Diciembre de 2003, *Müslüm vs. Turquía*), como el Tribunal Constitucional (STC 235/2007, de 7 de Noviembre) y esta misma sala (SSTS 812/2011, de 21 de julio o 4/2017, de 18 de enero) vienen destacando que el llamado *discurso del odio*, entendido como la alabanza o justificación de acciones terroristas, no merece la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión (art. 20 CE) o la libertad ideológica (art. 16 CE).

²⁴ La Corporación Catalana de Medios Audiovisuales (CCMA; en catalán, Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals) es un ente público de comunicaciones de carácter autonómico de Cataluña, dependiente de la Consejería de la Presidencia del Gobierno de Cataluña, encargado de producir y difundir productos audiovisuales velando por la normalización lingüística y cultural catalana. Fue creada en 1983 y hasta 2007 se llamó Corporación Catalana de Radio y Televisión (CCRTV). La CCMA es miembro de la Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicos (FORTA). La CCMA está compuesta por la Televisión de Cataluña y Catalunya Ràdio, que operan la televisión y la radio, respectivamente.

Cuando la lengua se convierte en odio

En relación al posible conflicto entre la libertad de expresión del Mago Lari y el honor de la asociación denunciante, que se siente discriminada, entendemos que hay que ponderar que se trata de un momento de la actuación en el que el ilusionista lo que hace es cambiar de un idioma a otro solamente para llamar a la atención de los niños que le estaban escuchando, y por supuesto también pretendía que los padres estuvieran atentos. No se aprecia en el cambio de idioma un ánimo de injuriar contra un colectivo, pues como hemos indicado con anterioridad, la audiencia de TV3 es bilingüe, y en Cataluña el catalán y la lengua española se utilizan de forma indistinta existiendo una clara situación de bilingüismo y no de diglosia (según la RAE: bilingüismo, en especial cuando una de las lenguas goza de prestigio o privilegios sociales o políticos superiores).

Sobre si en el caso que nos ocupa hay una lesión a la dignidad, entendemos que habría en primer lugar que realizar una valoración sobre si realmente existe un sujeto pasivo, es decir, un colectivo que sea la víctima del supuesto delito. Pensamos que la dignidad en el caso del mago Lari no se ve afectada, pues no hay un colectivo o una persona en concreto a quien se vulnera su dignidad. Habría que preguntarse si cambiar de idioma en una actuación para supuestamente causar “más miedo” es un proceder que pueda dañar alguna dignidad de alguien. Realmente no se aprecia que haya lesión alguna a la dignidad de nadie, pues quien estaba viendo el programa es una población totalmente bilingüe, como hemos indicado con anterioridad y, por ende, no cabe la posibilidad de agravio alguno.

Como hemos indicado anteriormente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya se ha pronunciado sobre si el odio puede concretarse a través de la utilización de una lengua en concreto. Sí sería posible perpetrar un delito de odio con la utilización de una determinada lengua, pero en el caso que nos ocupa estamos ante un mensaje que entendemos no tiene la suficiente entidad ni mucho menos para que se infiera que se está transmitiendo un mensaje de odio ante una audiencia.

Sobre si hay dolo en la conducta del ilusionista, habría que analizar toda la actuación al completo, y realmente, si se ven las imágenes de la actuación, entendemos que no existe el elemento cognitivo y volitivo que exige esta forma de proceder que se configura en un delito de odio.

Como hemos explicitado, las víctimas de los delitos de odio muestran una tendencia a sufrir elevados índices de ansiedad, inquietud, nerviosismo, autoestima baja, insomnio, e incluso depresión. En el caso que nos ocupa, no creemos que pueda existir la posibilidad de que por cambiar de idioma en un momento concreto de una actuación del ilusionista ello pueda provocar algún tipo de dolencia a la audiencia. *Sensu contrario*, sería pensar de forma muy torticera y maquiavélica, cuando no en lejanía con el sentido común.

En cuanto a la posibilidad de que exista en este caso, como indica Tamarit Sumalla, una situación de jerarquía y dominio, entendemos que un ilusionista cuando se dirige a su público no está en esta situación ni mucho menos, pues la audiencia puede apagar el televisor cuando quiera, neutralizando por completo una posible situación de sometimiento.

La asociación de juezas y jueces para la democracia ya se ha posicionado en el sentido de comprender que las conductas de los delitos de odio por parte del sujeto activo han de generar una situación de posibilidad real de perturbaciones del orden público o situaciones de amenaza, abuso o insulto.

Entendemos que el mago Lari, con el cambio de idioma y el mensaje concreto que profiere, se aleja mucho de generar una situación de peligro de perturbaciones del orden público ni de amenazas, abuso y mucho menos insultos. A los hechos nos remitimos, pues la realidad ha demostrado que esa actuación no produjo en ningún momento algarada alguna, y se hace muy difícil el encaje lógico causa-efecto de las amenazas, abusos e insultos.

Para terminar, solamente nos queda decir que en esta sociedad en la que nos ha tocado vivir, existe quizás una *hiperpenalización* de la vida, olvidándonos de que el derecho penal solo puede actuar bajo el principio de *ultima ratio*, fragmentariedad e intervención mínima.

Se hace preciso en este caso que impere el sosiego y el rigor en la aplicación de la ley para sin más dilación aquilatar la actuación del Mago Lari bajo el prisma del sentido común, pues las lenguas han de tender puentes para la interrelación y crecimiento de las personas, nunca han de ser motivo de confrontación, y mucho menos en una España que dispone de una democracia consolidada en un Estado social y democrático de derecho que se ha conseguido con enorme esfuerzo de varias generaciones.

4. Referencias bibliográficas

- ABC. “Denunciado ante la Fiscalía un programa de TV3 en el que se habla en castellano para parecer más malo”, 24-08-2021. Disponible en: <https://cutt.ly/hWglkJd>, fecha de última consulta: 30 de agosto de 2021.
- Aguilar García, M.A. (Dir.) *et al. Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2015.
- Alcácer Guirao, R. “Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14-02, 2012, pp. 02: 5 y ss. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-02.pdf>, fecha de última consulta: 30 de agosto de 2021.
- Boeckmann, R. J. y Turpin-Petrosino, C. “Understanding the Harm of Hate Crime”, *Journal of Social Issues*, 2002.
- Cámara Arroyo, S. “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, fascículo 1, VOL. LXX, 2017, pp. 139 a 225, 2017. Disponible en: <https://cutt.ly/PWgxXY2>, fecha de última consulta: 30 de agosto de 2021.
- Correcher Mira, J. “La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?”, *InDret Penal Revista para el Análisis del Derecho* N.º. 3, 2021, disponible en: <https://cutt.ly/MWv8elT>, fecha de última consulta: 1 de septiembre de 2021.
- Fiscalía General del Estado. *Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal*, disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771, fecha de última consulta: 3 de septiembre de 2021.
- Fiscalía General del Estado. *Memoria 2021*, p. 1082, disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html, fecha de última consulta: 20 de septiembre de 2021.
- Fuentes Osorio, J. L. “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-27, 2017, p. 2 (Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-27.pdf>), fecha de última consulta: 30 de agosto de 2021.
- Gálvez Muñoz, L. y Sieira Mucientes, S. Sinopsis del artículo 14 de la Constitución española, 2009 y actualizada en 2011, disponible en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2>, fecha de última consulta: 30 de agosto de 2021.
- Gómez Martín, V. “Discurso del odio y principio del hecho”, en Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (Dir.). *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- 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*, 18-20, 2016, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-20.pdf>, fecha de última consulta: 1 de septiembre de 2021.
- Gómez Martín, V. “Odio en la Red”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, 20, pp. 411-449, 2018.
- Gómez Rivero, C. “Violencia habitual contra las personas vinculadas al agresor”, en Cortes Bechiarelli, E., Nieto Martín, A. y Núñez Castaño, E., *Derecho penal parte especial*, Tecnos, Madrid, 2021.
- Gómez Sánchez, Y. *Derechos fundamentales*, Aranzadi, Navarra, 2020.
- Hablamos Español. “Quienes Somos”, disponible en: <https://hispanohablantes.es/quienes-somos/>. Fecha de última consulta: 30 de agosto de 2021.
- Ibarra, E. “Semiótica de la intolerancia y discurso del odio”, en *Movimiento contra la Intolerancia: Materiales didácticos*, núm. 12. Intolerancia y Discurso de Odio: Amenazas para la Democracia, 2016, p. 5.
- Laurenzo Copello, P. “La manipulación de los delitos de odio”, en Portilla Contreras y Velásquez Velásquez, F. *Un juez para la democracia*, Dykinson, Madrid, 2019.
- Lamarca Pérez, C. “Delitos contra el orden público”, en Alonso de Escamilla, A., Lamarca Pérez, C., Rodríguez Núñez, A. y Mestre Delgado, E. *Delitos. La parte especial del derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2020.
- Landa Gorostiza, J. M. “Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del artículo 510 CP y propuesta ‘lege lata’”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 7, edición digital, 2012.

▶ Cuando la lengua se convierte en odio

- Laurenzo Copello, P. “La discriminación en el Código Penal de 1995”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 19, edición digital, 1996.
- Miró Llinares, F. “Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión” (pp. 21-66), en Miró Llinares, F. (Dir.). *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- Muñoz Conde, F. *Derecho penal parte especial*, 23ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- Portilla Contreras, G. “La represión penal del discurso del odio”, en Quintero Olivares, G.: *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- Quesada Alcalá, C. “La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 30, 2015, p. 8; STEDH, Asunto Sürek v. Turkey, (N.º 26682/95), 8 de julio de 1999.
- Rey Martínez, F. “Discurso del odio y racismo líquido”, en Revenga Sánchez, M. (Dir.) *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, Alcalá de Henares, 2015.
- Serrano GÓMEZ, A., Serrano Maíllo, A. “Delitos contra la integridad moral”, en Serrano Gómez, A., Serrano Maíllo, A., Serrano Tárraga, Mª.D. y Vázquez González, C. *Curso de derecho penal parte especial*, Dykinson, Madrid, 2019.
- Suárez-Mira Rodríguez, C. (Dir. y coord.), Judel Prieto, Á., Piñol Rodríguez, J.R. *Manual de derecho penal parte especial*, Tomo II. Aranzadi, Navarra, 2020.
- Tamarit Sumalla, J.Mª. “Delitos contra la libertad”, en Ramón Ribas, E., Hernández García, J., Villacampa Estiarte, C., Ortega Lorente, J.M., Aguilar Romo, M., Camarena Grau, S., Morales Prats, F., Quintero Olivares, G., Torres Rosell, N., García Albero, R., Llarena Conde, P., Demetrio Crespo, E., Bañeres Santos, F., Ramírez Ortiz, .L., Calvo López, Mª., Navarro Blasco, E., Rueda Soriano, Y., Cugat Mauri, M., Ramos Rubio, C., De La Peña Oliete, M., Portilla Contreras, G., García Rivas, N., y Salat Paisal, M., *Compendio de la parte especial del derecho penal*, Aranzadi, Navarra, 2016.
- Urbano Castrillo, E. De. “De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en Sánchez Melgar, J. (Coord.) *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, Vol IV, Sepín, Madrid, 2020.
- Vázquez González, C. *Inmigración, diversidad, y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Dykinson, Madrid, 2010.
- Vázquez Iruzubieta, C., *Código Penal comentado (actualizado por las leyes orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)*, Atelier, Barcelona, 2015.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



FGR
FISCALÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES