

El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Ayudante Doctor (Acreditado Contratado Doctor)
de Derecho Penal y Criminología
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

RESUMEN

El concepto de delitos de odio no goza de una interpretación unívoca en la doctrina penal. Pese a la opacidad de su significado, los delitos cometidos a través del denominado discurso del odio suponen una preocupación a nivel europeo. Se asegura que el crecimiento de estos ilícitos motivados por la intolerancia supone un incremento de los procesos de discriminación y marginación social. No obstante, los límites del significado del discurso del odio son tan difusos que, en ocasiones, pueden entrar en conflicto con el derecho fundamental de libertad de expresión. En España la problemática se focaliza en la interpretación teórica y jurisprudencial del artículo 510 del Código penal, relativo a la incitación al odio. En este trabajo se pretende abordar tales cuestiones desde la perspectiva desde las ciencias del Derecho penal y la Criminología.

Palabras clave: *delitos de odio, discurso del odio, discriminación, intolerancia, libertad de expresión.*

ABSTRACT

The concept of hate crimes does not have a univocal interpretation in criminal doctrine. Despite the opacity of its meaning, crimes committed through the so-called hate speech are a concern at European level. It is ensured that the growth of these illicit acts

motivated by intolerance implies an increase in the processes of discrimination and social marginalization. However, the limits of the meaning of hate speech are so diffuse that can sometimes conflict with the fundamental right of freedom of expression. In Spain, the problem focuses on the theoretical and jurisprudential interpretation of Article 510 of the Criminal Code, relating to the incitement to hatred. This paper aims to address such issues from the perspective of Criminal Law and Criminology.

Key words: *Hate crimes, hate speech, discrimination, intolerance, freedom of expression.*

SUMARIO: I. Introducción: entre el alarmismo social y la estadística criminal.–II. Crítica a los conceptos de «delito de odio» y «discurso del odio». la importancia de su adecuada conceptualización como límites a la libertad de expresión.–III. El Derecho penal y los «delitos de odio» ¿conflicto con la libertad de expresión?–IV. La incitación al odio, la hostilidad, la discriminación y la violencia por motivos de intolerancia: artículo 510 CP.

I. INTRODUCCIÓN: ENTRE EL ALARMISMO SOCIAL Y LA ESTADÍSTICA

Existe cierto consenso en afirmar que los crímenes de odio se han incrementado por toda Europa; en concreto, en España habrían sufrido una escalada sin precedentes. Así, se ha llegado a escribir, si bien con ciertos matices (1), que «en los últimos años el racismo y la intolerancia criminal han crecido en casi todos los países de Europa y también en España. Reiteradamente se señala que inciden factores sociológicos como la presencia de inmigrantes, la diversidad religiosa, los anta-

(1) A reglón seguido, el autor citado en la nota subsiguiente expone que «sin entrar en la fuerte carga de intolerancia de muchas de estas explicaciones que no reconocen el alto nivel de convivencia, armonía e integración real, social y democrático de la diversidad de colectivos presentes en el continente, lo que llama poderosamente la atención es el ocultamiento del crimen de odio y del sufrimiento de las víctimas, su victimización continuada y el exiguo reconocimiento de sus derechos». Por ello, debe entenderse que, lejos de exponer una realidad empírica y estadística, sus palabras pretenden evidenciar la elevada cifra negra de esta clase de delitos y ponen su acento en la escasa repercusión institucional hacia las víctimas. Ciertamente, no puede tomarse por una afirmación tajante exenta de matices. Podríamos hablar de aumento de la intolerancia más allá (o, al margen) de las cifras de delincuencia; por ejemplo, en términos políticos sobre el auge de partidos denominados de «ultra derecha» con programas anti-inmigración.

gonismos culturales y otros por el estilo» (2). No obstante, no podemos confundir el fenómeno de la discriminación y la intolerancia –de amplias dimensionales sociales, culturales, económicas y políticas– con el particular fenómeno criminológico de los delitos de odio.

El punto 23 del *Memorandum* explicativo de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia *ECRI General Policy Recommendation* n.º 15 on *combating hate speech* llega a indicar que «no se sabe cuál es el alcance del discurso de odio, aunque parece, tal y como refleja la Recomendación, que se está convirtiendo en algo habitual». Posteriormente, en el mismo documento (puntos 76 y ss.), se indica que «a veces se tiene la impresión, o se llega a la conclusión, de que este fenómeno está aumentando, pero todavía no está claro cuál es el verdadero alcance. Esto se debe a distintas consideraciones que se han observado en los ciclos de seguimiento, entre las que destacamos: las diferentes formas en las que se define al discurso de odio (con solo algunas de las características personales o estatus que sirva como base para incluirlo en la definición); la adopción de diferentes enfoques para su clasificación por parte de las autoridades; la recogida de datos se limita a los casos en los que el discurso de odio constituye un delito penal; fallos por parte de las instancias responsables de recoger los datos sobre discurso de odio o de denunciarlo ante las autoridades públicas competentes; y, en algunas ocasiones, existe una falta total de recogida de datos o un fallo a la hora de publicar parte o todos los datos compilados».

(2) IBARRA, E.: «Víctimas y Seguridad ante los Crímenes de Odio», en *Cuadernos de Análisis*, núm. 46, 2013, p. 5. No obstante, existen algunas evidencias empíricas que no pueden ser orilladas: GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: «La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso del odio en España», en *InDret*, 1/2015, p. 10, expone datos sobre el la presencia de grupos neonazis y bandas violentas de jóvenes en nuestro país, superior a la media europea (ECRI: Cuarto informe sobre España. Consejo de Europa, 2011, punto 119), así como su presencia y manifestación en el ámbito del deporte (ECRI, 2011: punto 109). Un estudio sobre la evolución de los delitos de odio en España ha sido desarrollado por LÓPEZ ORTEGA, A. I.: «Análisis y evolución de los delitos de odio en España (2011-2015)», en *Revista Extremeña de Ciencias Sociales «ALMENARA»*, núm. 9, 2017, p. 65, quien expone en sus conclusiones que «el análisis de las cifras de los delitos de odio en España han proyectado un escenario preocupante. Se han registrado 1.285 delitos de odio durante 2015, casi un 10% más que en el año anterior y un 92,84% más que desde 2011». Por su parte, TAPIA BALLESTEROS, P.: «Artículo 510», en GÓMEZ TOMILLO, M. y JAVATO MARTÍN, J. M. (Dir.): *Comentarios prácticos al Código penal*. Tomo VI. Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 183, indica que el precepto tiene su fundamento en «la creciente ola de acontecimientos racistas y xenófobos que en nuestro país se produjeron en la época de los 90».

Ciertamente, si observamos las estadísticas aportadas por el Ministerio del Interior (3) sobre esta clase de hechos delictivos comprobaremos que, en efecto, se aprecia un aumento progresivo de las infracciones que tienen su fundamento en la intolerancia y la discriminación (4). Sin embargo, detrás de los números no se pueden ocultar otras razones para este incremento de corte más político criminal. Por vez primera desde que se inició nuestro periplo democrático el Ministerio del Interior de nuestro país recoge una estadística concreta sobre esta clase de delitos. De hecho, hay quienes –con razón– han denunciado la falta de una estadística completa a nivel nacional (5) y supranacional, aunque los datos sean incompletos y solamente aporten una visión macroscópica del fenómeno.

Por otra parte, siempre podemos dudar de la fiabilidad y alcance de las estadísticas (6). En primer lugar, es muy probable que la cifra

(3) MINISTERIO DEL INTERIOR: Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España 2013 y MINISTERIO DEL INTERIOR: Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España 2015.

(4) Así, según los datos analizados, se habrían cometido un total de 1.285 de delitos de odio (detenciones) durante el 2015, casi un 10% más que en el año anterior y un 92,84% más que desde 2011. Las Comunidades Autónomas de Andalucía, Cataluña, Comunidad Valenciana, País Vasco y Comunidad de Madrid son las que registran un mayor número de delitos de odio en 2015, representando el 67% del total de los hechos cometidos en el conjunto estatal. En los dos últimos años reflejados por los datos del Ministerio del Interior el número de delitos aumenta en prácticamente todas las Comunidades Autónomas, excepto retrocesos puntuales en ocho comunidades, como son la de Andalucía, Asturias, Canarias, Castilla La Mancha, Extremadura, Galicia, Madrid y La Rioja. En el resto prácticamente la cifra se incrementa en un 10% o 15%. Curiosamente, sin embargo, son muy pocas las condenas efectivas por el delito tipificado en el artículo 510 CP, uno de los máximos exponentes de los delitos de odio en nuestra legislación penal; al respecto, LANDA GOROSTIZA, J. M.: «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del artículo 510 CP y propuesta «*lege lata*»», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 7, 2012, pp. 299 y ss.

(5) GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, *ob. cit.*, p. 7. La autora citada expone que «en los últimos años, numerosos organismos internacionales tales como la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (en adelante, ECRI por sus siglas en inglés), la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, FRA por sus siglas en inglés) o la Oficina para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (en adelante, ODIHR por sus siglas en inglés) así como organizaciones no gubernamentales como el Movimiento contra la Intolerancia o Amnistía Internacional han señalado de forma reiterada que España es uno de los pocos países de Europa que no registra este tipo de datos de manera sistemática». Desde 2010 tanto el Ministerio del Interior como el Ministerio de Trabajo e Inmigración han comenzado a preocuparse por construir una estadística a nivel nacional sobre «cualquier acto susceptible de ser calificado como racista o xenófobo».

(6) STANGELAND, P., GARCÍA, E. y MÁRQUEZ, M. V.: «Discrepancias entre estadísticas policiales y judiciales», en *Boletín Criminológico*, núm. 2, julio-agosto, 1994; STANGELAND, P.: «La delincuencia en España. Un análisis crítico de las esta-

negra de esta clase de delitos sea muy elevada (7) o, simplemente, su adecuada interpretación y codificación a datos. Pensemos en algunos ejemplos que pueden darse en la vida práctica: a) Un joven afroamericano llega a un centro de salud tras haber sido agredido. Dependiendo de si su situación en España es irregular o no es posible que ni siquiera presente una denuncia sobre lo ocurrido. Aunque este joven denuncie ante la policía los hechos, es muy probable que no asocie la agresión directamente a su condición racial, aunque verdaderamente haya sido así: puede que lo ignore o simplemente que denuncie por el delito de lesiones sin mayores detalles; b) Un miembro del colectivo LGTBI es agredido o increpado exclusivamente por su condición sexual. Temiendo que su inclinación sexual sea revelada a más gente y queriendo legítimamente preservar su intimidad, es posible que ni siquiera denuncie los hechos; c) Por último, imaginemos una pelea entre bandas, una riña mutuamente aceptada o una riña tumultuaria. Los dos frentes están compuestos por un bando *skin head* y por un grupo de *red skin* –tribu urbana compuesta por radicales de izquierdas con una estética muy similar a la de los neo nazis–. Además de los problemas para delimitar ambos bandos por parte de policías no expertos en tribus urbanas y bandas juveniles, nos encontraríamos con un dilema: ¿Estamos ante un delito de odio? Parece claro que la ideología se encuentra metida en medio de la trifulca, aunque la agresión es mutua ¿Y si hablamos de dos bandos de hinchas de equipos de futbol rivales?

Por ello, antes de dejarnos llevar por el alarmismo (8) o por las «modas» neo-retribucionistas de la «pasarela» de las últimas reformas penales, reflexionemos un instante: ¿En los últimos años el número de delitos de odio ha aumentado de modo exagerado realmente? ¿Dónde estaban las estadísticas de esta clase de delitos antes? ¿Es posible que nos encontremos ante una mayor criminalización de conductas que se

dísticas judiciales y policiales», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, 1995; DIEZ RIPOLLÉS, J. L. y CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. (Eds.), *Los problemas de la investigación empírica en criminología: La situación española*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001; AEBI, M. y LINDE, A.: «El Misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-07, 2010; SERRANO GÓMEZ, A.: «Dudosa fiabilidad de las estadísticas policiales sobre criminalidad en España», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, UNED, 3.ª época, núm. 6, 2011.

(7) GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, *ob. cit.*, p. 8.

(8) Como expone acertadamente MARTÍN HERRERA, «cualquier tipo de delito cometido por odio lleva aparejado un mensaje de alarma hacia el resto de miembros de la comunidad a la que pertenece la víctima, intimidando, como si de una pandemia se tratara»; MARTÍN HERRERA, D.: «¿Cuándo el «hate speech» se convierte en «hate crime»? libertad de expresión y derecho internacional según el TEDH», en *Revista de la Facultad*, Vol. V, N.º. 2., 2014, p. 76.

incardinan en el concepto de delitos de odio? ¿Podremos hablar, entonces, de proceso de mayor visibilidad de esta clase de ilícitos en lugar de incremento de las cifras (9)?

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» (10) para anunciar una realidad que ha existido desde el principio de los tiempos (11): procesos de discriminación a determinados sujetos o colectivos sociales por razones ideológicas, sexuales, étnicas, religiosas, etc. Más aún, contemplando de manera panorámica nuestra historia penal, es posible afirmar que se ha producido una inversión en el tratamiento penal del sentimiento de odio: de las normas que justi-

(9) Según la ODIHR, «los países con mecanismos eficaces de recogida de datos muestran normalmente niveles superiores de delitos de odio que los países que no cuentan con sistemas eficaces de recogida de datos»; MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: Legislación sobre los delitos de odio. Guía Práctica. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017. Traducción de OSCE (2009): *Hate Crime Laws A Practical Guide*, p. 12.

(10) Que, según informa BLEICH, E.: «Responding to racist violence in Europe and the United States», en GOODEY, J. & AROMAA, K. (Eds.): *Hate Crime. Papers from the 2006 and 2007 Stockholm Criminology Symposiums*. Helsinki: Criminal Justice Press, 2008, p. 9, data de 1985, siendo el representante John Conyers, Jr. de Michigan el que popularizó el término «crimen de odio» en las audiencias del Congreso.

(11) Incluso el manual del *Bureau of Justice Assistance* (BJA) del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América menciona antecedentes históricos basados en la persecución de los cristianos en el imperio romano, la solución final a los judíos por los nazis, la limpieza étnica en Bosnia o el genocidio de Ruanda, etc.; BJA: *A Policymaker's Guide to Hate Crimes*. Washington: *Bureau of Justice Assistance*, 1997. IBARRA, ob. cit. p. 8, indica que «aunque la existencia de los delitos de odio es tan antigua como la humanidad, su reconocimiento en el orden jurídico comienza hace pocas décadas». Véase también GOODEY, J.: «Racist Crime in the European Union: Historical Legacies, Knowledge Gaps, and Policy Development», in GOODEY, J. & AROMAA, K. (Eds.): *Hate Crime. Papers from the 2006 and 2007 Stockholm Criminology Symposiums*. Helsinki: Criminal Justice Press, 2008, p. 16. Un atractivo relato de antecedentes históricos de esta clase de delitos en España en DOLZ LAGO, M. J.: «Oído a los delitos de odio: algunas cuestiones claves sobre de la reforma del art. 510 CP por LO 1/2015», Ponencia FGE y publicado en *Diario La Ley*, núm. 8712, 2016. 3 y ss. No obstante, como bien anota DIEZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2012, p. 103, «no puede, obviarse que el hecho de castigar más severamente al autor de un delito atendiendo a su odio y prejuicio hacia un determinado colectivo es un fenómeno reciente. Recientes son las leyes que los han tipificado y reciente, en definitiva, es el debate que han suscitado dichas leyes». Y es que una cosa son los antecedentes históricos del fenómeno y otra muy diferente su actual conceptualización y discusión jurídica.

ficaban la punición de los «diferentes» –extranjeros, gitanos, judíos, homosexuales, etc.–, a la tipificación de los delitos de odio como bastión de tutela de la diversidad.

Es posible que el incremento de esta clase de hechos delictivos sea real, pero por el momento los datos solamente evidencian que existe una mayor voluntad política de ejercitar su persecución (12) bajo la específica etiqueta de «delitos de odio». Hasta hace aproximadamente una década la nomenclatura de «delitos de odio» no se encontraba en el glosario de términos habituales utilizados por los penalistas. Ello no quiere decir que no existieran crímenes inspirados en la intolerancia o en la discriminación a determinados colectivos. Simple y llanamente carecían de una rúbrica de referencia en el ámbito criminológico, más allá de algunas aproximaciones inexactas tales como: delitos culturalmente condicionados (13), delitos de tendencia, etc.

Afinando aún más, esta clase de procesos o dinámicas delictivas basados en la intolerancia han sido profundamente estudiados en su vertiente sociológica y, en lo que aquí interesa, criminológica. Al respecto, es ya un clásico la obra del sociólogo y criminólogo sueco Thorsten Sellin, *Culture conflict and crime* publicada en 1938, en la que podríamos ver un referente explicativo sobre el fenómeno de los delitos de odio, si bien es necesario reinterpretar su teoría del conflicto cultural para amoldarla al objeto de estudio del presente trabajo: en lugar de tratar de explicar la delincuencia de los inmigrantes a través del conflicto cultural, puede centrar nuestra atención el hecho de que ante la confrontación de dos culturas diferentes, cada una con unas normas y valores de referencia, una de ellas llegue a sufrir un proceso de marginación con respecto a la otra (conflicto cultural externo) (14). En tal situación es posible, como postulaba Sellin, que el individuo proveniente de la cultura extranjera y poco integrado reaccione ante tal proceso de apartamiento cometiendo hechos delictivos; viceversa: también es posible que los miembros de la cultura

(12) Así, desde 2009, año en el que se creó la Fiscalía Provincial de Barcelona el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación se evidencia un mayor interés en la materia. Desde 2013 cada provincia de España cuenta con un fiscal especializado en este ámbito; GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, ob. cit., p. 4.

(13) Que, en realidad, abarcan una serie de hechos delictivos muy diferentes a los delitos de odio, como es el caso de la mutilación genital femenina; 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; DE MAGLIE, C.: «Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales». *Marcial Pons*, Madrid, 2012.

(14) SELLIN, T.: «*Culture Conflict and Crime*», en *American Journal of Sociology*, Vol. 44, núm. 1, 1938, pp. 97-103.

«dominante» se conviertan en los victimarios de los integrantes de este colectivo, motivados por la intolerancia ante culturas extranjeras. Son las dos caras de la misma moneda del conflicto cultural.

Ahora bien, dejando a un lado los planteamientos etiológicos, conviene acercarse al fenómeno de los delitos de odio desde una perspectiva normativa y de práctica judicial. Para ello, deberemos salvar un primer, obstáculo importante: ¿A qué nos referimos exactamente con la expresión «delitos de odio»? La delimitación y alcance del concepto será especialmente importante en la práctica pues, como he tenido oportunidad de indicar *supra*, es posible que la actual visibilidad de esta clase de hechos delictivos esté infra o sobredimensionada en las estadísticas oficiales. Por otra parte, la definición concreta del término podrá arrojar algo de luz sobre la tipificación y alcance de los elementos de los delitos de odio, de modo que pueda estudiarse su correcta aplicación sin extralimitar los principios del *Ius puniendi* en situaciones de conflicto con derechos fundamentales, como es el caso de la libertad de expresión, a la que dedicaré gran parte del análisis subsiguiente.

II. CRÍTICA A LOS CONCEPTOS DE «DELITO DE ODIO» Y «DISCURSO DEL ODIO». LA IMPORTANCIA DE SU ADECUADA CONCEPTUALIZACIÓN COMO LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Aunque me he referido en el apartado anterior de manera indistinta a «crímenes de odio» (15) y «delitos de odio» –y los utilizaré en lo sucesivo como nomenclaturas análogas para evitar enojosas reiteraciones en el texto–, hay que indicar que no existe un consenso terminológico ni conceptual acerca de esta clase de ilícitos (16). En este caso, nuestra lengua ejerce cierta función simplificadora, siendo la nomenclatura más usual la de delito de odio sin mayores concreciones

(15) Sobre la diferencia entre la expresión «crímenes de odio» y «crímenes odiosos», DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, p. 56 y ss. Sintetizando bastante, la diferencia fundamental estriba en que en los segundos el odio no es resentido por el delincuente como elemento inspirador de su conducta, sino por la comunidad al considerar odioso que se cometan ciertos crímenes.

(16) GOODEY, J.: «Introduction», in GOODEY, J. & AROMAA, K. (Eds.): *Hate Crime. Papers from the 2006 and 2007 Stockholm Criminology Symposiums*. Helsinki: Criminal Justice Press, 2008, p. 5; MARTÍN HERRERA, D.: *¿Cuándo el «hate speech» se convierte...*, *ob. cit.*, 75; GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, *ob. cit.*, p. 4.

–aunque, como trataré de exponer a continuación, tal vez no sea la más técnicamente correcta–. No obstante, en otros países de nuestro entorno existen importantes diferencias entre el mero «delito» y el «crimen» (17) (*crime* o *felony* de mayor intensidad), por lo que es posible que la denominación de «crímenes de odio» pudiera referirse en nuestro idioma exclusivamente a los delitos de genocidio y lesa humanidad, por su mayor gravedad.

En cualquier caso, será necesario tratar de dilucidar qué se encuentra detrás de estas expresiones. En definitiva, a qué nos referimos en la Ciencia del Derecho penal con un concepto tan valorativo, abstracto y amplio como el de «delito de odio». La semántica no nos aclara demasiado la cuestión cuando define «odio» como: «*antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea*» (18).

En este aspecto, como bien ha indicado Fuentes Osorio, el término odio supera la mera función descriptiva de una clase de delitos y se convierte en un criterio autorreferencial («odio como delito») de manera que se utiliza para justificar la actuación punitiva por los «efectos sociales negativos del odio» mediante tipos que se consuman materialmente con actos que son una supuesta manifestación de ese odio (19). Este modo de legislar parece contrario a la necesidad de que los tipos penales encuentren su justificación en la exteriorización de conductas y, sobre todo, al principio de certeza que debe informar a las leyes penales.

Sin embargo, esta tautología es el argumento esgrimido por el TS en sus recientes sentencias para definir el alcance del artículo 510 CP, entendiendo que el elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la «expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del «discurso del odio», que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo. El tipo penal

(17) Al respecto, IBARRA, *ob. cit.*, p. 8, indica que «en España el término “crímenes de odio” referencia habitualmente los delitos más graves, en especial lesiones muy graves, homicidios y asesinatos».

(18) Diccionario RAE, 23.ª Ed., Voz «odio». Sobre la etimología de los delitos de odio, DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, p. 47 y ss.

(19) FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, p. 2.

requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad» (20).

Parece claro que el concepto lingüístico de odio va más allá de los límites impuestos constitucionalmente al Derecho penal. Además, desde los clásicos italianos y alemanes de los siglos XVIII y XIX, se ha argumentado que, como ordenamiento sancionador de *ultima ratio* basado en el principio de culpabilidad, no es posible el castigo por los meros pensamientos, deseos, aversiones o antipatías. Por tanto, debemos convenir que el concepto de odio en esta clase de ilícitos es de corte normativo (21). No le interesa al Derecho penal –o, al menos, no debería– cuando no se transluce en hechos o supone una quiebra o puesta en peligro alguno del bien jurídico protegido. No se puede castigar penalmente el pensamiento, la ideología o simplemente la forma de ser de un sujeto.

Por ello, cuando se escuchan voces –fundamentalmente desde el sector periodístico (22)– que denominan esta clase de hechos como

(20) STS 72/2018, de 9 de febrero. Se adhieren a esta interpretación la SAN 6/2018, de 1 de marzo; absuelve, sin embargo, la SAN 11/2018, de 15 de marzo.

(21) Y muy difuso. De hecho, la 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, trató de delimitar normativamente su contenido, indicando que «el concepto de «odio» se refiere al odio basado en la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico».

(22) Así, además de múltiples artículos de prensa actuales que contienen esta expresión, podemos encontrarla en el título de alguna obra como el libro «La nueva Inquisición: la represión moderna y los delitos de opinión», escrito por JOAQUÍN BOCHACA, publicado en la editorial Ojeda en 2007, o «El disidente. Pedro Varela, el hereje: delitos de opinión en España: la represión de los proscritos, dogmas del siglo XXI», de MARÍA ANGELO, publicado por la misma editorial en 2015. Precisamente, la editorial Ojeda estuvo implicada en un supuesto de delito de odio por apología del nazismo. También utiliza la expresión, a modo de crítica del antiguo artículo 607.2 CP, BENLLOCH PETIT, G.: «El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 54, 2001, p. 199 y también BERNAL DEL CASTILLO, J.: «La justificación y enaltecimiento del genocidio en la Reforma del Código Penal de 2015», en *Indret*, núm. 2/2016; MIRA BENAVENT, J.: «Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo», en PORTILLA CONTRERAS, G. y PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.): «Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal». *Ratio Legis*, Salamanca, 2016, p. 105. No obstante, la doctrina penal de otros países también ha utilizado la expresión «delitos de opinión»; véase, a modo de ejemplo,

«delitos de opinión» considero oportuno elevar una crítica sobre el rigor conceptual de esta tipología: no pueden existir delitos de opinión en un Derecho penal del hecho como el nuestro. No puede criminalizarse la opinión en un Estado social democrático y de Derecho. El Derecho penal moderno, inspirado en el principio de mínima intervención y exclusiva protección de bienes jurídicos, no puede vencer de esta manera tan burda el pulso a la libertad de expresión. Por supuesto, debe entenderse el gancho mediático de la expresión coloquial «delito de opinión» para definir una realidad criminológica de manera simplista. Tal es el caso de la supuesta comisión de un delito de odio a través de los modernos medios de comunicación telemática en los que habitualmente se vierten, de manera más o menos prudente, las opiniones de los usuarios. En estos supuestos, a los que me referiré a lo largo de este trabajo, el conflicto con el derecho a la libertad de expresión es especialmente intenso. No obstante, el Derecho penal debe apartar el foco del concepto de «opinión» de la discusión técnico-jurídica en esta clase de supuestos. La opinión del autor en sí misma es irrelevante para el Derecho penal, puesto que cualquier adscripción ideológica –incluso las más execrables e irritantes– quedaría amparada en el ejercicio legítimo de los derechos consagrados en los arts. 16.1 (libertad ideológica y religiosa), 20.1 (a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción) y 20.2 (el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa) de nuestra Constitución. Asimismo, tendría el respaldo del artículo 10 CEDH a nivel supranacional.

La opinión o ideología *per se* detrás del mensaje, por tanto, no puede ser el objeto de sanción para el Derecho penal. Puede ser considerada una motivación, el *leitmotiv* que subyace al hecho delictivo y, además, uno especialmente vil y reprochable que aumente la antijuridicidad material de un acto criminal. Tal inflamación del injusto por razón de la conducta podrá añadirse al castigo del hecho, pero no será lo que defina el hecho delictivo (23). En consecuencia, todo apunta paradójicamente a que debe buscarse el núcleo conceptual de los delitos de odio fuera de la propia definición de odio que, a lo sumo, podrá

FERNÁNDEZ, L.: *El delito de Opinión Pública. Censura, ideología y libertad de expresión*. Santo Domingo: Ed. Fundación Global Democracia y Desarrollo, 2011.

(23) En este sentido ALONSO ÁLAMO, M.: «Sentimientos y Derecho Penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 106, pp. 49-50, defiende la introducción del término odio en los tipos penales «en la medida en que conceden al juzgador un amplio margen de arbitrio y posibilitan la realización de la justicia material del caso concreto».

ser considerada la motivación del delito o parte del injusto. Y ello, además, en la inteligencia de que, 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. Muchos delitos motivados por el odio no se clasifican como delitos de odio. (...) Al contrario, un delito en el que el autor no sienta «odio» hacia la víctima puede ser considerado un delito de odio. El odio es un estado emocional específico e intenso, que puede no describir adecuadamente la mayoría de los delitos de odio» (24).

Por estas razones, algunos autores han tratado de buscar un sentido más acotado de la expresión «delitos de odio» desde una perspectiva semántica. Así, Fuentes Osorio desarrolla el concepto de «odio» en su dimensión lingüística atendiendo a tres elementos relevantes: «un sentimiento aversivo del autor sobre un sujeto/s, el deseo de que sufra un daño, una indeterminación: del motivo de la aversión, del daño y su alcance, del sujeto afectado» (25). El autor precitado llega a la conclusión de que «odio» para el Derecho penal equivale a «aversión discriminatoria». Aunque, como trataré de exponer a continuación, esta terminología es acertada, lo cierto es que algunos autores ya han diferenciado entre los delitos de discriminación y los delitos de odio. En efecto, este modo de entender el «odio» es más concreto, puesto que introduce un elemento subjetivo («aversión») conjuntamente con la exclusión a la que se somete al colectivo.

Tal vez con mayor propiedad podemos hablar de «delitos de expresión», en los cuales lo que cuenta verdaderamente es el hecho de emitir determinados discursos que vulneran un bien jurídico protegido (dignidad, honor, etc.). Ciertamente, como ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), «el odio no requiere un determinado acto de violencia o acto criminal» (26), pudiendo cometerse a través del lenguaje. Así, ya advierte la STS 846/2015, de 30 de diciembre, 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

(24) MINISTERIO DEL INTERIOR, 2017: 22. Al respecto, también DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, p. 47.

(25) FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, pp. 3 y ss.

(26) STEDH de 16 de julio de 2009, Féret vs. Bélgica. Un análisis de esta sentencia en ALCÁCER GUIRAO, R.: «Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes», en *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>

ponderación que no admite respuestas simplistas». Por este motivo, expone la resolución transcrita, el debate ha de llevarse a cabo en concreto –examen del caso– y no en abstracto –discusión a nivel de principios–, esto es, el Tribunal debe comprobar si el acusado ha respetado las limitaciones marcadas por el Código Penal.

No obstante, esta última acepción estaría en lo cierto si los delitos de odio se circunscribieran exclusivamente al denominado «discurso del odio», del que hablaré más adelante. Esto es, si se tratara exclusivamente de ilícitos de riesgo en los que es innecesario un resultado lesivo sobre la integridad física y psíquica de las víctimas. Pese a que, actualmente, existe una tendencia a identificar el concepto de crímenes de odio con el de discurso del odio, los delitos tendenciales motivados por procesos de discriminación e intolerancia han tenido una rancia tradición en el Derecho penal contemporáneo: genocidio, delitos de lesa humanidad, delitos contra la integridad moral, etc. Por otra parte, pensemos que nuestra legislación penal vigente mantiene en su artículo 22.4 del Código penal (en adelante, CP) una agravante genérica que agravará los delitos motivados por la intolerancia y la discriminación. Ello supone que, en la práctica, casi cualquier delito contra las personas es susceptible de convertirse en un delito de odio si se aplica tal cualificación (27). Ahora bien, el *quid* de la cuestión se encontrará en los requisitos de aplicación de la misma.

Debemos convenir, en suma, que lo característico de esta clase de delitos no es solamente el sentimiento de odio en sí en el que están inspirados o, al menos, éste no es *–no debería ser e, incluso, no puede ser* si hablamos de un Derecho penal de un Estado social democrático y de Derecho limitado por el principio de culpabilidad– el fundamento de su construcción conceptual y de su punibilidad. Tampoco parece ser absolutamente determinante el modo concreto de comisión: existen delitos de odio de expresión y de resultado, siempre que estén motivados por la intolerancia o la discriminación. Esta afirmación nos lleva a una tercera conclusión: no existe un único delito de odio. Los crímenes de odio son plurales y, además, mantienen un carácter muy heterogéneo.

Frente a estas críticas, el Fiscal Dolz Lago, admitiendo que no pueden penalizarse los sentimientos, argumenta que «no puede desconocerse que las conductas típicas penales son descripciones de conductas humanas y que estas se inspiran, básicamente, en la condición humana, es decir, también en los sentimientos humanos, entre los que

(27) SALINERO ECHEVARRÍA, S.: «La nueva agravante penal de discriminación. Los “delitos de odio”», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XLI, 2013, p. 287.

se encuentran aquellos que son destructivos, como el odio» (28). El autor realiza de este modo una loable crítica a lo que denomina «discurso del odio contra los delitos de odio», planteando lo innoble del sentimiento que inspira estos delitos y, a la postre, preguntándose si en las sociedades democráticas «son admisibles penalmente conductas que dinamitan su orden social so pretexto del ejercicio de las libertades en las que se basan esas democracias. En definitiva, –en conocida frase– si pueden tener libertad los enemigos de la libertad».

En efecto, esta clase de hechos delictivos se encuentran inspirados en el sentimiento de odio, pero esta no es más que una de sus características –de hecho, como he indicado *supra*, no la más importante a efectos penales–. Respecto al grado de permisividad con la libertad de los enemigos de la libertad, si bien cabe establecer unos férreos límites insoslayables en los que no opera la libertad de expresión, puede decirse que precisamente la calidad y fundamento de las sociedades democráticas se definen por no posicionarse junto a los enemigos de la libertad, pero dejarles expresarse dentro de esos márgenes. Aplicando el axioma de E. Beatrice Hall tantas veces atribuido a Voltaire (29), una sociedad democrática debe apartarse de la idiosincrasia de los intolerantes permitiendo cierto grado de intolerancia (30), es decir, haciendo justo lo contrario que ellos harían si se alzarán con el poder.

En la STS 948/2016, de 15 diciembre, se indica que el fundamento de algunos de estos tipos penales (31) se ubica en la interdicción de lo que el TEDH en sus sentencias de 8 de julio de 1999, *Sürek vs Turquía*; y 4 de diciembre de 2003, *Müslüm Gündüz vs Turquía* y, tam-

(28) DOLZ LAGO, M. J.: *Oído a los delitos...*, *ob. cit.*, p. 7.

(29) La famosa frase «No comparto lo que dices, pero defenderé hasta la muerte tu derecho a decirlo».

(30) En este sentido, se ha indicado que aunque el «modelo democrático de sociedad vendría a imponer en el ciudadano un cierto deber de tolerancia frente a mensajes ofensivos e incluso antidemocráticos, tal deber no es en absoluto ilimitado»; AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al.: *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2015, pp. 231 y 232. El límite se encuentra en la efectiva lesión de bienes jurídicos protegidos y, según los autores citados, «los tres principales límites del deber de tolerancia a discursos ofensivos son, según el Tribunal Constitucional: – Respeto por la igualdad (art. 1.1 CE) y la dignidad humana (art. 10.1 CE). – Innecesariedad de la ofensa para la exposición de las opiniones que pretenden defenderse. – Incitación directa a la violencia contra los destinatarios del mensaje».

(31) La sentencia habla de enaltecimiento y apología del terrorismo, así como de la modalidad de humillación a las víctimas que, por otra parte, son las tipologías delictivas que aglutinan la mayor parte de las condenas y doctrina jurisprudencial sobre los delitos de odio.

bién el Tribunal Constitucional –STC 235/2007, de 7 de noviembre–, califican 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. Porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en el aterrorizamiento colectivo como medio para conseguir esas finalidades.

Si bien se comparten tales afirmaciones, debo ser crítico y mostrar cierto escepticismo sobre el supra-concepto criminológico –puesto que no es estrictamente jurídico (32)–, de «delitos de odio». Como se ha intentado exponer *supra*, el Derecho penal no puede castigar las meras opiniones, ideologías o pensamientos, ni tampoco los sentimientos de odio cuando estos no vulneren o supongan un verdadero peligro para un bien jurídico protegido y se transmuten en hechos. Es por ello que la nomenclatura de «delitos de odio», que engloba una amalgama heterogénea de ilícitos que tienen como mínimo común denominador una determinada motivación delictiva especialmente reprochable dentro del desvalor social de la conducta, no parece formalmente la más correcta. Dado que el Derecho penal no puede castigar el sentimiento de odio de los ciudadanos –todos somos libres de odiar y transmitir nuestras opiniones de desagrado siempre que no se conculquen los derechos y libertades de terceros– la dicción más correcta para esta clase de tipos penales tal vez sería la de *delitos ideológicamente condicionados, motivados por la intolerancia* (33) o,

(32) Como expone la guía de la ODIHR, «el delito de odio no es un delito en particular», «el término “delito de odio” o “delito basado en prejuicios” describe un tipo de delito, más que un delito específico dentro del código penal. (...) El término describe un concepto, más que una definición legal». Se trata, en suma, de un «concepto multidisciplinar»; DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, ob. cit., p. 103. Como expresa FUENTES OSORIO, J. L.: «El odio como delito», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-27, 2017, p. 2 (Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-27.pdf>), se trata de un concepto «muy popular en el contexto criminológico».

(33) Como expone IBARRA, ob. cit., 8, por intolerancia se entiende «toda actitud, comportamiento o forma de expresión que viola o denigra la dignidad y derechos de la persona en base a cualquier característica de identidad o condición del «otro». Implica rechazo a las diferencias entre personas y culturas y viene a suponer un etnocentrismo cerrado, una identidad excluyente y compulsiva. (...) El término «intolerancia» permite sustanciar el concepto «delito de odio» al referir, conforme a la Declaración de Principios de la UNESCO sobre Tolerancia, un concepto holístico que

simplemente, *delitos de discriminación* (34). Asimismo, también se ha indicado que no pueden confundirse ni equipararse los conceptos de discurso del odio (entendido como mensaje de odio) y delito de odio (35), por lo que difícilmente puede considerarse en todo caso al primero como fundamento esencial del segundo. Como advierte la OSCE-ODIHR, «las expresiones por sí solas no son un delito sin el contenido específico prohibido. Por lo tanto, los discursos de odio carecen del primer elemento esencial de los delitos de odio. Si se elimina la motivación o el contenido de prejuicio no existiría delito penal» (36).

Esta equivalencia solamente será cierta en el supuesto de los delitos de odio en su modalidad de «delitos de expresión» (37): amenazas, delitos contra la integridad moral, enaltecimiento y humillación de las víctimas del terrorismo, apología, etc. Al respecto, recordaba Estebán Ibarra que la «semiótica de la intolerancia» es una dimensión polié-

designa la negación del respeto y el aprecio de la diversidad humana y en consecuencia: la dignidad de la persona (valor en sí).

(34) LAURENZO COPELLO, P.: «La discriminación en el Código Penal de 1995», en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 19, 1996, pp. 228-230.

(35) Como expone el *Memorándum* explicativo de la *ECRI General Policy Recommendation N.º 15 on combating hate speech*, 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». No obstante, continua diciendo el texto citado «sin embargo, cuando el discurso de odio toma la forma de una conducta que sea en sí misma un delito penal, como el abuso, el acoso o el descrédito, también se puede considerar un delito de odio». Considero que la expresión utilizada no es la más acertada, puesto que en este caso ya no hablamos en puridad de *discurso* del odio, sino de mera intolerancia, clima de odio o, simplemente, de una motivación subjetiva basada en la intolerancia o la discriminación. Ciertamente, el término discurso tiene múltiples acepciones entre las que se encuentra la «facultad racional con que se infieren unas cosas de otras», «reflexión, raciocinio sobre antecedentes o principios» o, incluso, «doctrina, ideología, tesis o punto de vista». Empero, la definición de la ECRI es taxativa: discurso de odio se refiere a modalidades de «expresión». Un delito de odio puede ser simplemente una conducta típica y antijurídica recogida en la ley penal cometida por motivos de intolerancia o discriminación, sin que medie discurso o expresión alguna. En este sentido, hay que darle la razón a REY MARTÍNEZ, F.: «Discurso del odio y racismo líquido», en REVENGA SÁNCHEZ, M. (Dir.): *Libertad de expresión y discursos del odio*. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, 2015, cuando afirma que «es un error que se interprete el concepto de discurso de odio a partir del concepto de delitos de odio». En un sentido similar, FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, p. 44.

(36) MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Legislación...*, *ob. cit.*, p. 35.

(37) El discurso del odio comprende varias formas de expresión que suelen ir vinculadas a determinada clase de delitos de odio; DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, p. 67.

drica, esto es, una realidad compleja, de la que el discurso del odio es tan solo uno de sus «detritus» (38).

Sobre la primera de las cuestiones expuestas –que el odio no puede ser castigado sin más por el Derecho penal– se hace eco nuestra reciente jurisprudencia. Señala la STS 4/2017, de 18 de enero que una de las cuestiones que dificultan la interpretación del artículo 578 CP (lo que es perfectamente aplicable también al art. 510 CP) es, precisamente, la «equivoca» locución «discurso del odio». Expone el TS 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. (...) Tampoco ayuda a la labor exegética la extendida invocación de los nocivos efectos del discurso del odio como razón justificadora de su punición. De nuevo hemos de apartarnos de la tentación de construir el juicio de tipicidad trazando una convencional y artificiosa línea entre el discurso del odio y la ética del discurso. El Derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia». Ergo, si el ciudadano tiene derecho a odiar y no puede ser castigado por ello, también tendrá derecho a expresar ese odio, al menos, dentro de unos límites determinados y al margen de que sea indeseable tal actitud.

El órgano colegiado se muestra también crítico con el concepto de «discurso del odio» de acuñación europea anteriormente expuesto, al indicar que «por si fuera poco, el vocablo discurso, incluso en su simple acepción gramatical, evoca un acto racional de comunicación cuya punición no debería hacerse depender del sentimiento que anima a quien lo pronuncia. Tampoco puede afirmarse un único significado a una locución –discurso del odio– cuyo contenido está directamente condicionado por la experiencia histórica de cada Estado. El discurso del odio puede analizarse en relación con problemas étnicos, religiosos, sexuales o ligados a la utilización del terrorismo como instrumento para la consecución de fines políticos». Debo estar de acuerdo con la crítica realizada por el Alto Tribunal, siendo los constructos

(38) 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.

lingüísticos «mensaje de odio» y «lenguaje del odio» (39) formulaciones tal vez más correctas cuando se habla de delitos de expresión motivados por la intolerancia.

En España también se ha mostrado crítico con la expresión «discurso del odio» Alcácer Guirao, quien la tacha de «extremadamente vaga y ajena al ámbito de la argumentación jurídica, en un tabú irracional, así como en un cómodo expediente para no indagar en las diferencias de cada caso concreto y, lo que es más grave, para excluir de la discusión pública toda opinión que pueda resultar hiriente, chocante, ofensiva o «incorrecta» para una mayoría». Ello es así, continua exponiendo el autor citado, «porque 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» (40). Tal vez por esta imprecisión, Landa Gorostiza advierte que «cómo deba entenderse tal discurso depende, por tanto, de una labor fundamentalmente de inducción a partir de los casos que se van resolviendo y, por ello, es probable que no podamos hablar de uno sino, más bien, de un conjunto de discursos del odio con solapamientos que agrupan como elemento común un determinado patrón de supuestos» (41).

En la búsqueda de una definición más afinada, acudimos a la Recomendación 97(20) sobre el discurso del odio del Comité de Ministros del Consejo de Europa (42) 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». En su principio 4 otorga al discurso

(39) STC 176/1995, de 11 de diciembre.

(40) ALCÁCER GUIRAO, R.: *Discurso del odio y discurso político...*, *ob. cit.*, p. 02:12 y 02:13. En realidad, como expone WEBER, A.: *Manual on hate speech*. Estrasburgo: Council of Europe Publishing, 2009, pp. 3 y ss., el TEDH no ha llegado a dar una definición concisa de esta expresión, si bien se adhiere a la normativa europea sobre la materia.

(41) LANDA GOROSTIZA, J. M.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*, pp. 331 y 332.

(42) Adoptada por el Comité de Ministros el 30 de octubre de 1997, en la 607.^a sesión de los Diputados de los Ministros. Al respecto, MARTÍN SÁNCHEZ, I.: *El discurso del odio en el ámbito del Consejo de Europa*, en GARCÍA GARCÍA, R. y DOCAL GIL, D. (Dirs.): *Grupos de odio y violencias sociales*. Madrid: Dykinson, 2012, pp. 235-262.

del odio una finalidad concreta: «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».

Como indica Güerri Ferrández, esta definición del término, pese a ser tachada por algunos autores como «un tanto forzada» (43), ha gozado de aceptación y ha sido adoptada tanto por el TEDH como por nuestros tribunales nacionales. Se trata, además, concepto autónomo, ya que no se encuentra vinculado por la clasificación al respecto que realizan los tribunales internos (44). Asimismo, en su Principio 1, la Recomendación impone a los gobiernos de los Estados miembros, las autoridades públicas y las instituciones públicas a nivel nacional, regional y local, así como los funcionarios, «la responsabilidad especial de abstenerse de declaraciones, en particular a los medios de comunicación, que razonablemente pueden entenderse como discurso de odio, o como discurso susceptible de producir el efecto de legitimar, difundir o promover el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de discriminación u odio basado en la intolerancia. Dichas declaraciones deben ser prohibidas y públicamente rechazadas siempre que ocurran».

Aunque entiendo la preocupación de las instituciones europeas por la proclamación de esta clase de mensajes de intolerancia, considero que en su segundo punto es excesivamente escurridiza y rayana en la censura. Me explico: es perfectamente razonable exhortar a los poderes públicos –en sus diferentes niveles– a inhibirse del pronunciamiento del discurso del odio cuando este se define como una expresión que promueva o justifique la violencia o la discriminación contra determinados sectores de la población. No obstante, cuando se amplía esta responsabilidad a aquellos discursos que «razonablemente puedan entenderse como discurso del odio», porque puedan promover tal sentimiento, se está dando un paso de gigante. En primer lugar, no se acota el concepto de discurso del odio y, en segundo lugar, se mezclan los conceptos de promoción e incitación al odio (que se equipara aquí a agresión), a la violencia e intimidación contra un determinado colectivo, cuando no tienen la misma significación. El Derecho penal garantista difícilmente podrá seguir tal estela.

(43) DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, p. 66.

(44) 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», en *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 30, 2015, p. 8; STEDH, Asunto Sürek v. Turkey, (N.º 26682/95), 8 de julio de 1999.

Y es que una cosa es promover o incitar un determinado sentimiento y, otra muy diferente, incitar o promover la violencia, intimidación o discriminación hacia terceros (en definitiva, incitar a destruir sus derechos y libertades) motivada por la intolerancia o el odio (45). Entiendo que lo primero queda amparado por el derecho a la libertad de expresión y el «derecho a odiar» de todos los ciudadanos, aunque merezca un lógico rechazo social; mientras que lo segundo, se interna en sendas más transitadas por el Derecho penal (apología y provocación para delinquir). Además, debemos tener en cuenta que la propia normativa europea es especialmente sensible a las injerencias en el derecho a la libertad de expresión, advirtiendo que «las interferencias con la libertad de expresión estén circunscritas y aplicadas de manera lícita y no arbitraria sobre la base de criterios, objetivos» y controladas judicialmente (Principio 3). Esta preocupación queda reforzada para el ámbito penal: «estas autoridades deben prestar especial atención al derecho que tiene el sospechoso a la libertad de expresión, dado que la imposición de sanciones penales generalmente constituye una grave injerencia en esa libertad» (Principio 5). En definitiva, aunque el Consejo de Europa mantiene la, en mi opinión, equívoca expresión de «incitación al odio», hace ver que deben marcarse unos límites muy estrictos a la hora de sancionar penalmente esta clase de conductas. Básicamente, llega a decir que deben evitarse las condenas automáticas por meras opiniones basadas en la intolerancia. La tarea que nos encomienda es la de «reconciliar en cada caso el respeto a la libertad de expresión con respeto a la dignidad humana y la protección de la reputación o los derechos de otros» (46) (Principio 2).

(45) En esta misma línea se pronunciaba la STS 259/2011, de 12 de abril, cuando indicaba que «la expresión o difusión de ideas violentas no puede ser identificada con la violencia que contienen a efectos de su persecución, que sin embargo se justifica cuando supongan una incitación a hacerla efectiva». Al respecto, con claridad meridiana, ALASTUEY DOBÓN, C.: «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-14, 2016, p. 10. Disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-14.pdf>, quien expone que «el odio no es un hecho ilícito, y mucho menos un delito, sino una emoción humana y, por tanto, la penalización de la provocación al odio supone castigar la incitación al rechazo hacia determinadas personas en razón de su pertenencia a los grupos mencionados en el precepto (...) el castigo a la instigación de un sentimiento choca frontalmente con el derecho a la libertad de expresión».

(46) En la misma línea, la Directiva 2010/13/EU del Parlamento Europeo y del Consejo del 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de ciertas disposiciones previstas en la legislación, reglamento o acciones administrativas en los Estados Miembros sobre la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual), indica que en muchos supuestos no es

La ECRI del Consejo de Europa recogió una serie de recomendaciones y líneas de actuación para evitar el discurso del odio bajo el título de «*ECRI General Policy Recommendation N.º 15 on combating hate speech*» (47) en la que se reconoce que existen distintas formas de definir y entender el discurso de odio en cada uno de los países europeos. Precisamente debido a esta falta de consenso, la Recomendación realiza un loable esfuerzo por aclarar el término que, de manera sintética, engloba las siguientes conductas:

a) *Fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas*, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de «raza», color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales.

b) *Negación, trivialización, justificación o condonación públicas* de los delitos de genocidio, los delitos de lesa humanidad o delitos en caso de conflicto armado cuya comisión haya sido comprobada tras recaer sentencia los tribunales o el enaltecimiento de las personas condenadas por haberlos cometido.

c) *Puede tener por objeto incitar a otras personas a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contras aquellos a quienes van dirigidas, o cabe esperar razonablemente que produzca tal efecto*, y que ello constituye una forma de expresión especialmente grave.

La Recomendación, sin embargo, también establece límites, reconociendo que hay «formas de expresión que ofenden, perturban o trastornan pero que, por sí mismas, no constituyen discurso de odio». Por otra parte, no debemos olvidar que la jurisprudencia del TEDH (48) 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. Así, la Recomendación «excluye de forma explícita de la definición de discurso de odio, cualquier forma de expresión, tales como la sátira o informes o

necesario tomar medidas que entren en contradicción con los principios fundamentales de libertad de asociación y de libertad de expresión.

(47) Adoptada el 8 de diciembre de 2015. Estrasburgo, 21 de marzo de 2016.

(48) 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).

análisis realizados de forma objetiva, que simplemente ofenden, dañan o molestan». Nuestra doctrina constitucional ha mantenido un criterio similar: el que una expresión sea ofensiva no resulta ser razón suficiente para prohibir determinadas expresiones (49).

Los límites de la conceptualización de la ECRI se encuentran más definidos y aparecen más claros para la posible punición del discurso del odio y, por tanto, para la determinación de los delitos de odio en su modalidad de «expresión». Sigue siendo criticable, sin embargo, la ampliación del contenido cuando se indica que quedan incluidas dentro del concepto de discurso del odio todas aquellas conductas que cabe esperar razonablemente que produzcan el efecto de incitar a otras personas a cometer actos de violencia, hostilidad o discriminación por motivos de intolerancia. Aclarando esta cuestión, en los puntos 14 y 15 del *Memorandum* explicativo de la Recomendación, se indica que el elemento de incitación significa que o bien existe una intención clara de cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, o bien existe un riesgo inminente de que tales hechos ocurran como consecuencia de haber utilizado el discurso de odio. Se puede considerar que existe intención de incitar cuando la persona que utiliza el discurso de odio, de forma inequívoca, hace un llamamiento a los demás para que cometan los actos pertinentes o se puede deducir por la contundencia del lenguaje utilizado y otras circunstancias destacables, como la conducta previa del orador. En aras de una interpretación más taxativa, sería preciso advertir que «razonablemente» hace alusión a algo adecuado a la razón, esto es, proporcionado y que nazca de un proceso de discurrimento, pensamiento lógico o juicio de inferencia.

Continúa acertadamente la Recomendación n.º 15 de la ECRI ayudando al intérprete del Derecho a establecer los puntos fundamentales de tales juicios de inferencia (punto 16), atendiendo a las circunstancias específicas en las que se utiliza el discurso de odio (50):

a) El contexto en el que se utiliza la el discurso de odio en cuestión (especialmente si ya existen tensiones graves relacionadas con este discurso en la sociedad);

(49) 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 contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población». Un comentario completo sobre la sentencia en GÓMEZ MARTÍN, V.: «El Derecho penal ante la mentira de Auschwitz», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Tomo 63, 2010, pp. 399 y ss.

(50) Al respecto, también LANDA GOROSTIZA, J. M.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*, pp. 342 y ss.

b) La capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para ejercer influencia sobre los demás (con motivo de ser por ejemplo un líder político, religioso o de una comunidad);

c) La naturaleza y contundencia del lenguaje empleado (si es provocativo y directo, si utiliza información engañosa, difusión de estereotipos negativos y estigmatización, o si es capaz por otros medios de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación);

d) El contexto de los comentarios específicos (si son un hecho aislado o reiterado, o si se puede considerar que se equilibra con otras expresiones pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante el debate);

e) El medio utilizado (si puede o no provocar una respuesta inmediata de la audiencia como en un acto público en directo); y

f) La naturaleza de la audiencia (si tiene o no los medios para o si es propensa o susceptible de mezclarse en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación).

Aunque volveré más adelante sobre la cuestión del elemento tendencial en esta clase de delitos, debe advertirse que no se ajusta a los criterios de inferencia válidos para el Derecho penal el apartado b), puesto que haría alusión a una cualidad estrictamente personal del sujeto activo.

El problema de fondo se encuentra en que, a reglón seguido (punto 17 del *Memorandum* explicativo), la Recomendación advierte que «la intención de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación no es imprescindible para esta forma grave de discurso de odio. Es más, 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 (51), cuando quepa esperar razonablemente que se produzca este efecto» (52). Según se indica en el

(51) En el punto 173 de *Memorandum* explicativo se reitera la posibilidad de cometer esta clase de delitos de odio de manera imprudente.

(52) Lo que contradice abiertamente otras declaraciones de ámbito internacional, como es el caso de lo dispuesto en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, en cuyo artículo 20(2) se indica que «toda apología de odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley» y el artículo 4 del Convenio Internacional sobre la Eliminación de cualquier tipo de discriminación racial, donde se explicita que los Estados parte «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

texto, esta interpretación es coherente con la jurisprudencia del TEDH (53), 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.

De base, el adelantamiento de la punibilidad en estos supuestos, que se convertirían en delitos de peligro abstracto, supone un quebrantamiento de las barreras limitadoras del Derecho penal. Si, además, como se pretende, se prescinde de un elemento subjetivo específico (54) e, incluso, del dolo genérico en esta clase de delitos de expre-

las actividades racistas, incluida su financiación. El artículo 13.5 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos insta a la prohibición de «toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo». Por otro lado, el Informe sobre la Relación entre la Libertad de expresión y la Libertad de religión: legislación y procesamiento por blasfemia, insulto religioso e incitación al odio religioso, CDL-AD (2008)026, 23 de octubre de 2008 (Informe de la Comisión de Venecia) el cual concluye que la incitación al odio, incluido el odio religioso, ha de ser, objeto de sanciones penales y que, a pesar de que «sería adecuado que existiese intencionalidad o imprudencia», advierte que «no es necesario, ni deseable tipificar un delito por insulto religioso, por ejemplo, el simple insulto a los sentimientos religiosos sin el elemento de incitación al odio como componente esencial». Asimismo, la Decisión Marco del Consejo 2008/913/JHA del 28 de noviembre de 2008, sobre la lucha contra ciertas formas y expresiones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal, solicita que la incitación pública a la violencia o el odio dirigida contra un grupo de personas o contra una persona de dicho grupo haciendo referencia a su raza, color, religión, ascendencia u origen étnico o nacional sea punible «cuando dicha conducta sea intencionada». Por otra parte, el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (A/67/357, 7 de septiembre 2012) señala que «el poder judicial debe interpretar y aplicar con cuidado las leyes destinadas a combatir el discurso del odio para no restringir en exceso las formas legítimas de expresión» y «recomienda que solo los casos graves y extremos de incitación al odio, que incluyan los siguientes elementos: la gravedad, la intención, el contenido, el alcance, la posibilidad o probabilidad de que cause daños, la inminencia y el contexto, se tipifiquen como delitos penales». El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en sus informes de revisión de los Estados Partes de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial recomienda que las definiciones en la legislación en contra del «extremismo» se enmienden para garantizar que están redactadas de forma clara y precisa y que cubran solamente los actos de violencia, de incitación a tales actos y la participación en organizaciones que promuevan e inciten a la discriminación racial.

(53) *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.

(54) Así lo expone la STS 72/2018 de 9 de febrero en relación con los artículos 510 y 578 CP, indicando que «respecto a la tipicidad subjetiva, tanto el delito de enaltecimiento como el de incitación al odio, no requieren un dolo específico, siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que ha de ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas. El dolo de estos delitos se rellena con la cons-

sión, llegamos a una expansión punitiva insoportable. Se abren las puertas al castigo indiscriminado de las opiniones ideológicas políticamente incorrectas –pero legítimas conforme a la libertad de expresión, en lo que más adelante identificaremos como dimensión social del discurso del odio– sin que sea necesario que el sujeto que las profiere tenga intención alguna de incitar (ni directa ni indirectamente) a la comisión de un delito.

Albergo serias dudas de que un delito de expresión que se integre en los denominados delitos de odio pueda ser cometido por imprudencia. Puede admitirse, atendiendo a criterios de inferencia como los anteriormente indicados y siempre que se cumplan los requisitos jurisprudencialmente establecidos para su diferenciación con la imprudencia consciente, la modalidad doloso eventual (55) (exigente de un alto nivel de probabilidad de daño (56), pero no su versión imprudente: tal interpretación nos llevaría a castigar un mero exabrupto o exposición ideológica basada en la intolerancia, cuando no existen una elevadas probabilidades de que se produzcan actos de violencia, hostilidad o discriminación por parte de los receptores del discurso del odio (culpa consciente); o, peor aún, en aquellos supuestos en los que el orador ni siquiera sea consciente del peligro potencial que emana de sus palabras (culpa inconsciente). En cualquier

tatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar».

(55) Sin embargo, en el punto 176 del documento citado se indica que hay que prestar especial atención a las consideraciones apropiadas para imponer una sanción penal por un uso determinado del discurso de odio. Estas consideraciones son: a) que exista realmente la intención de incitar a actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación o *quepa esperar que se incite a ellos* y b) saber si existe otra medida menos restrictiva, pero efectiva para combatir el discurso de odio (como la imposición de sanciones civiles o administrativas. Mientras que la segunda de las consideraciones se refiere al principio de mínima intervención, carácter subsidiario y *ultima ratio* del Derecho penal, la primera de ellas nos dirige hacia el dolo eventual y no hacia la imprudencia consciente como se afirma en otros puntos anteriores. Al respecto, *Vid. STEDH M’Bala M’Bala v. Francia* (dec.), no. 25239/13, 20 de octubre de 2015 sobre una flagrante manifestación de odio y antisemitismo disfrazada de producción artística, que se estimó tan peligrosa como un ataque frontal y repentino y por tanto no merecía la protección de artículo 10 del CEDH.

(56) Como expone CUEVA FERNÁNDEZ, R.: «A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011: Discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo ¿Una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del hate speech?», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 2, 2012, p. 105, en su comentario a la STS 259/2011, de 12 de abril, respecto a la incitación «indirecta» a través del discurso del odio, puesto que «en cuanto a la violencia, parece que solo el contexto de la promoción podría aportar el indicador que señalara las probabilidades de su acaecimiento».

caso, en nuestro vigente ordenamiento penal queda excluida la comisión imprudente *ex* artículo 12 CP, al no haberse tipificado expresamente en ninguno de las conductas que podemos considerar como delitos de odio.

En connivencia con lo anteriormente expresado, en la definición de la ECRI cabe interpretar dos dimensiones o modalidades de «discurso del odio»: la *social*, cuando se trate de un mensaje de carácter público o privado (57) que pretenda fomentar, promover o instigar el odio y la intolerancia como sentimientos o ideologías y cuya prevención y reproche debe partir de las instituciones educativas, la responsabilidad social e implicación ciudadana, la autorregulación de las instituciones privadas y públicas, el Derecho civil y administrativo (58), etc.; y la *penal* (59), en aquellos casos en los que el mensaje, difundido públicamente (60), tenga como finalidad concreta incitar a otras personas a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra determinados colectivos (61).

(57) El punto 20 del *Memorándum* explicativo de la Recomendación advierte que «la definición de discurso de odio no se restringe a las expresiones utilizadas en público».

(58) *Vid.* Lehideux y Isorni v. Francia [GC], no. 24662/94, 23 de septiembre de 1998, la cual expone que «teniendo en cuenta la existencia de otros medios de intervención y refutación, especialmente con recursos civiles» (apartado 57), una condena penal es desproporcionada.

(59) De hecho, en el punto 17 del *Memorándum* explicativo se alude al Plan de Acción de Rabat donde ya se indican las distintas circunstancias que son importantes para realizar la evaluación del riesgo y considerar el discurso de odio delito penal. En el punto 60 del *Memorándum* se insta a penalizar solamente determinadas formas del discurso del odio. Al respecto, también *Vid. General Policy Recommendation* N.º 7, sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial.

(60) A diferencia de la anterior modalidad, la característica de que el mensaje de odio sea público se predica exclusivamente del hecho delictivo. Así lo indica el punto 20 del *Memorándum*, cuando advierte que «la existencia de un contexto público es un requisito esencial cuando se recomienda que se impongan sanciones penales en supuestos de discurso de odio porque el hecho de que se realicen en ámbito público afecta al grado del alcance de la intromisión en el derecho de libertad de expresión. Se considerará que una expresión se ha utilizado en público cuando se ha producido en un espacio físico o por comunicación electrónica al que tiene acceso el público en general».

(61) Con anterioridad, el apartado 18 de la *General Policy Recommendation* N.º 7 ya indicaba que «la legislación debería penalizar los siguientes actos cuando se comenten con intencionalidad: a) incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación, b) insultos en público y difamación o c) amenazas contra una persona o una categoría de personas por motivo de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico».

En la misma línea interpretativa se encuentra el Plan de Acción de Rabat (62) que, dentro del concepto de discurso de odio, recomienda que se haga una distinción clara entre la *expresión constitutiva de delito penal*, la *expresión que no es penalmente punible*, pero que puede justificar un procedimiento civil o sanciones administrativas y *expresión que no da lugar a sanciones penales o civiles* pero que, aun así, plantea problemas de tolerancia, civismo y respeto a los derechos de los demás. Respecto al discurso del odio existe, por consiguiente, una *prohibición legal pero no penal*, una *prohibición estrictamente penal* y una *parcela de permisividad* amparada en la libertad de expresión.

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». Nótese que el Plan de Acción se refiere a la intención del orador, esto es, a un elemento subjetivo imprescindible para diferenciar la finalidad del mensaje. Aunque no se especifica, todo apunta a que el documento citado alude a un elemento subjetivo específico dentro de la conducta dolosa, lo que entra en contradicción con la posibilidad de cometer esta clase de conductas de manera imprudente introducida por la ECRI.

Con anterioridad, la Recomendación de Política General N.º 7 de la ECRI ya recomendaba que solamente las siguientes conductas fueran consideradas delitos penales: a) incitación pública intencionada a la violencia, al odio o a la discriminación contra una persona o grupo de personas por motivos de raza, color, origen nacional/étnico, ciudadanía, religión o idioma; b) insultos en público y difamación contra una persona o grupo de personas; c) amenazas intencionadas contra el mismo, objetivo; d) la expresión en público, con una intención racista, de una ideología que reivindique la superioridad o que desprecie o denigre a una categoría de personas por motivos, entre otros, de raza, color, origen nacional o étnico, religión o idioma, y e) la negación pública, trivialización, justificación o condonación, con fines racistas, de los crímenes de genocidio, delitos de lesa humanidad y delitos cometidos en periodos de guerra. Todas las conductas expuestas tienen su acomodo en algún delito tipificado en nuestro vigente ordena-

(62) 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.

miento jurídico penal: a) Provocación para delinquir (en la que se requiere, además, un elemento subjetivo); b) Injurias; c) Amenazas; d) Delitos contra la integridad moral y delito de humillación a las víctimas del terrorismo; y, por último, e) Negacionismo y enaltecimiento del genocidio y los crímenes de lesa humanidad que promuevan o favorezcan la violencia, hostilidad, odio y discriminación a determinados colectivos [art. 510.1.c) CP].

Paradójicamente, el nuevo planteamiento de la ECRI rebasa los límites indicados (63) al considerar punible el discurso del odio en su dimensión social, esto es, cuando se realiza de manera imprudente y no existe verdaderamente una intencionalidad de incitar a la comisión de hechos delictivos como los arriba indicados.

Además de todo lo expuesto, la decimoquinta Recomendación de la ECRI ofrece una serie de recomendaciones para delimitar la actuación del *Ius Puniendi* en los supuestos de delito de odio, tratando de que «la recogida de datos sobre discurso de odio no se limite al ámbito de la justicia penal»:

a) *De carácter legislativo*: velar porque se definan claramente los tipos penales y se tenga debidamente en cuenta la necesidad de imponer una sanción penal; procurar que el ámbito de aplicación de los delitos se defina de forma que permita mantenerse al paso de la evolución tecnológica; asegurarse de que la persecución penal de estos actos delictivos se emprende de forma no discriminatoria y no se emplea para reprimir la crítica a las políticas oficiales, la oposición política o las creencias religiosas.

b) *De carácter penológico*: prever sanciones para estos delitos que tengan en cuenta tanto las graves consecuencias de estos actos como la necesidad de proporcionalidad.

c) *De carácter procesal*: disponer de la participación real de las víctimas del discurso de odio en el procedimiento correspondiente; supervisar la eficacia de la investigación de las denuncias y la persecución de los autores, a fin de dotar de eficacia a estas actuaciones;

(63) Más aún, la Recomendación N.º 15 (punto 177 *Memorandum* explicativo) pretende remover algunos de los criterios para delimitar la responsabilidad penal en esta clase de conductas, indicando que «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».

velar por una cooperación/coordiación eficaz entre los cuerpos policiales y la fiscalía; disponer de una formación adecuada y facilitar el intercambio de buenas prácticas por parte de cuerpos encargados de velar por la aplicación de la ley, fiscales y jueces que se ocupan de casos de discurso de odio; y cooperar con otros Estados para atajar la difusión transfronteriza del discurso de odio, sea en soporte físico o electrónico.

Al hilo de estas consideraciones sobre el mensaje del odio en los delitos de expresión, bien podría reflexionarse sobre otra cuestión de máxima relevancia: se habla del discurso del odio, pero en muchas ocasiones se omite que todo discurso necesita de un contexto sociopolítico determinado (64) para cobrar un sentido completo. En otras palabras, se habla del discurso del odio como conducta delictiva, pero no del discurso de odio social derivado de un *contexto o clima de intolerancia* existente en la sociedad occidental actual (65). El mensaje de odio que inspira las conductas aquí estudiadas puede estar basado en un *clima o contexto del odio* generado en ocasiones por las propias instituciones oficiales y apoyado por operadores privados (66). Por ejemplo, a través del ejercicio de políticas sociales, de seguridad ciudadana (67), de inmigración y económicas erráticas, que fomentan la desigualdad, la segregación y la discriminación. 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 perso-

(64) Por ejemplo procesos de colonización, la homogeneidad social y económica que predica la globalización en contraste con la desigualdad social, etc. Al respecto, son interesantes las reflexiones de GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, E., ROMÁN MAESTRE, B. Y GARCÍA SOLÉ, M.: «Sociedad abierta y delitos de odio en la era de la globalización», en *Eguzkilore*, núm. 17, 2003, pp. 121 y ss.

(65) Ciertamente, la mayor parte de las recomendaciones y resoluciones internacionales ponen el acento en la prevención de esta realidad social con anterioridad a su conversión a delito penal. Podemos citar como ejemplo: el artículo 4.c del Convenio Internacional sobre la Eliminación de cualquier tipo de discriminación racial: «No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella».

(66) MARTÍN HERRERA, D.: *¿Cuándo el «hate speech» se convierte...», ob. cit.*, p. 84; quien acertadamente advierte «no solo las expresiones y actos de odio son ejecutados por los intolerantes, y que, *a fortiori*, en múltiples ocasiones son las propias Instituciones las que incitan y ejecutan el odio o hacen un uso indebido de las restricciones impuestas por las propias convenciones».

(67) Como denuncia MARTÍNEZ MUÑOZ respecto a alguna de las previsiones de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, en materia de extranjería; MARTÍNEZ MUÑOZ, C. J.: «Ilícitos penales por racismo y xenofobia: delitos de odio», en *Diario La Ley*, núm. 8716, 2016, p. 1.

nas diferentes a las que niega» (68). Tal clima del odio puede expandirse a los diferentes estratos sociales teniendo su epicentro en estrategias económicas que aumenten la brecha social, el desempleo y la desigualdad laboral en determinados colectivos, políticas de tolerancia cero contra la inmigración, falta de inversión en materia de educación y segregación cultural, etc.

Este clima del odio, de la intolerancia, la discriminación y la desigualdad se genera también desde las instancias gubernamentales en la aplicación de tales políticas, desde los partidos políticos, las escuelas, desde los medios de comunicación, desde los departamentos de Recursos Humanos y Juntas de Dirección de las empresas e, incluso, desde el púlpito de las iglesias. Sin embargo, la mayor parte de las condenas se concentran en una parcela específica del denominado discurso del odio que, no en menos ocasiones, se trata de un mensaje de oposición y crítica radical al fenómeno del clima del odio «institucional». En este sentido, se observa cierta asimetría en la consideración sobre lo que es el discurso del odio en general y, en particular, sobre quién lo pronuncia y quién merece el reproche penal por hacerlo. No han faltado voces que han especulado con la idea de que «una sociedad estable en la que no existan situaciones estructurales de desequilibrio o desigualdad entre distintos colectivos sociales, poseerá mecanismos suficientes para ofrecer resistencia al discurso del odio, por lo que no estaría justificado el recurso a un instrumento de ultima ratio como es la pena» (69). No obstante, este complejo debate lo dejaremos para la Sociología, las Ciencias políticas y otras áreas de conocimiento más autorizadas, como la Criminología, que tienen la misión de fundamentar la legislación penal sobre esta materia.

La doctrina especializada también ha propuesto sus propias definiciones de «discurso del odio», tal vez más orientadas al ámbito penal y, por ello, más acertadas para nuestro objeto de estudio. Así, Cueva Fernández recoge la definición de Sumner identificando el discurso del odio como «cualquier forma de expresión cuyo propósito principal sea el de insultar o denigrar a los miembros de un grupo social identificado por características tales como su raza, etnia, reli-

(68) IBARRA, E.: *Semiótica de la intolerancia...*, *ob. cit.*, p. 6. En similares términos, MARTÍN HERRERA, D.: *¿Cuándo el «hate speech» se convierte...*, *ob. cit.*, p. 78, quien afirma que «no se trata únicamente de un problema de definición legal, sino que además, parece estar anclado en prejuicios histórico-culturales directamente conexiados con la situación social del momento y del lugar».

(69) ALCÁCER GUIRAO, R.: *Discurso del odio y discurso político...*, *ob. cit.*, p. 02:30.

gión u orientación sexual, o para despertar enemistad u hostilidad contra él» (70).

Volviendo a la conceptualización de los delitos de odio –que ya hemos diferenciado del discurso del odio como medio comisivo particular– hay quienes matizan que, lingüísticamente, los términos *odio*, *intolerancia* y *discriminación* no son sinónimas. Así, se afirma que «desde la intolerancia, no solo es posible la discriminación (trato menos favorable), también el delito de odio (agresión criminal) sobre la víctima o sus bienes por el simple hecho de ser miembro de ese colectivo, o ser identificado como tal por su condición social, religiosa, cultural, étnica, orientación sexual o cualquier otra circunstancia diferencial, una violencia protagonizada por unos verdugos que se creen legitimados para proceder a la limpieza «identitaria» recurriendo al crimen» (71). No obstante, nótese que en el caso anterior proponía denominar a esta clase de conductas como «delitos motivados por la discriminación», vocablo en el que también cabe la significación de exclusión y separación. Además de ello, como expone Tapia Ballesteros, el TC ha diferenciado entre los términos discriminación y desigualdad (72), entendiendo la autora por discriminación el trato peyorativo, perjudicial, llevado a cabo a través de una norma jurídica, una medida, o acción, de modo directo o indirecto, por parte de los Poderes Públicos o un particular, con o sin intención, contra una persona perteneciente a un colectivo o minoría caracterizado por una serie de rasgos (73). En mi opinión, tal concepto de discriminación es bastante coincidente con el de intolerancia y se focaliza excesivamente en la relación con el grupo de pertenencia.

(70) SUMNER, L. W.: «*Incitement and the Regulation of Hate Speech in Canada: A Philosophical Analysis*», en HARE, I. & WEINSTEIN, J.: *Extreme Speech and Democracy*. New York: Oxford University Press., 2009, pp. 207 y 208; CUEVA FERNÁNDEZ, R.: *A propósito de la Sentencia...*, *ob. cit.*, p. 100.

(71) IBARRA, 2013, *ob. cit.*, 5; el mismo 2016, *ob. cit.* 10.

(72) STC 128/1987, de 16 de julio.

(73) TAPIA BALLESTEROS, P.: *Artículo 510...*, *ob. cit.*, p. 184. Sobre el concepto de discriminación, BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación en el Derecho penal*. Granada: Comares, 1998 y, más recientemente, 2016, *ob. cit.*, p. 15, donde el autor indica que «si en un principio algunos autores hemos identificado este concepto con los delitos discriminatorios concretos regulados en el CP o con cualquier acto que implique una negación ilegítima de los derechos individuales o colectivos de minorías y de sus miembros, parece que con la nueva reforma el sentido de «discriminación», al menos en el art. 510.1.c), debe comprender también aquellas conductas o tendencias sociales que impiden o dificultan la integración de estas personas o grupos en la sociedad, aunque no impliquen en particular la realización de actos propiamente anti-jurídicos».

Entendiendo que la puntualización es correcta y que en nuestro Derecho penal vigente podemos encontrar delitos de discriminación y de odio de manera separada, tal vez fuere más acertada la terminología de «delitos motivados por la intolerancia», puesto que finalmente lo que translucen esta clase de ilícitos es una absoluta falta de respeto o agresión hacia la individualidad (etnia, inclinación sexual, etc.), las ideas, las creencias o prácticas de los otros cuando son diferentes o se oponen a las propias.

En EE.UU. el FBI promueve el empleo del término «*bias crime*» (74) (crímenes motivados por prejuicio) como alternativa al concepto de delito de odio, para asegurar de este modo la homogeneidad en los informes relacionados con los *hate crime* independientemente del origen del proceso de intolerancia (75). El prejuicio debe materializarse en una conducta delictiva, de modo que pueda inferirse en la exteriorización de la misma (pasando de ser mera opinión a un hecho fáctico). Para Díaz López, «el pretender dotar de mayor importancia a la concurrencia del prejuicio que a la del odio, a la hora de conceptualizar estas conductas, no es cuestión baladí: la existencia de un prejuicio conlleva normalmente la voluntad del autor de conferir un peor trato por razón de la característica (la raza, la orientación sexual, etc.) que está prejuzgando. Si el autor de un crimen de odio actúa necesariamente guiado por su prejuicio, más que por una emoción irrefrenable, significa que ha evaluado la situación» (76).

Por otra parte, la Directiva de la UE sobre derechos de las víctimas reconoce a los afectados por el terrorismo como víctimas «con necesidades especiales» junto a los menores, las de la violencia de género, las de la delincuencia organizada y los delitos motivados por prejuicios racistas o intolerancia. Por tanto, la última nomenclatura tiene cierto respaldo normativo. Sin embargo, aún podría realizarse una crítica a la terminología aquí empleada como «ortodoxa»: su excesiva amplitud respecto al concepto de intolerancia. En efecto, no todos los procesos de intolerancia quedan recogidos dentro del concepto de delitos de odio, puesto que determinadas dinámicas de intolerancia se encuentran socialmente admitidas (77) (por ejemplo, el antifascismo). No obstante, debe entenderse que la amplitud de comportamientos

(74) Sobre esta expresión, DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, ob. cit., pp. 84 y ss.

(75) FBI: *The national Uniform Crime Reporting* (UCR), 1999; MARTÍN HERRERA, D.: *¿Cuándo el «hate speech» se convierte...*, ob. cit., p. 76.

(76) DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, ob. cit., p. 88.

(77) MARTÍN HERRERA, D.: *¿Cuándo el «hate speech» se convierte...*, ob. cit., p. 79.

englobados en los procesos de intolerancia de esta definición deberán pasar los debidos filtros penales, tales como el principio de insignificancia, mínima intervención (78), principio de lesividad, el fin de protección de la norma y la adecuación social del comportamiento, etc.

Entre las nomenclaturas alternativas hay quienes hablan de «delito por prejuicios», referidos a una agresión física o verbal proferida por una persona motivada por prejuicios contra otra debido a una característica particular (79). Así, para algunos autores es el prejuicio que reviste el delito lo que caracteriza el *hate crime*. Boeckmann y Turpin-Petrosino afirman que los delitos de odio son una «expresión desafortunada de estereotipos negativos, prejuicios, discriminación y tensiones entre los grupos» (80). Como expone Martín Herrera, la dificultad reside en delimitar el contenido del prejuicio y su relación con la motivación delictiva (81). De lo contrario, parafraseando a Jacobs & Potter, incurriríamos en el «grave error» de «usar los prejuicios y conducir a los criminales como testigos de las intolerancias de la sociedad o como indicador de la incivilización en las relaciones

(78) En este sentido, pueden tomarse en consideración las palabras de las STS 259/2011, de 12 de abril: «aunque sean siempre frontalmente rechazables, los contenidos negativos de (...) ideas o doctrinas basadas en la discriminación o la marginación de determinados grupos y de sus integrantes como tales, no conducen necesariamente a que la respuesta se configure penalmente en todo caso, debiendo quedar reservada la sanción penal (...) para los ataques más graves, considerando tanto el resultado de lesión como el peligro creado para los bienes jurídicos que se trata de proteger». Asimismo, sobre el principio de insignificancia, en la misma resolución: «la admisión de esta clase de ideas o doctrinas solo se produce, afortunadamente, en círculos muy minoritarios en los que la presencia y respeto por la dignidad de la persona humana resultan inexistentes, encontrando en la generalidad de las personas un claro rechazo, o como mínimo la indiferencia como consecuencia de su absoluta irrelevancia (...) para que el bien jurídico protegido pudiera verse afectado a causa de la difusión de esta clase de ideas o doctrinas, sería preciso que el autor acudiera a medios que no solo facilitarían la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hicieran más intensamente, sino que, además, pudieran, por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover sus sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes».

(79) Así, por ejemplo, los Informes de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) en junio de 2008, y FRA: *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States Part 2 – The Social Situation* (Homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual y de identidad de género en los Estados miembros de la UE. Parte II – La situación social), publicado en marzo de 2009.

(80) BOECKMANN, R. J. & TURPIN-PETROSINO, C. (2002): «Understanding the Harm of Hate Crime», in *Journal of Social Issues*, Vol. 58, núm. 2.

(81) MARTÍN HERRERA, D.: *¿Cuándo el «hate speech» se convierte...», ob. cit.*, p. 78.

intergrupales» (82). Esta forma de legislar, en la que el sentimiento de odio predomina en el concepto de delito de odio nos aproxima inexorablemente hacia un Derecho penal de autor que mal se congratula con nuestros límites constitucionales.

Al margen de estas consideraciones terminológicas, en la búsqueda por una sistemática más adecuada para aclarar el significado y alcance de los delitos de odio, es posible identificar distintas categorías entre las definiciones y aproximaciones doctrinales al fenómeno. De este modo, tendríamos distintas categorías de definiciones de delito de odio que se caracterizarían por una especialidad en:

- a) El bien jurídico protegido.
- b) El elemento subjetivo específico.
- c) El sujeto pasivo del delito.
- d) Posturas eclécticas: aúnan varias de las categorías anteriores o todas ellas.

Así, como ejemplo de la primera de las modalidades de definición, se ha afirmado que una de las características que se predica de los delitos de odio es que, a diferencia de los delitos de discriminación que afectan al principio de igualdad, se dirigen contra bienes jurídicos eminentemente personales (83). En este sentido, puede argumentarse que, independientemente del lugar en el que se encuentren ubicados —existen delitos de odio entre aquellos que protegen bienes jurídicos supraindividuales—, esta clase de conductas atentan contra la dignidad de la persona (84). Aunque adscribiéndome a esta consideración, podría matizarse la cuestión diciendo que en los delitos de odio nos encontraremos con, al menos, un atentado contra un bien jurídico eminentemente personal (la dignidad, el honor y la igualdad ante la individualidad humana), independientemente del objeto material al que se dirija el ataque y la posibilidad de vulneración de otros bienes jurídicos de carácter no personal.

Una propuesta incardinada en esta línea de pensamiento es la expuesta por De Pablo Serrano y Tapia Ballesteros, quienes entienden que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es plural: la dig-

(82) JACOBS, J. B. & POTTER, K.: *Hate Crimes. Criminal Law and Identity Politics*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 3.

(83) BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: «Victimización de migrantes», en TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coord.). *Víctimas Olvidadas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 45-69.

(84) GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, *ob. cit.*, p. 5; en este sentido, más específicamente WALDRON, J.: *The harm in hate speech*. London: Harvard University Press, 2012.

nidad, el honor y la igualdad (85). Estos bienes jurídicos, objeto de tutela penal deberán ser entendidos desde una perspectiva personalista, aunque pueda afectar a la colectividad. Así, apoyándose en las tesis de Waldron (86), los autores precitados argumentan que los delitos de odio menoscaban la dignidad del individuo pero en la medida en que se funda en una característica compartida por un grupo, que se asocia en el imaginario colectivo con un atributo descalificativo, el daño se extiende y se colectiviza, engarzándose con el orden social o el orden público. Por otra parte, respecto al honor, siguiendo los postulados de Honneth, éste será interpretado como la legítima expectativa de reconocimiento que merece todo ciudadano en tanto que miembro de pleno derecho de una comunidad jurídica, lo que conlleva la aceptación de todas las especificidades que dan forma a su identidad única individual. Finalmente, en lo relativo al bien jurídico protegido de igualdad o no discriminación, los autores citados siguen la tesis de Laurenzo Copello –una de las más seguidas y de la que hablaré sintéticamente a continuación–, entendiendo 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 amenazan los valores de pluralismo, tolerancia y respeto de las diferencias, que están en la base de nuestro Estado social y democrático de Derecho.

Quesada Alcalá identifica los bienes jurídicos protegidos por estos delitos con los diferentes motivos de discriminación, indicando que tradicionalmente los bienes jurídicos protegidos en relación con estos delitos serían los rasgos de identidad personal, tales como la raza, la ideología o religión y la etnia. En los últimos años, la doctrina criminológica contemporánea, se decanta por incluir entre los bienes tutelados por este tipo de delitos la orientación sexual, la identidad sexual, la discapacidad y, en general, cualesquiera señas de identidad comunitarias diferenciadas, tales como la exclusión social y la pobreza (87). Por otra parte, Portilla Contreras afirma que estamos ante un delito pluriobjetivo que no protege el mismo bien jurídico en otras las conductas que describe, oscilando este entre el principio de igualdad y la seguridad de determinados colectivos. Respecto a la incitación al

(85) DE PABLO SERRANO, L. Y TAPIA BALLESTEROS, P.: «Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal», en *Diario La Ley*, núm. 8911, 2017, pp. 1-4.

(86) A la que también se adscribe MARTÍNEZ MUÑOZ, C. J.: *Ilícitos penales...*, *ob. cit.*, p. 7.

(87) QUESADA ALCALÁ, C.: *La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...*, *ob. cit.*, p. 4.

odio, apunta el autor citado, no existe bien jurídico protegido alguno, siendo solamente una «excusa para reprimir la libertad de expresión» (88). Respecto al bien jurídico «seguridad de los colectivos especialmente vulnerables», hay que indicar que este aspecto ya debería quedar castigado mediante el artículo 170 CP, amenazas a grupos, agravado mediante el artículo 22.4 CP debido a la motivación discriminatoria o intolerante. La mera incitación indirecta a la violencia, la discriminación o la hostilidad no parece suficiente como para conculcar el bien jurídico protegido «seguridad» o «tranquilidad» de tales colectivos, a no ser que nos encontremos ante una situación social extrema o de crisis (89) que haga prever que tales agresiones sean muy probables.

Autores como Laurenzo Copello, Rodríguez Yagüe, Landa Gorostiza o Gómez Martín, 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 (90).

Para otros autores, como Dolz Lago, el bien jurídico protegido en estos delitos se encontraría entre la igualdad y la no discriminación consagradas por el principio de igualdad del artículo 14 CE (91). Aunque ciertamente se estén conculcando tales derechos, considero que es más acertado incidir en la dignidad de la persona y el respecto a su individualidad como bien jurídico vulnerado más representativo (92)

(88) PORTILLA CONTRERAS, G.: «La represión penal del discurso del odio», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*. Pamplona: Aranzadi, p. 722; en contra, LAURENZO COPELLO, P.: *La discriminación...*, *ob. cit.*, pp. 258 y 259 y 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*. Zarautz: Universidad del País Vasco, 1999, p. 224.

(89) Como reza nuestra reciente jurisprudencia, un «ambiente social en el que, patentemente, resultaba mucho más fácil que prendiera la llama»; STS 335/2017, de 11 de mayo.

(90) LAURENZO COPELLO, P.: *La discriminación...*, *ob. cit.*, p. 237; RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: La tutela penal del derecho a no ser discriminado: (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código penal). Albacete: Bomarzo, 2007, p. 54; LANDA GOROSTIZA, J. M.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*; 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*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 89; TAPIA BALLESTEROS, P.: *Artículo 510...*, *ob. cit.*, p. 184, fundamentándolo en el carácter «social» de la discriminación; en contra, MACHADO RUIZ, 2002: 131.

(91) DOLZ LAGO, M. J.: *Oído a los delitos...*, *ob. cit.*, p. 2. De la misma opinión, FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, p. 44.

(92) MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA: *Materiales didácticos...*, *ob. cit.*, 2016: 24, quienes exponen claramente que «los delitos o crímenes de odio son los

de estos ilícitos pluriofensivos. Sin embargo, posteriormente el autor precitado desarrolla más su planteamiento, indicando que los delitos de odio «atacan la libertad y la igualdad y destruyen el fundamento del orden político democrático y su paz social. De ahí, que su bien jurídico protegido no sea solo la no discriminación o la protección de la igualdad o de la diferencia, según la perspectiva que se aborde, sino los propios valores superiores del ordenamiento jurídico y los fundamentos del orden político y social. (...) No se trata de vulnerar el derecho a la no discriminación de una persona individual por los motivos que expresa el precepto penal sino socavar el orden democrático a través de la lesión a la persona individual o al grupo vulnerable socialmente al que pertenece. (...) En el caso de los delitos del odio, como otros que atacan bienes jurídicos supraindividuales o de esta dimensión, el orden social democrático no enmarca el derecho protegido sino que es el mismo objeto de protección, es el bien jurídico protegido» (93).

Aunque tendré oportunidad de volver sobre esta cuestión más adelante, debo posicionarme en contra de esta postura, de corte eminentemente funcionalista, sobre el bien jurídico protegido en los delitos de odio, por cuanto la considero extremadamente expansionista. Recordemos, parafraseando al TC, que la nuestra no es una democracia «militante» y, por tanto, existe un derecho al libre apartamiento de los valores y principios del orden democrático (al menos dentro de ciertos límites). Los delitos de odio no pueden convertirse en los paladines del orden social democrático en su conjunto, toda vez que éste confiere el permiso a terceros para oponerse a él, al menos en el marco conceptual. Lo importante, en suma, es que la conducta trascienda a ese alejamiento de tales principios y valores democráticos, vulnerando la dignidad e igualdad de los seres humanos. Además de ello, podría discutirse acerca de si el Derecho penal debe proteger sistemas de valores y principios políticos (posición funcionalista radical) o si, por el contrario, debe ceñirse a los ataques a los bienes jurídicos protegidos inspirados en ellos.

Otros definen los delitos de odio con un carácter general como «hechos que poseen una motivación de carácter racista o discriminatoria y son formas de expresión de un mensaje excluyente, degradante o segregador» (94). De forma particularmente sintética, Aniyar de

que más deshumanizan porque quienes los cometen consideran que sus víctimas carecen de valor humano (les niegan dignidad)».

(93) DOLZ LAGO, M. J.: *Oído a los delitos...*, *ob. cit.*, p. 18.

(94) TAMARIT SUMALLA, J. M., LUQUE REINA, E., GUARDIOLA LAGO, M. J. Y SALINERO ECHEVARRÍA, S.: «La victimización de migrantes: Una encuesta a colom-

Castro afirma que los delitos de odio son «crímenes motivados por las diferencias» (95). En este sentido, como han advertido Jacobs & Potter la expresión delitos de odio estaría enfocada hacia aquellas conductas criminales motivadas por ideas preconcebidas y focalizadas más en la psicología del criminal que en la propia conducta criminal (96). Para evitar este fenómeno y focalizar la cuestión en el aspecto subjetivo de los tipos penales, es preciso concretar más la definición. Como ya se advertía *supra*, bajo el seudónimo de delitos odio, se encuentran aquellos tipos delictivos en los que el móvil es causa de la intolerancia hacia el diferente (97). Se trata de crímenes que manifiestan evidencias o prejuicios basados en múltiples razones de carácter heterogéneo (98) y que deben concretarse en una determinada tendencia o ánimo del sujeto activo (*animus model* (99) u *hostily model*, frente al *discriminatory selection model* en el que no se exige tal motivación y basta con que se escoja a la víctima de un colectivo especialmente protegido (100).

Según el Manual práctico para la Investigación y Enjuiciamiento de delitos de odio la expresión delitos de odio define a la perfección el motivo o el ánimo subjetivo que lleva al autor a cometer el ilícito y que no es otro que su animadversión u hostilidad abierta hacia determinadas personas o colectivos (101).

Como expone Díaz López, en España «a nivel conceptual, se ha asumido que por «delitos de odio» se entienden aquéllos en los que la responsabilidad penal del autor se agrava debido a sus motivaciones» (102). Así, Ibarra concluye que «delito de odio es cualquier infracción penal motivada por intolerancia, o sea, por prejuicios o animadversión a la víctima a causa de su conexión, pertenencia o

bianos en Cataluña», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-11, 2011, p. 11:3, disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-11.pdf>.

(95) ANIYAR DE CASTRO, L.: «Los Crímenes de Odio: Discurso Político y Delincuencia Violenta en Venezuela. El Respeto a las Diferencias y el Rol de la Criminología Crítica en Venezuela en los Inicios del siglo XXI», en *Capítulo Criminológico*, Vol. 36, núm. 2, 2008, p. 15.

(96) JACOBS, J. B. & POTTER, K.: *Hate Crimes...*, *ob. cit.*, p. 3.

(97) MARTÍN HERRERA, D.: *¿Cuándo el «hate speech» se convierte...*, *ob. cit.*, p. 75.

(98) BJA: *A Policymaker's...*, *ob. cit.*, p. 2.

(99) LAWRENCE, F. M.: *Punishing Hate: Bias Crimes Under American Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999, p. 9; DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, p. 110.

(100) FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, p. 6.

(101) AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al.: *Manual práctico...*, *ob. cit.*, p. 33.

(102) DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, p. 126.

relación con un grupo social vulnerable de intolerancia» (103). La ONG que preside el autor anteriormente citado, Movimiento contra la Intolerancia en connivencia con la Oficina de Solidaridad con las Víctimas del Delito de Odio y Discriminación, facilita una definición más pormenorizada, con el tenor literal siguiente: «infracción penal motivada por intolerancia, es decir, cualquier infracción penal realizada contra personas, colectivos sociales y bienes, cuando la víctima, las instalaciones o el, objetivo de su acción hayan sido seleccionados por prejuicios o animadversión social» (104).

En este punto es preciso llamar la atención sobre la diferencia entre el *móvil* del delito, la *motivación* del mismo y la exigencia de un *elemento subjetivo* específico del autor. Mi postura, sobre la que hablaré más adelante, coherentemente con la concepción del bien jurídico protegido en esta clase de delitos (igualdad/dignidad), se incardina en la necesidad de la existencia de un ánimo subjetivo específico de intolerancia en el autor: el de humillar, discriminar o atentar contra la dignidad de la víctima por razón de su «individualidad».

En Inglaterra y Gales, la Asociación de Jefes de Policía (*Association of Chief Police Officers*) definió el crimen de odio como «un delito en el que el prejuicio del perpetrador contra cualquier grupo identificable de personas es un factor que determina quién es víctima». Desde 2005, el organismo citado considera los crímenes de odio «incidentes que constituye una ofensa criminal, percibida por la víctima o por cualquier otra persona, como motivada por prejuicio u odio (105).

Esta específica tendencia, además, afecta a la antijuridicidad material de la conducta –el resultado, en suma, puede ser el mismo que si no existiera– añadiendo un plus de reproche al injusto. De esta manera, se entiende que los delitos de odio son más dañinos que los delitos que no se cometen por motivaciones prejuiciosas. Güerri Ferrández conecta esta cuestión con la incidencia para el sujeto pasivo, epicentro de su definición, indicando que este mayor desvalor «se debe al hecho de que el delito afecta, además de a la víctima inmediata, a la comunidad a la cual esta pertenece» (106).

(103) IBARRA, E.: *Víctimas y seguridad...*, *ob. cit.*, p. 9.

(104) MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA: *Materiales didácticos...*, *ob. cit.*, p. 23.

(105) HALL, N.: «*Making Sense of Numbers: The Social Construction of Hate Crime in London and New York City*», in GOODEY, J. & AROMAA, K. (Eds.): *Hate Crime. Papers from the 2006 and 2007 Stockholm Criminology Symposiums*. Helsinki: Criminal Justice Press, 2008, p. 32.

(106) GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, *ob. cit.*, p. 5.

Desde esta perspectiva, es importante anotar que los delitos de odio tienen una dimensión simbólica importante (*symbolic crimes* (107). En primer lugar, como he señalado, al ser ataques contra la dignidad de la víctima se establece cierta jerarquía entre víctima y victimario, de modo que el agresor trata de despojar a la misma de su dignidad. Queda impresa en esta clase de conductas una «desigualdad en la posición estructural que tienen perpetradores y víctimas», de modo que los delitos de odio pueden ayudar a mantener la posición de «superioridad estructural» de quienes los cometen, mientras mantienen la identidad subordinada de las víctimas (108). En la mayor parte de los supuestos, la finalidad que persigue este tipo de delitos es la de humillar y vejear a la víctima, creando en la misma un sentimiento de terror, de angustia o de inferioridad por la gratuidad del ataque sufrido (109). En segundo lugar, al tipificar un delito de odio, el legislador pretende acometer una protección mediata del colectivo al que pertenece la víctima (110). El bien jurídico personal al que aludíamos anteriormente (la dignidad del sujeto pasivo), trasciende para convertirse en un bien jurídico colectivo (la dignidad del colectivo) (111).

La ODIHR definía en 2003-2005 los delitos de odio como: «(A) cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, sus bienes o el, objetivo son elegidos por su real o asimilada conexión, afiliación, apoyo o pertenencia a un grupo definido en la parte B; (B) un grupo debe estar basado en una característica común de sus miembros, tal como su real o perceptiva

(107) DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, p. 107.

(108) HATENTO, OBSERVATORIO DE DELITOS DE ODIO CONTRA LAS PERSONAS SIN HOGAR: «Los delitos de odio contra las personas sin hogar», en *Zerbitzuan*, núm. 59, 2015, p. 80.

(109) QUESADA ALCALÁ, C.: *La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...*, *ob. cit.*, p. 4; quien se apoya en la jurisprudencia del TEDH: STEDH, Asunto Nachova y otros c. Bulgaria (N.º 43577/98 y 43579/98), de 6 de julio de 2005; STEDH, Asunto DH y otros c. República Checa (N.º 57325/00), de 13 de noviembre de 2007; STEDH, Asunto Anguelova c. Bulgaria (N.º 38361/97), de 13 de junio de 2002; STEDH, Asunto Moldovan y otros c. Rumanía (N.º 41138/98 y 64320/01), de 30 de noviembre de 2005.

(110) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación para la sanción penal», en VV. AA.: *El funcionalismo en Derecho Penal*. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. Tomo II, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003; y del mismo autor: «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación para de la pena», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 57, pp. 377 y ss., quien habla de un efecto supraindividual que justificaría el incremento de pena con la comunicación intimidante de la conducta a todo el colectivo.

(111) WALDRON, J.: *The harm...*, *ob. cit.*, pp. 105 y ss.

raza, nacional o étnico origen, lenguaje, color, religión, sexo, edad, minusvalía mental o física, orientación sexual u otro factor similar».

Posteriormente, a partir de 2009 la propia ODIHR maneja una expresión, a mi juicio bastante acertada, que define los delitos de una manera sintética como «manifestaciones violentas de intolerancia» (112). Ciertamente, los delitos de odio son conductas tanto físicas como verbales (expresiones) de carácter hostil (*vis física*, *vis compulsiva*, incitación y provocación a la comisión de delitos) motivadas por una dinámica de intolerancia o discriminación. La misma organización, sin embargo, puntualiza que «los delitos de odio se distinguen de otros tipos de delito por la motivación del autor; normalmente la motivación es irrelevante cuando se prueban los elementos esenciales de un delito, y por eso raramente se investiga con detalle suficiente para extraer la verdadera razón del delito. Si un sistema de justicia penal no utiliza el concepto de «delito de odio», la motivación no se reconoce como elemento esencial del delito y así, la existencia del delito de odio permanecerá invisible» (113).

Sin embargo, para otros, lo determinante es la pertinencia de la víctima a un determinado grupo social odiado por el perpetrador y no el odio en sí lo que realmente los caracteriza (114).

La OSCE 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» (115).

El Departamento de Policía de la ciudad de Nueva York define el crimen de odio como «cualquier ofensa o acto ilícito motivado en

(112) MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Legislación...*, *ob. cit.*, p. 12. Asimismo, véase ODIHR: «Persecución penal de los delitos de odio (guía práctica)» y «Herramientas de recogida de datos y monitorización de delitos de odio (guía práctica)» también publicadas en español por la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

(113) MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Legislación...*, *ob. cit.*, p. 12.

(114) SHEFFIELD, C.: «Hate violence», in ROTHENBERG, P. (Ed.): *Race, class and gender in the United States*. New York: St. Martin's, 1995, pp. 432 y ss.; PETROSINO, «Connecting the past to the future. Hate crime in America», in PERRY, B. (Ed.): *Hate and bias crime: a reader*. Routledge: New York, 2003, pp. 10 y ss.; GERSTENFELD, P. B.: *Hate Crimes: Causes, Controls, and Controversies*. London: SAGE, 2004, p. 9.

(115) OSCE, 2014. Asimismo, véase ODIHR: «Persecución penal de los delitos de odio (guía práctica)» y «Herramientas de recogida de datos y monitorización de delitos de odio (guía práctica)» también publicadas en español por la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

todo o en parte por la identificación de una persona, un grupo o un lugar con una raza, religión, etnia, orientación sexual o discapacidad en particular según lo determine el Comandante, Unidad de Investigación de Incidentes Sesgos (*Commanding Officer, Bias Incident Investigation Unit*)» (116).

Algunos autores sostienen que, desde una perspectiva sociológica, los delitos de odio son conductas violentas o actos de hostilidad e intimidación dirigidos hacia personas seleccionadas por su identidad, que es percibida como «diferente» por quienes actúan de esta forma (117).

De modo similar, para Güerri Ferrández son delitos de odio «aquellas infracciones penales en las cuales la víctima ha sido escogida en razón de su pertinencia a un grupo despreciado, rechazado u odiado por el perpetrador» (118).

Por último, también existen en la doctrina especializada posturas eclécticas entre las dos acepciones precitadas, que consideran delitos de odio a todos los actos cometidos contra grupos o contra personas por su pertenencia a un grupo, motivados por la animadversión o intolerancia hacia un rasgo característico y percibido como «diferente» de ese grupo de personas (119).

Tomando en consideración todo lo anterior y siguiendo las principales definiciones utilizadas para referirse a los «delitos de odio», podemos extraer las siguientes conclusiones preliminares sobre su concepto:

- a) La expresión «delito de odio» es un supra-concepto criminológico que abarca una realidad normativa compleja y heterogénea.
- b) Supone un elemento tendencial: motivación por intolerancia o discriminación.
- c) El sujeto pasivo es un elemento importante en su definición: las víctimas son escogidas por un rasgo que las diferencia del victimario y que motiva ese elemento tendencial precitado.
- d) Se establece cierto proceso de desigualdad o jerarquización entre la víctima y el victimario, resultado de una «dinámica de

(116) HALL, N.: *Making sense of numbers...*, *ob. cit.*, p. 11.

(117) CHAKRABORTI, N., GARLAND, J. & HARDY, S.: «*The Leicester Hate Crime Project. Findings and Conclusions, Leicester, The Leicester Centre for Hate Studies*», disponible en Internet: <http://www2.le.ac.uk/departments/criminology/hate/documents/fc-full-report>, 2014.

(118) GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, *ob. cit.*, p. 5.

(119) Es decir, «delitos clásicos agravados por la motivación del sujeto activo y/o por la selección discriminatoria del sujeto pasivo»; FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, p. 2.

odio» (120): comienza por reducir la realidad de una persona a un estereotipo del grupo social al que pertenece o le identifican, para seguidamente iniciar la construcción de una serie de prejuicios, tópicos o dogmas, que pueden resultar en la criminalización (como amenaza social) o victimización (fobia) de esa persona o minoría.

e) Salvo contadas excepciones, la mayor parte de las definiciones suponen que los delitos de odio atacan bienes jurídicos eminentemente personales y, en todos los supuestos, además del bien jurídico principal vulnerado por el «delito raíz» en el que se integra el elemento tendencial de intolerancia atacan, a su vez, la dignidad de la víctima y el principio de igualdad.

f) Desde la óptica de la antijuridicidad material, los delitos de odio suponen un mayor reproche social por vía de la conducta especialmente indeseable, precisamente por la ya mencionada motivación específica de intolerancia. Ahora bien, la duda se establece en la fundamentación de ese desvalor, pues como bien indica Fuentes Osorio, puede situarse desde una perspectiva del merecimiento en el injusto, donde lo importante es el daño que genera actuar con esta motivación, o en la culpabilidad por la especial reproche a las acciones que motivan el ataque (121).

III. EL DERECHO PENAL Y LOS «DELITOS DE ODIO» ¿CONFLICTO CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

En nuestra actual legislación penal vigente existe una tipificación no homogénea de los delitos de odio, fruto de la disparidad de conductas que pueden encontrarse motivadas por razones de intolerancia o discriminación. Así, podemos encontrar los siguientes tipos penales engrosando las filas de los delitos de odio en el Código penal reformado por la 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 (en adelante, LO 1/2015): amenazas a un grupo con un mal que constituya delito (art. 170.1 CP); tortura cometida en base a algún tipo de discriminación (art. 174 CP); provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos o asociaciones (art. 510.1 CP); difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones (art. 510.2 CP); asociación ilícita para promover la discriminación, el odio o la violencia contra las personas, grupos o asociaciones (art. 515.5 CP y 518

(120) IBARRA, E.: *Víctimas y seguridad...*, *ob. cit.*

(121) FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, p. 9.

CP) (122); delitos contra libertad de conciencia y sentimientos religiosos (arts. 522-525 CP) (123); genocidio (art. 607 CP) y delitos de lesa humanidad (art. 607 bis CP). Otra referencia expresa al odio que contiene nuestra legislación penal se encuentra recogida en el artículo 20 de la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, penal y procesal de la Navegación Aérea (124). La ONG Movimiento contra la Intolerancia incluye entre los delitos de odio el artículo 173.1 CP, que tipifica los atentados contra la dignidad de la persona (125). Aunque se ha defendido que el bien jurídico protegido por esta clase de delitos es fundamentalmente la dignidad de la persona estrechamente unida al principio de igualdad de todos los seres humanos, lo cierto es que solamente se incluirá este precepto en el supuesto de que los actos denigrantes estén motivados por prejuicios o intolerancia. Tampoco considero muy afortunada la inclusión en este listado del delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197 CP, agravado cuando los hechos afectan a datos de carácter personal que revelen ideología, religión, creencias, salud, origen racial, o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz (126). En este caso, como el anterior, falta el carácter tendencial de la conducta base –la condición de los datos y su naturaleza no están conectados con la intencionalidad del sujeto activo–, si bien puede convertirse en delito de odio cuando se añade tal motivación.

Por otra parte, Güerri Ferrández (127) acertadamente diferencia los delitos de discriminación de los anteriores: discriminación en el ámbito laboral (art. 314 CP); denegación de prestaciones por un particular encargado de un servicio público o por un funcionario público (art. 511 CP); denegación de prestaciones en actividades profesionales o empresariales (art. 512 CP). Lorenzo Copello también incluye en esta categoría la creación de seres humanos idénticos por clonación

(122) En concreto, acerca de los grupos antirreligiosos y las sectas destructivas, CÁMARA ARROYO, S.: «Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 69, 2016, pp. 167 y ss.

(123) En relación a los delitos de odio en esta materia ya me he pronunciado en CÁMARA ARROYO, S.: *Consideraciones...*, *ob. cit.*, pp. 189 y ss.

(124) DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, p. 52.

(125) MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA: *Materiales didácticos...*, *ob. cit.*, p. 25.

(126) MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA: *Materiales didácticos...*, *ob. cit.*, p. 26.

(127) GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, *ob. cit.*, p. 6.

u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza (art. 161.2.º CP) (128).

Fuentes Osorio, de acuerdo con su postura de identificación entre odio y discriminación y utilizando la distinción entre «motivo de discriminación» y «selección discriminatoria de la víctima» incluye dentro de esta categoría de «delitos de odio» los siguientes ilícitos penales en diversas categorías (129):

Los que contienen el odio como ánimo aversivo discriminatorio: arts. 510.1.a-b, 515 CP.

Agravados por la concurrencia de motivos discriminatorios como circunstancia genérica (art. 22.4 CP) o específica (arts. 174, 314, 510.2.a), 510.2.b), 511, 512 CP).

Protegen al colectivo con relación a un motivo discriminatorio concreto: delitos de genocidio o de lesa humanidad (arts. 607, 607 bis, 510.1.c) CP), delitos contra los sentimientos religiosos (arts. 522-526 CP).

Agravados por afectar a un grupo vulnerable: arts. 170.1, 197.5 CP.

Además de los tipos penales citados, existe en nuestro sistema la agravante genérica del artículo 22.4 CP (130) que recoge una serie de motivaciones enmarcadas en la intolerancia, los prejuicios y la discriminación (131), tales como: motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad. Como expone Güerri Ferrández resulta criticable la no inclusión de la aporofobia (132) (odio a los pobres), la edad o la situación familiar (133). En mi opinión, tales motivaciones podrían

(128) LAURENZO COPELLO, P.: *La discriminación...*, *ob. cit.*, p. 230.

(129) FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, pp. 8 y 9.

(130) Acerca del origen y regulación de esta agravante y su relación con los delitos de odio, DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*; y, más recientemente, CHACÓN LEDESMA, L.: «Delitos de odio y discriminación en el Código penal», ponencia en I Congreso nacional sobre discriminación y delitos de odio, 2016, p. 2 y ss. Disponible en Internet en: www.federacionkamira.es

(131) Las denominadas por la OSCE-ODIHR como «características protegidas»; MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Legislación...*, *ob. cit.*, pp. 54 y ss.

(132) STS n.º 1160/2006, de 9 noviembre. Un estudio sobre los delitos de odio contra personas sin hogar en Hatento, 2015.

(133) DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, p. 236; GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, *ob. cit.*, p. 7.

quedar englobadas en la expresión circunstancias personales o motivos socioeconómicos (134).

A diferencia de algunos de los delitos de odio que analizaré posteriormente, en el caso de la agravante genérica no se duda de que lleva implícita un elemento subjetivo referido al ánimo específico de actuar por motivos discriminatorios o de intolerancia, debiendo determinarse mediante una injerencia o juicio de valor motivado y excluyendo, por consiguiente, aquellos supuestos en los que estas circunstancias resulten irrelevantes (135).

La inclusión en nuestro sistema de una agravante genérica de tan amplio calado y su compatibilidad con los tipos penales específicos de odio, nos lleva a abordar cuestiones de técnica legislativa. El planteamiento es el siguiente: ¿Es preferible tipificar los delitos de odio como delitos autónomos de la parte especial? o, por el contrario ¿Basta con la inclusión de una agravante genérica? (136) Nuestro legislador, tal vez en un exceso de celo protector, parece haber mezclado ambas opciones (137). Otros países, como EE.UU., entienden que la introducción de una agravante genérica es más respetuosa con el principio de libertad de expresión.

Así, como expone Gómez Martín con motivo de la resolución judicial que puso fin en 1992 al caso *R. A. V. vs St. Paul*, la penalización de las expresiones provocadoras fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de los EE.UU. Desde entonces, la técnica legislativa empleada de forma dominante por el legislador norteamericano no es otra que la consistente en agravar la pena de determinados delitos cuando su autor los comete impulsado por móviles discriminatorios. De este modo, la técnica legislativa del tipo agravado por la motivación racista era perfectamente compatible con la libertad de expresión y el principio de responsabilidad por el hecho, ya que el

(134) Sobre el alcance de estas expresiones en Derecho penal, en relación con el artículo 66.1.6 CP, CÁMARA ARROYO, S.: «Justicia social y Derecho penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 68, 2015, pp. 237 y ss.

(135) CHACÓN LEDESMA, L.: *Delitos de odio...*, *ob. cit.*, p. 3.

(136) Esta cuestión es abordada por la OCSE-ODIHR, Ministerio de Empleo y Seguridad Social: *Legislación...*, *ob. cit.*, pp. 47 y 48. Al respecto, también DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, pp. 76 y ss.

(137) LANDA GOROSTIZA, J. M.: *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho Penal*, Granada: Comares, 2001, p. 208; DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, p. 126.

objeto de sanción no era la motivación interna del sujeto, sino el hecho, objetivo lesivo del bien jurídico (138).

Finalmente, también es necesario mencionar que el artículo 83.1.6.^a CP recoge la obligación de participar en programas formativos de igualdad de trato y no discriminación, como parte de la suspensión de la pena. Se trata de una respuesta «correcional» que puede ser útil en aquellos supuestos leves de delitos de odio cometidos a través de la expresión.

A continuación, me centraré exclusivamente en aquellos delitos de odio que suponen una injerencia en el derecho a la libertad de expresión.

Es bien conocida por todos los juristas la máxima de que no existen los derechos absolutos y que incluso los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente –entre ellos la libertad de expresión– tienen sus delimitaciones y sus límites (139). Por otro lado, también es cierto que el Derecho penal, como medio de control social, restringe determinados comportamientos y, como herramienta de protección de bienes jurídicos, puede llegar a limitar nuestros derechos fundamentales. Ahora bien, de entrada sorprende (para mal) que el

(138) GÓMEZ MARTÍN, V.: «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-20, 2016, p. 6. Disponible en internet: <http://criminol.ugr.es/recpc/18/recpc18-20.pdf>

(139) Así lo expone la reciente STC de 22 de julio de 2015, al manifestar: «la libertad de expresión no es, en suma, un derecho fundamental absoluto e ilimitado, sino que tiene lógicamente, como todos los demás, sus límites, de manera que cualquier expresión no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, toda vez que el art. 20.1 a) CE «no reconoce un pretendido derecho al insulto» (SSTC 29/2009, de 26 de enero; 77/2009, de 23 de marzo, y 50/2010, de 4 de octubre). En consecuencia, este Tribunal ha declarado repetidamente que quedan fuera de la protección constitucional del artículo 20.1 a) CE «las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas». Es decir, las que, «en las concretas circunstancias del caso sean ofensivas u oprobiosas». En la STS 846/2015 de 30 diciembre se afirma que «la simple ligazón con la libertad ideológica o de expresión no legitima la conducta per se situándola por definición al margen del Código Penal. Como tampoco el encaje formal en el tipo penal haciendo abstracción de cualquier otra consideración acarrea automáticamente una condena de esa naturaleza». Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que «[l]a tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia» (STEDH de 16 de julio de 2009, caso Féret c. Bélgica, § 64), del mismo modo que la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios».

discurso haya variado en los últimos años de tal manera que actualmente el Derecho penal sea definido como un medio de limitación de determinados derechos fundamentales, en lugar de lo contrario: que sean los derechos fundamentales recogidos constitucionalmente los que limiten el uso del Derecho penal. Aunque puede parecer una cuestión baladí, considero que es importante este análisis crítico del discurso sobre los límites del Derecho penal, en consonancia con el principio de mínima intervención, carácter subsidiario y de *ultima ratio* del ordenamiento punitivo.

Sentada esta primera reflexión, hay que tener en cuenta que la protección del derecho a la no discriminación y la dignidad de las minorías en el caso del discurso del odio puede entrar en conflicto con la libertad de expresión (140).

Sin embargo, hay quienes entienden que este conflicto es «artificial», como es el caso de Dolz Lago, quien se ha manifestado en los términos siguientes: «no estoy de acuerdo cuando se pretende enfrentar los delitos de odio con las libertades de expresión, manifestación y asociación, ya que el objeto de protección de esos delitos son, precisamente, esas libertades. (...) Se puede decir que sin libertad no existirían los delitos de odio, que son su negación, y sin delitos de odio no hay libertad, que es protegida por ellos» (141).

No comparto la crítica: puede existir un conflicto con determinados derechos fundamentales por un exceso de celo en la protección de libertades que trasgreda los límites del *Ius Puniendi*. No olvidemos que el Derecho penal tiene dos caras diferenciadas: ciertamente, es una herramienta de protección de bienes jurídicos; pero también puede ejercer un control social sobre las conductas de los ciudadanos. No sería la primera vez que, bajo la promesa de una mayor protección, se llega a una represión de determinadas libertades consagradas constitucionalmente. Precisamente ahí es donde se encuentra la permanente tensión en el binomio seguridad/libertad del que tanto se habla. Por otra parte, el uso negligente del Derecho penal puede entrar en conflicto con los derechos fundamentales. Por ejemplo, debido a una mala *praxis* legislativa: de ahí las declaraciones de inconstitucionalidad de preceptos penales como, precisamente, el artículo 607.2 CP relativo al negacionismo.

En relación con algunos de estos efectos perversos del Derecho penal para la libertad de expresión, como bien indica Teruel Lozano, nos encontramos ante un indudable «efecto disuasorio» sobre el ejer-

(140) PORTILLA CONTRERAS, G.: *La represión penal...*, *ob. cit.*, p. 717.

(141) DOLZ LAGO, M. J.: *Oído a los delitos...*, *ob. cit.*, p. 19.

cicio de la libertad de expresión (142), puesto que, ante la falta de taxatividad de los tipos penales que comprenden los delitos de odio cometidos a través del discurso, es posible que los ciudadanos se abstengan de expresarse libremente para evitar el eventual castigo, sean sus expresiones realmente típicas o no desde la perspectiva penal. De este modo, se minimiza el efecto y el contenido de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho.

Asimismo, si hablamos del discurso del odio, no toda negación de la libertad debe ser considerada un hecho delictivo. De hecho, como he tenido oportunidad de argumentar en el epígrafe anterior, existen determinados discursos del odio social y legalmente permitidos. La crítica de Dolz Lago es coherente con su entendimiento expansivo del bien jurídico protegido, puesto que considera que los delitos de odio afectan al propio orden constitucional, al conjunto de valores y principios que conforman nuestra democracia. Por el contrario, mi postura los limita a la esfera de la dignidad e igualdad de todos los seres humanos. Considero que los delitos de odio tienen una dimensión humanista y antropocéntrica (143), más alejada de parámetros funcionalistas y estrictamente políticos. No ignoro que los delitos de odio pueden afectar a la cohesión y a la estabilidad social, pero el Derecho penal es solamente un bastión de prevención más; y no precisamente el más efectivo para mantenerlos (144). Hay que tener en cuenta que si bien se suele admitir que el bien jurídico protegido en el Capítulo IV

(142) TERUEL LOZANO, G. M.: «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código penal», en *Indret*, núm. 4/2015, p. 41.

(143) Al respecto, BERNAL DEL CASTILLO, J.: *Política Criminal...*, *ob. cit.*, p. 387 y 2016: 16, ha escrito «el fundamento ético y jurídico de los derechos multiculturales o colectivos se inserta en la dignidad de la persona individual como sujeto cuya dimensión social sustenta la protección de los grupos en los cuales se integra», tesis que me resulta sumamente atractiva puesto que focaliza la cuestión en los bienes jurídicos personales del individuo, aunque tengan posteriormente una dimensión social.

(144) Recuérdense las palabras de la Exposición de Motivos de nuestro Código penal, cuando advertía «se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. Ciertamente que no es el Código Penal el instrumento más importante para llevar a cabo esa tarea; sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias». Y, sin embargo, a pesar de que la «pretensión del legislador no es la de convertir al Derecho penal en el medio principal de lucha contra los fenómenos discriminatorios, sino solo la de contribuir, de modo complementario, al mandato constitucional de garantizar la igualdad real y efectiva entre todos los ciudadanos (art. 9.2. C. E.), lo cierto es que no son pocos –ni menos aún restringidos– los ámbitos en los que se recurre a la sanción penal como medio de prevención de aquellas conductas.»; LAURENZO COPELLO, P.: *La discriminación...*, *ob. cit.*, p. 223.

del Título XXI del Código penal son los derechos fundamentales y libertades públicas a los que se refiere la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución (arts. 15 a 29), a los que se suma la protección del principio de igualdad ante la ley del artículo 14 CE, lo cierto es que tal protección no goza de un carácter absoluto en la dimensión de los «principios» o «valores» de nuestro sistema constitucional –puesto que, de lo contrario, podría llegarse a considerar contrario a la Constitución no asumir tales principios y valores como propios (totalitarismo), así como algunas formas de proselitismo, en principio, inocuas que traten de convencer a terceros– sino que se circunscribe a «ejercicio» de los mismos.

Por supuesto, se ha admitido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que el Derecho penal puede contribuir a la moral social, aunque no se identifique con ella. En este sentido, se puede hablar de un efecto «pedagógico» del Derecho penal, por cuanto «los valores de antirracismo o la tolerancia ideológica y religiosa son valores esenciales de la convivencia, y el Derecho penal debe cumplir su función de asentar tales valores en el seno del tejido social» (145); sin embargo, desde una perspectiva técnico-jurídica, para no vulnerar los postulados de seguridad jurídica, debe determinarse con precisión que éste y no otro ha sido el móvil del delito y que éste ha causado un peligro o daño real para bienes jurídicos protegidos personales, por más que algunos hechos ofendan los valores más esenciales de nuestra convivencia.

Además de ello, según rezan las resoluciones del TC, la nuestra no es una «democracia militante», por lo que no es posible que las meras expresiones de un sentimiento de odio afrenten contra un conjunto de valores y principios a los que el ciudadano español libremente, porque así lo permite nuestro orden constitucional, puede renunciar e, incluso, oponerse. En este sentido, debemos recordar las palabras de Laurenzo Copello, cuando acertadamente indica que «la utilización del Derecho penal como medio preventivo no se legitima exclusivamente por la finalidad perseguida con la incriminación de conductas. Solo si dicho objetivo se encauza dentro de los límites del *ius puniendi* podrá admitirse la legitimidad de la intervención penal y desde luego no son pocos los filtros que en este sentido deben superarse» (146). Las razones exclusivamente funcionalistas merman tales filtros y flexibilizan en demasía los límites.

Sin embargo, Laurenzo Copello también parece reconocer que los delitos de discriminación –aún no se hablaba de delitos de odio– atentan contra bienes jurídicos colectivos y contra el modelo de conviven-

(145) SSTS 1145/2006, de 23 de noviembre; 314/2015, de 4 de mayo.

(146) LAURENZO COPELLO, P.: *La discriminación...*, ob. cit., p. 231.

cia trazado por nuestra Constitución: ideas de pluralismo, tolerancia, libertad, igualdad, dignidad y respeto de las diferencias. Ahora bien, puntualiza claramente la autora citada, esto no significa que ambos aspectos necesariamente tengan la misma trascendencia desde el punto de vista de la fundamentación de los preceptos penales: lo que da sentido y concede un contenido específico al trato discriminatorio es su efecto sobre un derecho básico del ser humano y es sin duda ese aspecto el que permite considerarlo merecedor de sanción penal. La perspectiva esencial es, en todo caso, la individual (147).

En el mismo sentido, otros autores, como De Pablo Serrano y Tapia Ballesteros consideran, a mi juicio acertadamente, que el marco de derechos y libertades que garantiza la Constitución es un marco personalista, de modo que las libertades no pueden ser entendidas como funcionales de ningún otro valor al servicio del Estado, de la sociedad o del orden democrático y abierto, es decir, las libertades fundamentales no pueden limitarse por el mero hecho de que se ejerciten con una finalidad anticonstitucional, por lo que el bien jurídico que se establezca para esta clase de delitos habrá de ser compatible con esa vocación abierta del ordenamiento constitucional y ha de tener un sustrato personalista e individual (148). En un similar sentido, Teruel Lozano con razón cuestiona que el límite a la libertad de expresión pueda fundarse en bienes tan abstractos como la «moral», el «valor de la igualdad» o el «derecho a convivir pacíficamente», sostenidos en una concepción supra-individual de la dignidad humana: «llevarían a denegar la protección constitucional a expresiones por la mera contradicción formal frente a tales ideales sociales o jurídicos, creando así una suerte de «orden público constitucional», inadmisibles como límite en un modelo abierto de democracia» (149).

Finalmente, los delitos de odio como construcción conceptual pueden existir en toda clase de regímenes políticos (150), incluso en aquellos en los que no existe el pleno reconocimiento de la libertad de expresión, puesto que serán definidos acorde con ese contexto social y

(147) LAURENZO COPELLO, P.: *La discriminación...*, *ob. cit.*, pp. 239 y ss.

(148) DE PABLO SERRANO, L., y TAPIA BALLESTEROS, P.: *Discurso del odio...*, *ob. cit.*, pp. 1 y 2.

(149) TERUEL LOZANO, G. M.: *La libertad de expresión...*, *ob. cit.*, pp. 16 y 17.

(150) En alusión al argumento esgrimido inteligentemente por el Fiscal precitado, cuando indica que «cuando no existen las libertades citadas –como ocurría en el sistema nazi– tampoco existían, lógicamente, los delitos de odio». En realidad, precisamente en el régimen del III Reich existieron «delitos» que eran meras afrentas al buen curso y sentimiento del pueblo alemán. Cuestión distinta es que la Alemania nazi mantuviera una filosofía política basada en el odio y segregación racial.

político (151) (p.ej.: como delitos de traición a la patria, adscribirse a ideologías o religiones contrarias a las oficiales, motivado por cuestiones socioeconómicas, etc.). Simplemente se invierte el papel del «intolerante» como sujeto activo del delito –que pasa a ser una minoría que odia la ideología de su propio pueblo (152)– o se introducen otros parámetros respecto al sujeto pasivo (por ejemplo, cuestiones diferentes a las ideológicas y religiosas).

Ciertamente, también la postura que se tome respecto a la primacía de uno y otro derecho dependerá de las propias condiciones socio-culturales en las que nos encontremos. Así, como expone Güerri Ferrández, «en los Estados Unidos la libertad de expresión, protegida en la Primera Enmienda de su Constitución, goza de absoluta primacía y cualquier injerencia del Estado en este sentido es rechazada», «en cambio, en Europa occidental el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) del Consejo de Europa reconoce en el artículo 10 el derecho a la libertad de expresión, pero incluye la posibilidad de restricciones en la medida que estas estén «previstas por la ley» y sean «necesarias en una sociedad democrática» (153). En este sentido, como ya se ha visto *supra*, el TEDH se ha pronunciado en repetidas ocasiones (154) afirmando que el discurso del odio está incluido entre aquellos fines legítimos que pueden justificar la injerencia estatal en la libertad de expresión; es más: ha llegado a afirmar

(151) Según indican las investigaciones de la ODHIR y la OCSE, los delitos de odio ocurren en mayor o menor medida en todos los países. Al respecto, MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Legislación...*, *ob. cit.*, p. 12; «Delitos de Odio en la región OSCE: Incidentes y respuestas. Informe anual para 2007» (OSCE/ODIHR 2008) '<http://tandis.odihr.pl>', e informes de seguimiento individual por país de la Comisión europea contra el Racismo y la Xenofobia (ECRI), http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/countrybycountry_en.asp. En este sentido, FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, p. 5, advierte que la selección de los distintos motivos discriminatorios a la hora de tipificar esta clase de delitos es diferente en cada país porque en algunos de ellos determinadas conductas «no provocan rechazo social o, incluso, porque se trata de una sociedad con una estructura socio-cultural que no aprecia (o, mejor dicho, no valora) que haya un problema de discriminación en ese aspecto».

(152) Como ha indicado la OSCE-ODIHR, contrariamente a lo que se suele argumentar «aunque los delitos de odio se cometen la mayoría de las veces contra miembros de una comunidad minoritaria, también pueden ocurrir en comunidades mayoritarias»; MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Legislación...*, *ob. cit.*, p. 32.

(153) GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, *ob. cit.*

(154) Por ejemplo, en Féret c. Bélgica en 2009, Le Pen c. Francia en 2010 o Vejdeland c. Suecia en 2012.

que la incitación a la violencia y al odio son el único límite a la libertad de expresión admisible el ámbito de la disputa política (155).

Sin embargo, se establece una diferenciación entre el discurso de odio de corte social y aquél que puede configurar los tipos penales. El TEDH no ha sido del todo ajeno a esta distinción y, como expone Quesada Alcalá, se ha adscrito a una calificación en tres categorías en relación con el discurso de odio (156): varias sentencias establecen que a los discursos explícitamente racistas o negacionistas no se les aplica la protección correspondiente a la libertad de expresión; en otras resoluciones los discursos menos explícitos, para estar protegidos por la libertad de expresión, habrán de estar sometidos a un análisis detallado de: el contenido, la forma, el tipo de autor y su intención, el impacto sobre el contexto y la proporcionalidad de la sanción; finalmente, un grupo de sentencias hacen alusión a las leyes destinadas a reprimir la blasfemia y los insultos religiosos, en las que se argumenta que no se produce una vulneración de la libertad de expresión cuando, mediante una medida proporcionada, se establecen límites a unas injurias «gratuitas» que no contribuyen a «ninguna forma de debate público capaz de favorecer el progreso en los asuntos humanos». Pese a estas distinciones en el análisis, algunos autores sostienen que, en realidad, el TEDH «no considera amparadas por la libertad de expresión exclusivamente las incitaciones a actos violentos o discriminatorios, que son algo distinto de las meras incitaciones genéricas a sentimientos de odio u hostilidad» (157).

Por otra parte, Alcácer Guirao sostiene que entre la propuesta del TEDH y la de nuestra jurisprudencia constitucional la diferencia esencial radica en que, frente al modelo de democracia establecido por el CEDH, el que deriva de nuestra Constitución no responde a las premisas de una democracia militante, lo que, en esencia, implica un diferente grado de protección del discurso antidemocrático (158). Sobre

(155) SOTO GARCÍA, M.: «Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– Sentencia de 15.03.2011, Otegi Mondragón c. España, 2034/07– «Artículo 10 del CEDH – Libertad de expresión – Límites – Delito de injurias contra el Jefe del Estado – Exhortación a la violencia y discurso de odio» – Los límites de la libertad de expresión en el debate político», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 16, núm. 42, 2012; GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, *ob. cit.*

(156) QUESADA ALCALÁ, C.: *La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...*, *ob. cit.*, p. 10.

(157) ALASTUEY DOBÓN, C.: *Discurso del odio y negacionismo*, *ob. cit.*, p. 22.

(158) ALCÁCER GUIRAO, R.: *Discurso del odio y discurso político...*, *ob. cit.*, p. 02:08; al respecto, también: LANDA GOROSTIZA, J. M.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*, pp. 324 y ss.; TERUEL LOZANO, G. M.: *La libertad de expresión...*, *ob. cit.*, pp. 7 y ss.; ALASTUEY DOBÓN, C.: *Discurso del odio y negacionismo*, *ob. cit.*, p. 20.

esta cuestión, en un primer momento nuestro TC se mostró favorable a conferir un extra de protección al derecho a la libertad de expresión, limitando las posibilidades de aplicación del Derecho penal en esta clase de conductas. Sin embargo, la jurisprudencia del Alto Tribunal ha ido virando hacia terrenos más expansionistas (159).

En nuestro ordenamiento jurídico penal el artículo 510 CP protege a las minorías del discurso del odio en España. El tipo penal hace alusión a varias modalidades de discriminación 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. La doctrina está dividida entre quienes lo consideran un adelanto injustificado de la barrera penal contrario a la libertad de expresión y quienes lo juzgan necesario y sitúan el discurso del odio fuera de los límites de ésta.

El TC afirmó la STC 214/1991 de 11 de noviembre que «el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal» se encuentra fuera los límites admisibles para la libertad de expresión. En la misma línea se pronunciaba la STC 176/1995, de 11 de diciembre contra la Editorial Makoki. En esta resolución, se establece un claro límite a la interpretación del discurso del odio, toda vez que el TC argumenta que «es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución –se ha dicho– protege también a quienes la niegan». Sin embargo, ambas resoluciones consideraban posible la punibilidad de la simple difamación dirigida a una minoría étnica. Es decir, utilizando los términos diferenciadores anteriormente expuestos, consideraban punible el discurso del odio social, sin que fuera necesaria una incitación directa a la comisión de hechos delictivos. Con base en esta doctrina, algunos autores han argumentado que el adelanto de la barrera punitiva es necesario porque el discurso del odio crea un «caldo de cultivo» que acabará desembocando en crímenes que el Derecho Penal ya no estará a tiempo de prevenir (160). Así, se ha llegado a indicar que «al igual

(159) LANDA GOROSTIZA, J. M.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*; QUESADA ALCALÁ, C.: *La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...*, *ob. cit.*, p. 15.

(160) AGUILAR GARCÍA, M. A.: «La reforma del artículo 510 del Código Penal», en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 86, 2011; el mismo: *Manual práctico...*, *ob. cit.*, p. 36; BORJA JIMÉNEZ, E.: *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*. Granada: Comares, 1999, p. 289; DOLZ LAGO, M.: *Oído a los delitos...*, *ob. cit.*; recogiendo estas opiniones, GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, *ob. cit.*, p.

que la propaganda precede a la acción, el discurso de odio precede al delito» (161).

Posteriormente, la STC 235/2007 de 7 de noviembre, inclinó la balanza hacia la libertad de expresión (162), estableciendo que ésta no puede restringirse «por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución». Por tanto, cualquier interpretación de los tipos penales «implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías», aunque éstas sean incómodas, polémicas, odiosas e, incluso, contrarias a la Constitución. Posicionándose en esta última línea, autores como Rey Martínez (163), Quesada Alcalá (164), Portilla Contreras (165), Fuentes Osorio (166) o Alcácer Guirao (167), consideran que solamente es posible la tipificación de aquél discurso del odio que suponga una incitación directa a la violencia contra ciertos grupos o al menosprecio hacia las víctimas, esto es, que no se trate tan solo de una mera adhesión ideológica a posturas políticas, lo que sí estaría cubierto por el artículo 16 CE en conexión con el artículo 20 CE. En concreto, el último de los autores citados, expone claramente que el *Ius Puniendi* no debe usarse contra el discurso del odio, pues lo único que puede hacer el Estado es proporcionar medios para un discurso de defensa efectivo.

La STC 177/2015, de 22 de julio, advierte sobre la peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión, en cuanto que garantía para «la formación y existencia de una opinión pública libre», que la convierte «en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática».

(161) IBARRA, E.: *Semiótica de la intolerancia...*, *ob. cit.*, p. 6.

(162) SUÁREZ ESPINO, M. L.: «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio», en *Indret*, núm. 2/2008.; LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A.: «La libertad de expresión tenía un precio. (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2010, pp. 69 y ss. No obstante, es cierto que la sentencia no fue unánime, conteniendo algunos votos particulares favorables a la condena, RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «La declaración de inconstitucionalidad del delito de «negacionismo» (art. 607.2 del Código Penal)», en *Revista penal*, núm. 23, 2009.

(163) REY MARTÍNEZ, F.: *Discurso del odio...*, *ob. cit.*

(164) QUESADA ALCALÁ, C.: *La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...*, *ob. cit.*, p. 16.

(165) PORTILLA CONTRERAS, G.: *La represión penal...*, *ob. cit.*, p. 726.

(166) FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, p. 49, quien propone «limitar el discurso del odio a los casos en los que se constate la existencia de una incitación pública directa a la comisión de delitos (contra la vida, integridad personal, libertad) por motivos discriminatorios».

(167) ALCÁCER GUIRAO, R.: *Discurso del odio y discurso político...*, *ob. cit.*

Será, por tanto, importante que este derecho «goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones», que ha de ser «lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor». Así, 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 contrarían, 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 (168). (...) 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». Sin embargo, respecto a la posibilidad de limitación de este derecho, «se pudiera considerar necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia y que, del mismo modo, la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios». De este modo, se establece un criterio para diferenciar entre ambos extremos, siendo necesario «dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia».

Siguiendo esta línea de argumentación, la STC 177/2015 pone de manifiesto los riesgos derivados de la utilización del Derecho penal en la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión por la desproporción que puede suponer acudir a esta potestad y el efecto desaliento que ello puede generar. Así, en dicha resolución se afirma que los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre

(168) STC 48/2003, de 12 de marzo. Con una interpretación más restringida de esta expresión, véanse la STS de 10 de mayo de 2011 y STS de 28 de diciembre de 2011.

ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal. A ese respecto se incide en que, cuando esto sucede, esas limitaciones siempre han de ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado, lo que, obliga al Juez penal a tener siempre presente su contenido constitucional para «no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático».

Finalmente, la STC 112/2016, de 20 de junio de 2016, recogiendo todos los argumentos anteriormente señalados, se ocupa de la cuestión de la eventual incidencia que podría tener la sanción de un delito de enaltecimiento del terrorismo en el derecho a la libertad de expresión. Concluye el TC que la sanción de este tipo de conductas supone una «legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades». Como se puede apreciar, la nueva línea interpretativa del TC se anexiona los postulados europeos acerca del TEDH, si bien mantiene la necesidad de que el discurso del odio incite, provoque o aliente a la comisión de hechos delictivos para su tipificación.

Algunas de las sentencias citadas han dado lugar a votos particulares de especial interés respecto a la problemática aquí trabajada. Así, la última de las sentencias citadas contiene el voto particular formulado por el Magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos (169), quien se muestra discrepante con el fallo desestimatorio de la sentencia, aduciendo los siguientes fundamentos:

a) El derecho a la libertad de expresión se encuentra íntimamente ligado a la democracia y es uno de los mejores indicadores de su calidad. Es uno de los pilares de una sociedad libre y democrática.

b) El haz de garantías que dispensa el derecho a la libertad de expresión no resulta relevante respecto de manifestaciones acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes. Su campo de

(169) Y, como el propio Magistrado reconoce, no es el único que ha emitido respecto a las restricciones de la libertad de expresión. Véanse: SSTC 73/2014, de 8 de mayo; 18/2015, de 16 de febrero; 65/2015, de 13 de abril, y 177/2015, de 22 de junio.

actuación es, precisamente, aquellas manifestaciones más extremas en que la discrepancia valorativa sea radical en relación con el propio sistema, por la conexión que tienen con una sociedad democrática los principios del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, a los que sirve la libertad de expresión.

c) Es necesario profundizar en el estudio de los elementos que posibilitan la represión penal de conductas de justificación de la violencia y discurso del odio desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión. Así, el Magistrado hace alusión a los siguientes: un análisis más detenido sobre la relevancia que en esta valoración puede tener el mayor o menor impacto de difusión pública dependiendo de la naturaleza de la conducta desarrollada; circunstancias personales de quien realiza la conducta; que la conducta desarrollada coincidiera en el tiempo con actos hostiles hacia las personas afectadas o que se acreditara un contexto de violencia en que esa manifestación hubiera tenido alguna influencia; las concretas manifestaciones proferidas, esto es, que las expresiones utilizadas puedan ser identificadas como defensa de actitudes violentas.

d) Lo determinante desde el punto de vista constitucional, y a cuya exigencia está sujeto el órgano judicial penal, es que la conducta enjuiciada, más allá del estricto cumplimiento de los elementos objetivos y subjetivos del delito, suponga una incitación, aunque sea indirecta, a la violencia.

De manera paralela, con lógicas referencias a la doctrina constitucional, la jurisprudencia de la Sala 2.^a del TS también ha seguido una senda cada vez más incriminadora. Así, mientras que en un primer momento se mostraba más restrictivo frente a las injerencias del Derecho penal en la libertad de expresión en materia del discurso del odio, en los últimos años hemos sido testigos de polémicas condenas por delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas cometidas a través de las Redes Sociales en la forma de chistes de humor negro. Ciertamente, en descargo de los magistrados del Tribunal Supremo siempre podríamos acudir al aforismo «*dura lex, sed lex*», por cuanto tienen que aplicar el delito cuando se cumplan todos los requisitos, objetivos y subjetivos aun cuando no estén de acuerdo con su contenido, en cuyo caso solamente podrían acudir a la previsión del artículo 4.3 CP para la promover la derogación o modificación del precepto, sin perjuicio de ejecutar, desde luego, la sentencia. Sin embargo, la labor de los Tribunales no puede limitarse a un mecanismo estrictamente formal de interpretación y aplicación de los preceptos penales limitándose a constatar la literalidad del precepto y castigando en consecuencia.

Así, queda ya lejana la argumentación de la STS 259/2011, de 12 de abril, que si bien no negaba la posibilidad de castigar la «divulgación del discurso del odio», toda vez que se tratara de una conducta o actitud que implicase «actos de discriminación», limitaba sin embargo su ámbito de aplicación de «manera drástica» (170). Así, se utilizaba el artículo 18 CP, relativo a la provocación y a la apología, como base interpretativa de la tipificación penal del discurso del odio. De esta manera, para evitar cualquier colisión con el derecho a la libertad de expresión, solamente resultarían punibles aquellos actos que supongan «una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo». Y es que, como afirma la resolución analizada, «la expresión o difusión de ideas violentas no puede ser identificada con la violencia que contienen a efectos de su persecución, que sin embargo se justifica cuando supongan una incitación a hacerla efectiva», puesto que «la superación de los límites de los ámbitos protegidos por las libertades ideológica y de expresión, no implica directamente la tipicidad de las conductas», sino solamente «cuando la difusión, atendiendo a la forma y el ámbito en que se lleva a cabo y a lo que se difunde, implique un peligro cierto de generar un clima de hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación contra aquellos grupos o sus integrantes como tales».

El criterio limitador del «peligro cierto» es especialmente importante, debido a que la vigente regulación de algunos delitos de odio admiten también la incitación «indirecta» a la comisión de actos violentos.

En mi opinión, llegados a este punto existen dos frentes diferentes de debate para tratar de arrojar algo de luz sobre la punibilidad de los delitos de odio y su conceptualización como límites al derecho a la libertad de expresión.

1) En primer lugar, en gran medida la solución puede encontrarse en la propia delimitación del concepto de delito de odio anteriormente expuesto, conjugándolo con los límites propios del Derecho penal. En efecto, atendiendo a los principios limitadores del *Ius Puniendi*, habrá que dar la razón a quienes argumentan que si lo que

(170) CUEVA FERNÁNDEZ, R.: *A propósito de la Sentencia...*, *ob. cit.*, p. 102. Sobre los supuestos prácticos que consideraron no aplicable el artículo 510 CP antes de su reforma, véase RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S.: «El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 12, 2014, pp. 192 y ss.

pretenden provocar los crímenes de odio es propagar la intolerancia entre la población, polemizar en el debate político con un «lenguaje del odio» e, incluso, crispas a algunos sectores de la población, ello queda fuera de las finalidades preventivas del Derecho penal en tanto que el odio no es más que un sentimiento (171). Un sentimiento muy negativo y reprochable que obedece a la estrechez de miras de su poseedor –de acuerdo– pero queda fuera de la esfera de exclusiva protección de bienes jurídicos del Derecho penal.

Sin ánimo de trivializar la gravedad de esta clase de delitos, sería tanto como penar la apología de generar un sentimiento de odio e intolerancia en la población y eso no es lo relevante. En este sentido, como afirma Cueva Fernández, el sentimiento de odio se refiere «a un fuero interno que, por lo demás, no tiene porqué implicar automáticamente ningún tipo de conducta» (172). Estaré de acuerdo en que la generación de un clima de odio es un caldo de cultivo para la reproducción de delitos posteriores (173), tanto como para la génesis de ciudadanos descerebrados motivados por la intolerancia. No obstante, mientras que tal incitación al odio debe preocuparnos como ciudadanos (y mucho); quedada fuera de las competencias del penalista en tanto no se transmute en incitación a la comisión de hechos delictivos. Adelantar de este modo la barrera de punición del Estado nos llevaría a tener que castigar penalmente todas aquellas manifestaciones que, de manera indirecta, generen un clima social de crispación, discriminación e intolerancia (174). Ello tendría una incidencia directa en declaraciones sobre economía, política social, etc., así como en otros

(171) En este sentido, véase la acertada crítica de LANDA GOROSTIZA, J. M.: *La política criminal...*, ob. cit., p. 132, cuando indica que el odio es un «sentimiento y no una conducta». En términos similares, 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*. Madrid: Dykinson, 2016, p. 943, quien indica que el concepto de provocación al odio «alude a sentimientos o emociones y no a acciones y cuya inclusión en esta sede resulta, por tanto, no ya solo contrario al principio de legalidad sino al de intervención mínima». SAP de Barcelona, de 29 de junio de 2012: «el odio como concepto es desafortunado por cuanto se trata de una apelación a los sentimientos difícilmente de exteriorizar y por tanto de difícil probanza». Memoria FGE del año 2009, p. 1054: «se presta a no pocos problemas la interpretación de los términos “odio”, “violencia” y “discriminación” siendo deseable la utilización de términos menos indeterminados y que no se presten a la imaginación jurisprudencial».

(172) CUEVA FERNÁNDEZ, R.: *A propósito de la Sentencia...*, ob. cit., p. 105.

(173) RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *La tutela penal...*, ob. cit., p. 82; FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, ob. cit., p. 10.

(174) Conductas muy alejadas de la lesión del bien jurídico y, por tanto, vulneradoras del principio de mínima intervención del Derecho penal; GARCÍA ÁLVAREZ, P.: *El Derecho penal y la discriminación*. Especial referencia al extranjero como

ámbitos de la vida social en los que se puede generar tal clima de odio (como es el caso, por ejemplo, de los deportes). En una democracia supuestamente «no militante» como la nuestra, el discurso de la intolerancia que no suponga un peligro cierto y real de comisión de delitos, debe ser atajado desde las instancias educativas, no con el castigo penal.

Ahora bien, esto no supone en modo alguno que los delitos de odio deban de ser desterrados sin más de nuestro arsenal punitivo en la esfera de las declaraciones. Solamente se ha establecido un límite al alcance del castigo de los mismos, amparándonos en los límites constitucionales de la libertad de expresión.

Es perfectamente plausible que un delito de odio basado en el discurso de la intolerancia sea sancionable penalmente, si se interna de lleno en la senda de los actos preparatorios punibles reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico penal. Es decir, es perfectamente posible el castigo de la *provocación* o la *apología*, mediante el discurso del odio, para la comisión de delitos por razón de la intolerancia.

El matiz es importante: no podemos castigar la apología y la provocación del sentimiento de odio entre la población, pero sí podemos castigar la apología y la provocación de delitos motivados por la intolerancia.

Por tanto, una vez conceptualizado el alcance de los delitos de odio en su modalidad de expresión, será preciso analizar si es posible determinar la existencia de un peligro real y cierto de comisión de hechos delictivos mediante la denominada *incitación indirecta*.

2) Asimismo, la cuestión precedente nos lleva a un segundo punto de análisis necesario: para evitar vulnerar el derecho a la libertad de expresión, será necesario un análisis concienzudo de la parte subjetiva de los tipos penales pertenecientes a la tipología de delitos de odio.

Así, como expone Alcácer Guirao, será relevante trazar la diferencia entre expresiones que tienen el «deliberado ánimo de provocar la violencia o la discriminación» –y, en el caso de determinados colectivos de víctimas, debe añadirse el ánimo de injuriar o humillar– de aquellas conductas que «por el empleo de un lenguaje virulento u hostil hacia algún grupo o colectivo social, puedan ser idóneas para generar reacciones de rechazo hacia esos grupos en la opinión pública». La

víctima de discriminaciones penalmente relevantes. Valencia: Tirant Lo Blanch., 2004, p. 239.

lectura jurídico-penal de esa diferencia se encuentra referida a configuración del dolo exigido por el tipo (175).

Desde una perspectiva subjetiva, refiriéndonos a hechos delictivos de eminente carga tendencial puede asegurarse que todas las conductas calificadas como discurso del odio persigan la creación de un clima social de hostilidad –esto es, supongan un «peligro real y cierto»– contra aquellas personas que pertenezcan a un determinado grupo; como desde una perspectiva objetiva, tampoco es posible afirmar que todo discurso del odio sea idóneo para conseguir tales fines.

La interpretación en sentido opuesto –la actual– amplía las puertas a una masiva criminalización de determinados aspectos de la realidad social que, por mucho que nos resulten desagradables a los que no pensemos de la misma forma, quedan amparados por la libertad de expresión.

En este sentido, como trataré de exponer, prescindir de determinados elementos subjetivos en los delitos de odio supone dirigirnos hacia un automatismo inflexible en la aplicación de la norma. No es algo nuevo en las últimas reformas penales y en su exégesis jurisprudencial: se trata de un «curioso» proceso legislativo e interpretativo, que podría denominarse «objetivación de lo subjetivo y subjetivización de lo objetivo».

Es frecuente que las más recientes líneas jurisprudenciales traten de prescindir de los elementos subjetivos específicos de los tipos penales más allá del dolo genérico (176). Y ello, entiendo, por dos principales motivos en lo que se refiere a nuestro objeto de estudio:

a) Por las dificultades que entraña el análisis de los aspectos internos que pertenecen al «arcano» de la conciencia humana.

(175) ALCÁCER GUIRAO, R.: *Discurso del odio y discurso político...*, *ob. cit.*, p. 02:16.

(176) Así, por ejemplo, la STS 846/2015, de 30 de diciembre, expone: «la doctrina más moderna y también el Código Penal de 1995 han abandonado las añejas construcciones sobre elementos subjetivos especiales en los delitos paralelos de injuria y calumnia, levantadas sobre una frágil base gramatical (el término es interpretado en clave finalística). La teoría del *animus iniuriandi* en los delitos de injuria y calumnia ya se abandonó. Basta un dolo genérico». La STS de 22 de junio de 2016, indica: «la doctrina de esta Sala ya ha excluido el ánimo libidinoso de los delitos de abusos sexuales, siendo lo relevante que el acto sexual en sí mismo considerado constituye un acto atentatorio contra la indemnidad sexual de la víctima, objetivamente considerado, cualquiera que sea el móvil que tuviera el autor de la acción». Incluso cuando los elementos subjetivos del tipo penal se encuentran explícitamente contenidos en la redacción de los preceptos son interpretados de modo muy difuso, hasta el punto de que algunos autores entienden que han sido «devaluados»; véase MESTRE DELGADO, E.: *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, en ALONSO DE ESCAMILLA, A., LAMARCA PÉREZ, C., RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. Y MESTRE DELGADO, E.: *Delitos. La*

b) Porque expresamente no se encuentran recogidas en la descripción del tipo penal, de modo que, para evitar vulneraciones del principio de legalidad, se eliminan de la exégesis de la norma.

Acerca de lo primero, bien podría argumentarse que, pese a que se trata ciertamente de una dificultad probatoria (177), existen modos de llevarla a cabo mediante un estudio pormenorizado e individualizado de cada supuesto concreto. Como he recogido más arriba a modo de ejemplo, pueden recogerse criterios de inferencia más o menos taxativos para identificar aquellos discursos que verdaderamente se internen en la senda de los actos preparatorios punibles o tengan la finalidad de vulnerar la integridad moral de las víctimas. Entre las que ya se han incluido, pueden añadirse (178):

1. La valoración de las medidas preventivas adoptadas por el que ejercita la libertad de expresión en orden a evitar hipotéticas lesiones en la sensibilidad de terceros («actitudes, observadas por el que ejercita el derecho a la libertad de expresión para evitar daños a terceros»).

2. Ponderación entre el marco legítimo de la crítica o la opinión y el uso abusivo de la libertad de expresión que lesiona los derechos de terceros.

3. Diferenciación entre las lesiones «legítimas» –se puede producir la lesión desde un punto de vista sociológico, pero no en térmi-

parte especial..., *ob. cit.*, p. 331, quien expone respecto al ánimo de lucro: «La jurisprudencia ha ido difuminando progresivamente, sin embargo, el alcance de esta expresión (...). La exigencia del ánimo de lucro en estos delitos ha perdido, de este modo, su significado originario, y aun su utilidad». Por otra parte, sin embargo, cuestiones de significación, objetiva se han plasmado en la norma penal desde una perspectiva subjetiva. Tal es el caso de la regulación de los estados peligrosos fuera de los supuestos definidos y tasados por el legislador en la regulación de las medidas de seguridad, siendo posible discrecionalmente la aplicación de la libertad vigilada como medida postpenitenciaria a sujetos plenamente imputables que no se encuentran inmersos en tales situaciones, objetivas. Al respecto, CÁMARA ARROYO, S.: «La peligrosidad criminal del delincuente», en *Derecho y Cambio Social*, núm. 51, 2018, p. 17.

(177) AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al. (2015): *Manual práctico...*, *ob. cit.*, p. 90.

(178) Por ejemplo, los desarrollados por un sector de la doctrina eclesiasticista para los delitos de odio en materia de ofensas a los sentimientos religiosos: FERREIRO GALGUERA, J.: *Los límites de la libertad de expresión: la cuestión de los sentimientos religiosos*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1996. Al respecto, también MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: «Libertad de expresión y libertad de religión. Comentarios en torno a algunas recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 11, 2006; el mismo: «Libertad de expresión y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Vol. 16, núm. 1, 2008.

nos jurídicos (lo que equivale, según alcanzo a entender, en términos jurídico-penales, a la interposición de una causa de justificación dentro del ejercicio legítimo de un derecho o de una exención de la punibilidad)– y lesiones ilegítimas, tanto sociológica como jurídicamente;

4. Delimitación de las meras expresiones críticas, satíricas, irónicas, etc., y la incitación a la comisión de hechos delictivos contra determinados colectivos (*hate speech*).

5. Gravedad concreta de las expresiones, el contexto, alcance y lugar en el que se han emitido, etc.

En segundo lugar, la determinación de esta clase de criterios de inferencia e, incluso, el análisis del contexto concreto y las circunstancias del sujeto activo pueden ser derivados a la labor auxiliar de otras ciencias en el marco de un proceso penal. De este modo, la participación de psicólogos o la efectiva –y tan reclamada– integración de los criminólogos como asesores en los procesos penales pueden ser de gran utilidad en esta clase de supuestos.

Respecto a la segunda de las razones aducidas, los elementos subjetivos específicos en esta clase de delitos habitualmente se había entendido, con razón, implícitamente recogido en el tipo siendo necesario para que la conducta fuera tenida por delictiva. Aunque tal parece ser la interpretación más coherente, la nueva línea jurisprudencial sobre los delitos de odio podría dejar de tener en consideración esta cuestión dando lugar a la aplicación de los preceptos desde una perspectiva formalista.

Los automatismos son el enemigo del Derecho penal ilustrado enmarcado en un Estado social y democrático de Derecho. Se trata de inflexibilidades del sistema que llevan a aplicar la norma sin atender a las circunstancias concretas del caso. La aplicación rigorista de la norma sin atender al análisis de los elementos subjetivos específicos de los tipos penales lleva irremisiblemente a la búsqueda de finalidades exclusivamente «defensistas».

VI. LA INCITACIÓN AL ODIO, LA HOSTILIDAD, LA DISCRIMINACIÓN Y LA VIOLENCIA POR MOTIVOS DE INTOLERANCIA: ARTÍCULO 510 CP

El artículo 510 CP que, para algunos autores, como Gómez Martín, es «uno de los más destacados instrumentos político-criminales con los que cuenta el sistema penal español en la lucha contra el racismo, la xenofobia, la homofobia y toda suerte de

discriminación» (179) ha tenido una difícil construcción legislativa y una más compleja aún interpretación jurisprudencial. Tan tortuoso ha sido el alumbramiento de este tipo penal que el resultado final es una suerte de «aborto» legislativo, un «auténtico engendro penal» en el que, como acertadamente expone Teruel Lozano, se ha querido castigar de una forma más que exhaustiva toda forma de discurso del odio, identificándose erróneamente «discurso del odio» con «delito de odio» (180). La citada STS 259/2011 expuso en términos meridiana-mente claros que la sanción penal de los delitos de odio a través del lenguaje de la intolerancia puede justificarse mientras requiera de la existencia de algún peligro para el bien jurídico protegido que, aunque sea abstracto, tiene que ser *real y no presunto*. En consecuencia, resulta preciso para que se produzcan los elementos del tipo que «se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo».

La observación de estas líneas nos lleva a concluir que cualquier provocación que estimule aquellas ideas debe de interpretarse en el sentido fijado por el artículo 18.1 CP (181). *Incitar* es una modalidad de *inducir*, que se caracteriza por la mayor intensidad de la manipulación psicológica que hace nacer la intención delictiva en su sujeto. Por otra parte, *inducir* significa *provocar*, ser el motor o la causa de una conducta ulterior. La diferencia radica en que, si finalmente se realiza tal conducta posterior, hablaremos de inducción (182), mientras que la incitación o provocación se considera un acto preparatorio punible.

(179) GÓMEZ MARTÍN, V.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*, p. 2.

(180) TERUEL LOZANO, G. M.: *La libertad de expresión...*, *ob. cit.*, p. 32.

(181) De la misma opinión, CANCIO MELIÁ, M.: «Artículo 510», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.)/Jorge Barreiro, A. (Coord.): *Comentarios al Código penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 1274; TAMARIT SUMALLA, J. M.: «Artículo 510» y «Artículo 607», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, 2011, p. 2050; MUÑOZ CONDE, 2013: 766; PORTILLA CONTRERAS, G.: *La represión penal...*, *ob. cit.*, p. 726; en contra, AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al.: *Manual práctico...*, *ob. cit.*, p. 209, entendiendo que esta interpretación llevaría a una doble inconsistencia: a) sería imposible determinar qué delitos en preparación quedan contenidos en este precepto; y, por otro lado, b) se vulneraría el principio de proporcionalidad al establecer el artículo 510 CP penas más elevadas que los delitos base.

(182) JERICÓ OJER, L.: «El caso del Imán de Fuengirola: ¿auténtica comisión del delito de provocación a la violencia (art. 510.1 CP)?», en *Revista Penal*, núm. 18, 2006, pp. 153-175.

Sin embargo, la nueva redacción del artículo 510 CP (183) suprime término provocación (184), en lo que se ha entendido como una clara voluntad de desvincular las conductas descritas en este artículo y las mencionadas en el 18 CP (185). Por otra parte, se incluyen los verbos *fomentar* y *promover*, considerados sinónimos entre sí y con un significado muy parecido a incitar (186), si bien algunos autores los han identificado con conductas de favorecimiento más indirectas (187). Así, fomentar significa literalmente excitar o impulsar algo, de manera análoga a promover que supone impulsar el desarrollo o la realización de algo, en este caso, conductas delictivas. Como puede observarse, en realidad la desvinculación entre la provocación y los verbos típicos utilizados en el precepto no es absoluta en términos lingüísticos.

Como expone contundentemente Lamarca Pérez, «la acción, en definitiva, aunque quizás ahora tras la reforma con carácter más amplio, consiste en una provocación, esto es, en realizar un acto preparatorio de un delito, concepto que, con carácter general, está definido en el artículo 18 del CP como incitación directa por medios que faciliten la publicidad» (188). Se trata de conductas que se encuentran en «límite de la participación intentada» (189). En consecuencia:

(183) Sobre una crítica a la redacción del precepto en el proyecto de reforma del Código penal de 2013, ALASTUEY DOBÓN, 2014.

(184) Favorable a la sustitución del verbo AGUILAR GARCÍA, M. A.: *La reforma...*, *ob. cit.*, p. 8. Estas modificaciones han sido vistas como «una primera lectura positiva» por DE PABLO SERRANO, L. y TAPIA BALLESTEROS, P.: *Discurso del odio...*, *ob. cit.*, p. 5, si bien acertadamente a reglón seguido exponen, de manera análoga a lo aquí expuesto, que «aunque es digna de alabanza la sustitución de «provocación» por «fomentar, promover o incitar», fomentar y promover son términos equivalentes que, en realidad, significan lo mismo que incitar, de manera que su previsión alternativa en el tipo resulta superflua y contribuye al mantenimiento de la indeterminación del delito».

(185) ALASTUEY DOBÓN, C.: *Discurso del odio y negacionismo*, *ob. cit.*, p. 16. AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al.: *Manual práctico...*, *ob. cit.*, p. 203.

(186) ROIG TORRES, M.: «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)», en VV. AA.: *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 1255; TAPIA BALLESTEROS, P.: *Artículo 510...*, *ob. cit.*, p. 186; GASCÓN CUENCA, A.: «La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: la modificación del artículo 510 CP», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2015, p. 75; FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, p. 14.

(187) AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al.: *Manual práctico...*, *ob. cit.*, p. 203.

(188) LAMARCA PÉREZ, C.: *Delitos...*, *ob. cit.*, p. 942; AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al.: *Manual práctico...*, *ob. cit.*, p. 203.

(189) PORTILLA CONTRERAS, G.: *La represión penal...*, *ob. cit.*, p. 717; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal: Parte especial*. 21.ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch., 2017, p. 701; siguiendo a los autores citados, MARTÍNEZ MUÑOZ, C. J.: *Ilícitos penales...*, *ob. cit.*, p. 4.

cambiarlo todo para que nada cambie, práctica lampedusiana a la que nos tiene acostumbrados el legislador de los últimos tiempos.

Frente a esta interpretación, debido a los problemas de proporcionalidad y de determinación de los delitos base sobre los que estaba sustentado este acto preparatorio punible (190), se impone aquella que interpreta el artículo 510 CP como un delito de provocación *sui generis* (191), basado en lo dispuesto en el artículo 18.1 CP, pero autónomo a éste. De este modo, lo que se castigaría no es la provocación a la comisión de delitos basados en la intolerancia o la discriminación, sino directamente la provocación a la intolerancia, el odio y la discriminación. Por consiguiente, tal y como expresan De Pablo Serrano y Tapia Ballesteros, «más allá de la oportunidad y acierto del CP, es indudable que el legislador castiga el puro discurso del odio (*hate-speech*), esto es, la difusión y manifestación de odio a través de la palabra (o imágenes)» (192). El problema aparejado a esta orientación del tipo penal es que no se realiza distinción alguna respecto al alcance y significado del «discurso del odio». Esta forma de entender el tipo penal ha llevado a algunos autores, como Bernal del Castillo (193) o Del Rosal Blasco (194), a indicar que estamos ante una manifestación del denominado Derecho penal de autor, puesto que literalmente la conducta consistiría en «despertar en terceros una actitud interna de rechazo hacia personas de otra raza u orientación sexual, sin necesidad de que tal actitud interna acabe traducándose en la comisión de delito discriminatorio o violento alguno», lo que más allá del merecido reproche moral supone el uso del Derecho penal como herramienta de protección de «intereses exclusivamente morales» (195).

(190) GÓMEZ MARTÍN, V.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*, pp. 7 y 8. Lo cual, como advierte el autor citado, no es del todo imposible puesto que algunos delitos de discriminación están perfectamente identificados en nuestra norma penal. El problema principal, no obstante, era interpretar el concepto de «delito de odio» como una tipología delictiva normativa, lo que, como ya se ha advertido no es posible en nuestro sistema penal. Ahora bien, conforme a la conceptualización que he abordado en los epígrafes anteriores, sería posible una interpretación más taxativa de los delitos base en los que está fundamentado el artículo 510 CP como modalidad específica de provocación.

(191) AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) ET AL.: *Manual práctico...*, *ob. cit.*, pp. 214 y 215; GÓMEZ MARTÍN, V.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*, pp. 11 y ss.

(192) DE PABLO SERRANO, L. y TAPIA BALLESTEROS, P.: *Discurso del odio...*, *ob. cit.*, p. 1.

(193) BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 81.

(194) DEL ROSAL BLASCO, B.: «Comentario al artículo 510 CP», en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), *Derecho penal español*. PE. 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 1056.

(195) GÓMEZ MARTÍN, V.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*, p. 9.

Si bien es posible realizar objeciones a esta crítica, pues como expone Gómez Martín, el objeto de la prohibición penal no es como exige el concepto de Derecho penal autor una personalidad peligrosa o una actitud interna inmoral, sino «la realización de una conducta: fomentar en terceros algunas de las actitudes internas de discriminación, odio o violencia hacia las minorías a las que se refiere el precepto» (196). Con base en esta interpretación, se vulnera la diferencia entre el discurso del odio social y el discurso del odio punible anteriormente reseñada y, por tanto, se produce una fuerte restricción a la libertad de expresión enmarcada en nuestro Estado social y democrático de Derecho. Así considerado, el tipo penal pasaría a ser un delito de lesión y quedaría englobado en una política criminal de corte eminentemente funcionalista: el Derecho penal pasa a tener una mayor injerencia en el sistema de valores democráticos, sustituyendo otras vías menos gravosas para la instauración de tales principios y vulnerando, por tanto, el principio de mínima intervención y carácter subsidiario. Por otra parte, el bien jurídico protegido de carácter colectivo pasa a ser la «seguridad» de determinados grupos especialmente vulnerables ante «posibles» procesos de violencia, hostilidad o discriminación, por lo que, en el fondo, se mantiene la consideración de delito de riesgo abstracto.

En contra de esta posición, entiendo que el primer límite al que debe atenderse a la hora de poder castigar esta clase de hechos delictivos es a la correcta conceptualización de los delitos de odio cometidos mediante el discurso del odio (197). Recordemos que para que el discurso del odio sea punible mediante sanción penal, la provocación no debe ser solo a la discriminación, esto es, a realizar distinciones o segregaciones sino también al uso de la violencia. La mera provocación al sentimiento de odio o el uso de un lenguaje políticamente incorrecto quedan fuera de los límites del Derecho penal.

La segunda de las limitaciones debería encontrarse en la adecuada interpretación de la incitación directa e indirecta. A pesar de las ya mencionadas críticas de la doctrina a la posibilidad de castigar la *provocación indirecta* a la comisión de hechos delictivos (198), el TC ha admitido su posibilidad siempre que exista un peligro cierto. Una

(196) GÓMEZ MARTÍN, V.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*, p. 10.

(197) Una limitación del concepto de «odio» en definitiva, tal y como sostienen TERUEL LOZANO, G. M.: *La libertad de expresión...*, *ob. cit.*, p. 32 y MARTÍNEZ MUÑOZ, C. J.: *Ilícitos penales...*, *ob. cit.*, p. 3.

(198) En contra de estas críticas, GASCÓN CUENCA, A.: *La nueva regulación...*, *ob. cit.*, p. 75; quien considera que esta modificación «positiva ya que podemos encontrarnos con comportamientos que, de una forma indirecta, sutil y taimada, pueden llevar a cabo perfectamente las conductas descritas y, por lo tanto, que el artículo

interpretación no restrictiva de esta última posibilidad llevaría a una ampliación «desmesurada» (199) de las conductas punibles. En el voto particular del Magistrado Sala Sánchez a la STC 259/2007, se señala que la citada resolución interpreta la mera «justificación» del delito o del delincuente como equivalente a la incitación indirecta, esto es, cuando la presentación del delito como justo sea idónea para provocar en otros el deseo de su perpetración o cuando busque «alguna suerte» de provocación al odio.

La mera alusión a una incitación indirecta, sin mayores matices, sobrecargaría la responsabilidad exigible al sujeto actuante, imputándole la probabilidad de que su mensaje pueda producir en el futuro la comisión de hechos delictivos motivados por la intolerancia y la discriminación. No solamente se trata de un riesgo absolutamente abstracto (200), cuando no se ha provocado directamente tales reacciones delictivas, sino que, además, nuestro Derecho penal le estaría responsabilizando por la errática o exagerada interpretación de un mensaje políticamente incorrecto (201). A costa de su libertad de expresión (mal que nos pese a los que no compartimos su mensaje), el emisor se abstendría de pronunciar discursos que puedan ser malinterpretados so pena de incurrir en este hecho delictivo. Podría pensarse que se está ejerciendo una de las finalidades preventivas del Derecho penal, pero lo cierto es que si nadie atiende al mensaje de odio pronunciado no se

especifique que se contemplan tanto las conductas directas como las indirectas es, sin lugar a dudas, un avance en la protección de las víctimas».

(199) LAMARCA PÉREZ, C.: *Delitos...*, ob. cit., p. 942.

(200) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 317, puesto que, en efecto, «no se exige ni la incitación a una concreta acción lesiva, ni la probabilidad, ni la inminencia de que una acción tal se produzca como consecuencia de la incitación o la provocación, sino tan solo el peligro potencial, la incitación indirecta y la provocación mediata». A favor de considerar este delito como un delito de peligro abstracto y justificando su tipificación, DOLZ LAGO, M. J.: *Oído a los delitos...*, ob. cit., p. 23.

(201) Introduzco una interpretación *sensu contrario* a la argumentación contenida en el Voto Particular de Martínez Arrieta, en la STS 259/2011, de 12 abril, donde expone: «la potencialidad persuasiva de las ideas que se difunden no puede ser medida con criterios de lógica, pues sus efectos normalmente exceden de la previsión del autor que difunde y desconoce el resultado que su discurso ofensivo puede causar en terceras personas y su disposición a la concreción de un daño. El difusor de un mensaje no puede prever, en concreto, el resultado que puede provocar su, obra, luego su contenido antijurídico no puede medirse por el resultado que provoca». Entiendo, a diferencia del Magistrado, que si esto es cierto, la solución no puede ser adelantar la barrera de protección, sino eximir de responsabilidad al emisor del mensaje puesto que en ningún paso pudo prever la potencialidad lesiva o de provocación de su mensaje si este no es explícita y directamente incitador a la violencia.

estaría vulnerando ningún bien jurídico protegido y, como se ha advertido, el ciudadano tiene derecho a odiar y, de forma limitada, a expresar tal odio. En consecuencia, tal modo de entender la incitación indirecta supondría una limitación de la libertad de expresión más allá de lo constitucionalmente permitido.

Desde esta perspectiva, o bien se prescinde de raíz de la posibilidad de castigar la incitación indirecta (202) o bien se considera que por *indirecto* debe entenderse un mensaje de odio no explícito en cuanto a su atentado a la dignidad e igualdad de todos los seres humanos, pero que resulte *idóneo* para provocar futuros hechos delictivos. La interpretación se traslada al contenido del mensaje —explícito o no—, mientras que la incitación será siempre buscada por el sujeto activo, suponiendo una provocación a la comisión de hechos delictivos. Aunque no se trata de una solución definitiva ni plenamente satisfactoria a la problemática de este tipo penal, en realidad la cualidad de directo o indirecto debería predicarse del mensaje y no de la incitación.

A reglón seguido de la penalización de la expresión oral del discurso de odio, el legislador tipifica aquellas conductas que tratan de realizar los comportamientos anteriormente descritos mediante escritos u otros materiales, entre los que debemos entender que se incluyen las imágenes (203). En opinión de un sector de la doctrina, este precepto supone un grave atentado contra la libertad de expresión, por cuanto supone el castigo de los precursores de los delitos de odio y no una incitación directa al odio, la violencia o la hostilidad. Por otra parte, no se exige que el editor o el librero se adhieran al contenido del mensaje reflejado en los textos, por lo que se les castiga por el desempeño de su profesión (204).

Por lo demás, los verbos típicos «producir» y «elaborar» pueden resultar simplemente sinónimos, o interpretarse el primero como una creación *ex novo* y el segundo como una composición a partir de lo ya creado previamente por terceros. Como expone Teruel Lozano, el contenido de injusto de la conducta de la letra b queda reducido a producir, poseer o elaborar unos contenidos que tienen una idoneidad potencial para incitar al odio o la violencia, ni siquiera para generar en sí actos de violencia, por lo que, en su opinión, «la debilidad del fun-

(202) DEL ROSAL BLASCO, B.: «Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.): Sistema de Derecho penal. Parte especial. Madrid: Dykinson, 2016, p. 1287.

(203) GASCÓN CUENCA, A.: *La nueva regulación...*, *ob. cit.*, p. 77.

(204) PORTILLA CONTRERAS, G.: *La represión penal...*, *ob. cit.*, p. 742; ALASTUEY DOBÓN, C.: *Discurso del odio y negacionismo*, *ob. cit.*, p. 23; TAPIA BALLESTEROS, P.: *Artículo 510...*, *ob. cit.*, p. 187.

damento del reproche penal en esta figura cuestiona la propia constitucionalidad de la misma» (205).

Respecto al elemento subjetivo del tipo de esta modalidad, se requiere un dolo de consumación, esto es, desear que se consuma el delito y que se incite a la realización del delito como autor o coautor (206). Además de ello, se exige que el delito se lleve a cabo por motivos de intolerancia y discriminación, lo que supone un ánimo subjetivo específico (207) que debería eliminar la posibilidad de condena en supuestos de mera adhesión ideológica, informativa, crítica e, incluso, artística, por muy inmoral que pudiera resultar (208). Por otra parte, existen serias dudas acerca de la posibilidad de estimar la comisión doloso eventual de este tipo delictivo (209).

Ante la estupefacción de la mayor parte de la doctrina, el artículo 510.1.c) CP «resucita» las conductas de negación del genocidio del antiguo artículo 607.2 CP (210), declarado inconstitucional por la STC 235/2007, si bien remozado para adaptarse a la doctrina constitucional, incorporando la exigencia de que tales conductas promuevan o favorezcan un clima de violencia, hostilidad odio o discriminación contra determinados grupos de personas (211). Al margen de considerar errónea la interpretación de la jurisprudencia constitucional por parte del legislador (212), la fórmula utilizada para orillar la inconstitucionalidad del precepto es imprecisa, habiendo sido más contun-

(205) TERUEL LOZANO, G. M.: *La libertad de expresión...*, *ob. cit.*, p. 34.

(206) PORTILLA CONTRERAS, G.: *La represión penal...*, *ob. cit.*, p. 726.

(207) RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S.: *El ámbito de aplicación...*, *ob. cit.*, p. 176. No obstante, existen dudas acerca de si las causas de discriminación forman parte del tipo, objetivo o subjetivo; TAPIA BALLESTEROS, P.: *Artículo 510...*, *ob. cit.*, p. 193, quien indica que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria las incluye dentro del tipo subjetivo. Al respecto, véase SAP Valladolid 162/2005, de 16 de mayo.

(208) Exención propuesta por el Consejo Fiscal que no se tuvo en cuenta en la reforma. DOLZ LAGO, M. J.: *Oído a los delitos...*, *ob. cit.*, p. 24.

(209) En contra PORTILLA CONTRERAS, G.: *La represión penal...*, *ob. cit.*, p. 738; MARTÍNEZ MUÑOZ, C. J.: *Ilícitos penales...*, *ob. cit.*, p. 3; DOLZ LAGO, M. J.: *Oído a los delitos...*, *ob. cit.*, p. 46; a favor, BERNAL DEL CASTILLO, J.: «Política Criminal en España y discriminación xenófoba: la centralidad de los delitos de provocación a la discriminación», en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, Vol. 9, núm. 18, 2014, p. 39.

(210) No obstante, en opinión de TERUEL LOZANO, G. M.: *La libertad de expresión...*, *ob. cit.*, p. 6, «sí que parece digno de aplauso en la reforma operada (probablemente lo único) es la reubicación sistemática del delito de negacionismo para incorporarlo dentro de la más genérica categoría de los «delitos de odio», y ello aunque existan diferencias notables entre ambos tipos de conductas».

(211) Ampliamente en BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La justificación y enaltecimiento...*, *ob. cit.*, pp. 9 y ss.

(212) ALASTUEY DOBÓN, C.: *Discurso del odio y negacionismo*, *ob. cit.*, p. 5.

dente la exigencia de una incitación directa a la violencia, la hostilidad o la discriminación. En definitiva, el precepto continúa siendo una penalización excesiva de la libertad de expresión por cuanto las conductas que simplemente niegan la existencia de este tipo de delitos no son idóneas para generar este clima con una entidad suficiente para considerar como adecuada la intervención penal (213).

Además del delito de negacionismo, se incluyen como modalidades la difusa conducta de «trivializar gravemente» y la de enaltecimiento del genocidio o sus autores. En primer lugar, resulta exagerado y atentatorio contra el principio de mínima intervención e insignificancia el castigo de las expresiones que simplemente tengan como objetivo restar importancia al genocidio (214), por mucho que se adjetiven como «graves» (215). En segundo lugar, respecto al enaltecimiento del genocidio o sus autores, de contenido muy similar al de la apología, como sostiene Alastuey Dobón, «se configura como una modalidad de incitación indirecta al odio u hostilidad contra los grupos víctimas de aquellos delitos, por lo que su tipificación independiente resulta en realidad superflua, sin más valor que el meramente simbólico» (216). En definitiva, como advierten De Pablo Serrano y Tapia Ballesteros, «se establece un adelantamiento desmesurado de las barreras de protección al vincularse la negación, trivialización grave o enaltecimiento de los delitos de genocidio o, en general, contra la Comunidad Internacional, a la promoción o el favorecimiento de «un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación» y no a la incitación de la «violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo», como exige la DM de 2008. El matiz diferenciador es relevante, ya que implica la tipificación de un «delito de clima», sin ningún criterio que lo compense y, además, no existe peligro para los valores tutelados» (217).

El artículo 510.2 CP contiene un tipo privilegiado que conforma una suerte de delito de injurias impropio (218), que castiga las con-

(213) GASCÓN CUENCA, A.: *La nueva regulación...*, ob. cit., p. 79.

(214) AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al.: *Manual práctico...*, ob. cit., p. 204; GÓMEZ MARTÍN, V.: *Incitación al odio...*, ob. cit., p. 14.

(215) BERNAL DEL CASTILLO, J.: «La justificación y enaltecimiento...», ob. cit., p. 11, propone interpretar esta expresión como entenderse como una forma de justificación de los hechos y no considerarla como una negación edulcorada de los mismos.

(216) ALASTUEY DOBÓN, C.: *Discurso del odio y negacionismo*, ob. cit., p. 30.

(217) DE PABLO SERRANO, L. Y TAPIA BALLESTEROS, P.: *Discurso del odio...*, ob. cit., p. 7.

(218) De hecho, PÉREZ DE LA FUENTE, O.: «El enfoque español sobre lenguaje del odio», en PÉREZ DE LA FUENTE, O., y OLIVA MARTÍNEZ, D. (Ed.): Una

ductas que supongan humillación, menosprecio o descrédito de grupos o personas por motivos de intolerancia o discriminación, así como el enaltecimiento o justificación de los delitos que se hubieran cometido contra estos grupos o personas, agravándose las penas en este último supuesto cuando con este tipo de acciones se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

Muchas son las salvedades que se pueden realizar a la formulación de este tipo penal, comenzando por la elección de los verbos típicos (219): la humillación, esto es, atentado contra la dignidad de una persona mediante un proceso de sumisión, cosificación, vejación o escarnio no mantiene la misma significación que el mero menosprecio (hacer de menos) o descrédito (difamación, pérdida de la reputación). Los bienes jurídicos protegidos por este precepto serían, por tanto, tanto la dignidad como el honor de los sujetos pasivos (220).

Por otra parte, promover significa impulsar, lo que a todas luces supone una conducta más grave que el mero apoyo o sostenimiento (favorecer). Finalmente, no tiene la misma significación punitiva generar un contexto de odio, que un clima de violencia, hostilidad o discriminación. En consecuencia, el precepto vulnera el principio de proporcionalidad de las penas, al prever la misma sanción para conductas con distintos niveles de ofensividad (221).

Sobre esta última cuestión, con acertado criterio indica Alastuey Dobón que «no se castigan aquí esos actos de hostilidad, violencia o discriminación, que ya son sancionados en otros preceptos del Código (delitos contra el honor, contra la integridad moral, lesiones, denegación

discusión sobre identidad, minorías y solidaridad. Madrid: Dykinson, 2010, p. 150, ha planteado vincular el discurso de odio al delito de injurias como mejor estrategia de tipificación. Que la trivialización se considere grave, permite para el autor citado valorar este tipo de afirmaciones como conductas que incorporan una actitud de desprecio o rechazo a las víctimas que puede llegar a fomentar una actitud de violencia u hostilidad hacia las personas que forman parte de ese grupo.

(219) Para su interpretación, indica el manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de los delitos de odio, debe estarse a la doctrina y la jurisprudencia sobre los delitos contra el honor (AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al.: *Manual práctico...*, *ob. cit.*, p. 205), aunque el término «humillación» se corresponde también con los delitos contra la integridad moral.

(220) MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal. Parte especial. 20.^a Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 715. En opinión del GÓMEZ MARTÍN, V.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*, p. 15, para la interpretación de los términos «humillación, menosprecio o descrédito» deberá estarse a la doctrina y la jurisprudencia sobre los delitos contra el honor.

(221) ALASTUEY DOBÓN, C.: *Discurso del odio y negacionismo*, *ob. cit.*, p. 19; TAPIA BALLESTEROS, P.: *Artículo 510...*, *ob. cit.*, p. 189.

de prestaciones, etc.), y ni siquiera se castiga la creación del clima que puede favorecer esos actos –por la sencilla razón de que una incitación individual no puede crearlo, a no ser que el contexto social sea propicio–, sino que es, objeto de intervención penal la mera promoción del clima o, dicho de otra manera, la antesala del clima. En consecuencia, podemos afirmar que los tan criticados «delitos clima» entran en nuestra legislación penal, y sin ningún criterio restrictivo que los compense» (222). Según la Guía Práctica para la Investigación y Enjuiciamiento de delitos de odio, por «clima» (223) debe entenderse «una atmósfera o estado de opinión propicio para la reproducción de conductas violentas, hostiles, de odio o discriminatorias» (224) contra determinados colectivos protegidos.

Respecto a la proporcionalidad de las penas en comparación con los delitos básicos contra la integridad moral, Gascón Cuenca considera positiva la reforma, por cuanto castiga más intensamente conductas que «además de lesionar el núcleo esencial de la personalidad de los grupos o individuos tienen por, objetivo crear este clima de tensión, con el propósito de replantear y cuestionar que pueda existir una pacífica convivencia entre una determinada minoría social y la mayoría social, circunstancia mediante la que se materializaría el fomento, la promoción o la incitación directa o indirecta al odio, a la hostilidad, a la discriminación o a la violencia» (225).

Sin embargo, al igual que sucede en el caso del enaltecimiento del genocidio, será harto complicado establecer aquellas expresiones que sean realmente propicias para general tal clase de clima, de tal modo que todo apunta a que tendrá un mayor peso el contexto social previo donde se vierten tales expresiones que las expresiones en sí mismas.

(222) ALASTUEY DOBÓN, C.: *Discurso del odio y negacionismo*, *ob. cit.*, p. 18.

(223) El Consejo Fiscal proponía utilizar el término «actitud» en lugar del de «clima». Al respecto, véase Consejo Fiscal, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código penal, de 8 de enero de 2013; Consejo General del Poder Judicial, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código penal, de 16 de enero de 2013, pp. 246 ss.; y Consejo de Estado, Dictamen al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código penal, n. 358/2013, de 27 de junio de 2013, pp. 66-67; recogiendo esta puntualización, TERUEL LOZANO, G. M.: *La libertad de expresión...*, *ob. cit.*, p. 29, nota al pie n.º 113.

(224) AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al.: *Manual práctico...*, *ob. cit.*, p. 206; GARROCHO SALCEDO, A., «Delito de incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Dir.), *Memento Práctico Penal 2016*. Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 1759; GÓMEZ MARTÍN, V.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*, p. 15.

(225) GASCÓN CUENCA, A.: *La nueva regulación...*, *ob. cit.*, pp. 81 y 82.

Aun con todo, como bien indica Bernal del Castillo para los supuestos de enaltecimiento del genocidio, «en la práctica, serán pocos los casos en que se pueda apreciar que ese clima o estado de posible violencia sea consecuencia del tipo de discurso» (226).

Dentro de la parte subjetiva del tipo se exige un elemento específico, siendo necesaria la comprobación de la finalidad de atentar contra la dignidad o el honor de las víctimas. Deben quedar al margen de este precepto, por atípicas, las informaciones objetivas, declaraciones y opiniones que se enmarquen dentro del ejercicio legítimo de la libertad de expresión, esto es, que no tengan exclusivamente como finalidad la burla y vejación de esta clase de colectivos (227). Asimismo, deben quedar fuera del tipo penal aquellas creaciones artísticas de tono provocador (228), el humor negro y la crítica mordaz por muy irreverente e incómoda que pudiese parecerle a tales colectivos, siempre que la única finalidad de tales creaciones no sea la de degradar al colectivo (229). No obstante, como ya he advertido previamente, nuestra moderna jurisprudencia parece querer prescindir de los elementos subjetivos específicos en esta clase de hechos delictivos y contentarse con el dolo genérico. En todo caso, se deberá analizar el contexto concreto de las expresiones (230) para llegar a la conclusión de que el ánimo del autor era únicamente vejear, humillar o degradar al colectivo implicado. Para ello pueden ser útiles los instrumentos de injerencia antes anotados (231). De lo contrario, el Derecho penal serviría como parapeto de inviolabilidad absoluta de los colectivos vulnerables por razón de la intolerancia, dejando de lado a otras

(226) BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La justificación y enaltecimiento...*, *ob. cit.*, p. 16.

(227) PORTILLA CONTRERAS, G.: *La represión penal...*, *ob. cit.*, p. 746.

(228) Sin embargo, la STC 176/1995, de 11 de diciembre ratificó la condena de la Audiencia Provincial de Barcelona a los autores de un cómic en el que se humillaba a las víctimas del Holocausto.

(229) PORTILLA CONTRERAS, G.: *La represión penal...*, *ob. cit.*, p. 748.

(230) Un moderno estudio sobre la taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en MIRÓ LLINARES, F.: «Taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet», en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 22, 2016, p. 94 y ss., entre otras conclusiones relevantes, «el estudio muestra que en Internet hay muy diferentes formas de comunicación violenta, pudiendo diferenciarse, a grandes rasgos, y dentro de los, objetivos pretendidos por este trabajo, dos formas de categorización. La primera, que atendería esencialmente al motivo de la violencia comunicativa, distinguiría entre el discurso del odio propiamente dicho por un lado, que englobaría todas aquellas expresiones en las que la incitación a la violencia física o la violencia moral se perpetra por razón discriminatoria, y, por otro, la comunicación violenta que abarcaría todas las demás expresiones violentas en las que no hay un motivo discriminatorio».

(231) SUÁREZ ESPINO, M. L.: *Comentario...*, *ob. cit.*, pp. 11 y ss.

potenciales víctimas a las que se les da un trato diferenciado mediante los tipos básicos de injurias o contra la integridad moral. Por otra parte, prescindir del ánimo de ofender o humillar en estos delitos puede dar al traste con generaciones de expresiones de cuya finalidad es el humor (232), sea el chiste más o menos ácido y gracioso, de mejor o peor gusto (piénsese en los inocuos relatos satíricos sobre diferentes etnias o ideologías).

Como se ha indicado, en la letra b) del artículo 510.2 CP se recoge el castigo del enaltecimiento (loa o encumbramiento) o justificación (valoración positiva y, además, una cierta vocación de despertar en terceros una idéntica valoración (233), esto es, supone una reafirmación del acto o constatar la existencia de buenas razones a su favor (234) por cualquier medio de expresión pública o de difusión, de cualquier delito cometido contra un grupo o una persona o personas por razón de su pertenencia a determinados grupos, o de quienes hayan participado en su ejecución. Se trata de un tipo penal tildado de «incomprensible» e «inconstitucional», por cuanto supone la criminalización del enaltecimiento de todos los delitos que se cometan con un móvil discriminatorio, algunos de los cuales no tienen previsto el castigo de la provocación para delinquir (235). Además de ello, el precepto adolece de un exceso en la discriminación positiva de las víctimas de delitos motivados por la intolerancia que supone un agravio comparativo con el resto de víctimas de delitos especialmente graves.

En el numeral tercero del artículo 510 CP se introduce un subtipo agravado que eleva la pena a su mitad superior cuando los hechos se realicen a través de un medio de comunicación social, Internet, etc. La cualificación no tiene explicación alguna, más allá de la búsqueda de una mayor impunidad (236) cuando se realice a través de un seudónimo o «avatar», puesto que en todos los casos se exige el requisito de publicidad. Así, se viene a confirmar que las conductas privadas no

(232) Tanto en las injurias como en los delitos contra la dignidad, la jurisprudencia considera compatible la condena con el denominado *animus iocandi*, careciendo éste por sí solo de eficacia exculpatoria. No obstante, habrá que realizar un verdadero juicio de inferencia para determinar la relevancia del mismo o, al menos, considerar el contexto y alcance concreto de las expresiones.

(233) AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al.: *Manual práctico...*, ob. cit., p. 205.

(234) STS 259/2011, de 12 de abril.

(235) PORTILLA CONTRERAS, G.: *La represión penal...*, ob. cit., p. 748; ALASTUEY DOBÓN, C.: *Discurso del odio y negacionismo*, ob. cit., p. 32; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal...*, 21.ª Ed., ob. cit., p. 705, habla de «dudosa constitucionalidad».

(236) ROIG TORRES, M.: *Los delitos de racismo...*, ob. cit., p. 1263; GASCÓN CUENCA, A.: *La nueva regulación...*, ob. cit., p. 83.

pueden ser típicas puesto que no es posible prohibir los encuentros privados en los que se pretendan realizar este tipo de conductas (237). No obstante, se ha interpretado que como en el resto de numerales del artículo 510 CP ya se exige que la conducta sea realizada públicamente o «por cualquier medio de expresión pública», debe entenderse que la publicidad del artículo 510.3 CP se refiere no a cualquier medio de comunicación pública, sino exclusivamente a sistemas, objetivamente adecuados para llegar a un número masivo de personas (webs, blogs, redes sociales, etc.), mientras que en los demás tipos penales se comprenden aquellos medios de comunicación pública no masiva (charlas, conferencias, etc.) (238). Ciertamente, se han llegado a admitir denuncias por delitos de odio en círculos de comunicación cerrados de cariz privado, aunque colectivos, tales como grupos de *Whatsapp* o chats. La agravación, sin embargo, continúa siendo gratuita, puesto que el mayor alcance del mensaje no garantiza su arraigo y, por tanto, no supone un mayor desvalor de la conducta. Asimismo, el alcance de una charla o conferencia puede ser muy reducido, por lo que la conducta podría ser absolutamente insignificante a efectos penales. El requisito de la publicidad de la conducta no queda explicitado en el artículo 510.2.a CP relativo a la lesión de la dignidad de los sujetos pasivos.

El artículo 510.4 CP exaspera el castigo penal cuando los hechos resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un sentimiento de inseguridad o temor. Se trata, como advierte Lamarca Pérez de conceptos resultan «poco precisos» (239) pero que, además, no mantienen la misma gravedad ni significación jurídica: paz pública se ha utilizado como concepto similar al de seguridad ciudadana definido como protección de personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidad (240); por otro lado, la alusión a un sentimiento de inseguridad o temor (241) (sea real o no) hace orbitar el castigo sobre el mayor o menor alarmismo social, el cual no es un criterio jurídico.

(237) LAURENZO COPELLO, P.: *La discriminación...*, *ob. cit.*, pp. 256 y ss.; GASCÓN CUENCA, A.: *La nueva regulación...*, *ob. cit.*, p. 76.

(238) AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al.: *Manual práctico...*, *ob. cit.*, pp. 206 y 207; GÓMEZ MARTÍN, V.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*, p. 16.

(239) LAMARCA PÉREZ, C.: *Delitos...*, *ob. cit.*, p. 943.

(240) Lo que ha sido interpretado por LANDA GOROSTIZA, J. M.: *La intervención penal...*, *ob. cit.*, p. 351, como proteger las condiciones básicas necesarias para que los miembros de los grupos mencionados en el precepto puedan desarrollar sus actividades como sujetos de pleno derecho en la sociedad.

(241) ALASTUEY DOBÓN, C.: *Discurso del odio y negacionismo*, *ob. cit.*, p. 19.

En opinión de Lamarca Pérez, la medida «más polémica y contraria a la libertad de expresión resulta» (242) de la previsión del artículo 510.6 CP que permite a la autoridad judicial autorizar la destrucción o el borrado de libros, archivos, documentos u otros soportes a través de los cuales se hubiera cometido el delito o el bloqueo o interrupción del servicio de portales de acceso a Internet. Ciertamente, tal medida, que perfectamente puede tacharse de censura, no se concatena con la idea expresada por el TC de que España no es una democracia militante.

Es en la parte subjetiva del tipo penal donde se encuentra el verdadero debate dogmático y la despenalización de determinados exabruptos, chistes de mal gusto, humor negro, etc., que aquí defiendo y que considero es aplicable a esta serie de casos.

Tal interpretación se enmarca en los valores y principios que informan y limitan nuestro ordenamiento jurídico penal: mínima intervención, subsidiariedad, principio de culpabilidad, etc. Baste con recordar, como reza la propia jurisprudencia del TC, que «el juez al aplicar la norma penal, como el legislador al definirla, no pueden reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal» (243). Para que algunos tipos penales verdaderamente sean atentatorios contra un bien jurídico protegido requieren de una determinada intencionalidad, un elemento subjetivo específico, esto es, un ánimo o dolo concreto. Sin la existencia de tal tendencia solamente algunas de las conductas negligentes podrían castigarse como imprudentes y, otras muchas, perderían su antijuridicidad material siendo inanes para el bien jurídico que pretenden proteger e imponer desde el punto de vista penal. Al igual que ocurre en el caso del artículo 510 CP, los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas se engloban dentro de los delitos de odio con base en el denominado discurso del odio. Como he tratado de exponer, una de las notas características de los mismos es el ánimo tendencial que da fundamento a la finalidad de discriminación o intolerancia.

Así, la Audiencia Nacional había remarcado la importancia del contexto a la hora de juzgar esta clase de hechos delictivos. En la SAN 35/2016 de 15 noviembre (244), donde se enjuicia un supuesto

(242) LAMARCA PÉREZ, C.: *Delitos...*, *ob. cit.*, p. 943.

(243) STC 110/2000, de 5 de mayo.

(244) Un comentario completo de la sentencia en GÓMEZ NAVAJAS, J.: «Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal), de 15 de noviembre de 2016 [ROJ SAN 4038/2016]: absolución del delito de humillación de las víctimas del terro-

delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas, el tribunal entendió que «no se percibe el ánimo injurioso, o maltratador, ante la falta de continuidad, que nos situaría en el marco de un debate, que elimina el enfoque renovado de agravio que exige el tipo penal «realización de actos», dado que el comentario que siguió nos sitúa ante las víctimas del holocausto. Es por ello, que si se analiza la frase en el contexto cercano, se aprecia que el otro mensaje resulta ajeno a la temática, se utiliza también en una similar clave de humor hacia todas las víctimas en ambos comentarios, lo que es, objetivamente una derivación de humor macabro que se sustenta sobre toda clase de ofendidos por hechos delictivos sean o no de naturaleza terrorista. Existe un parangón entre todas ellas, y no específicamente por ser una de las ofendidas directamente perjudicada por hecho de la banda terrorista ETA. Se podría incluir en clave de una crítica sobre un debate de actualidad política». Todo apunta a que será necesario, por tanto, corroborar el ánimo concreto de ofender a las víctimas del terrorismo por el hecho de ser precisamente sujetos pasivos de esta clase de hechos delictivos; en el juicio de inferencia para determinar tal animosidad específica del autor será de vital importancia interpretar el contexto concreto en el que se enmarcan tales expresiones, eliminando otros ánimos como el puramente humorístico –aunque macabro y de mal gusto– o crítico con determinadas ideas políticas.

En definitiva, lo que viene a decir el órgano colegiado es que no basta la mera apariencia externa del mensaje, sino que éste tiene que ir dirigido a una finalidad concreta. Del mismo modo que la portada de un grupo de *death metal* extremo en la que se muestra una bizarra composición artística, por poner un ejemplo gráfico y desagradable, de dibujos de cadáveres mutilados no se hace con ánimo de ofender a las víctimas de delitos especialmente graves, el humor negro de mal gusto que haga referencia a la actividad terrorista no implica la justificación de la misma ni la intencionalidad humillar a las víctimas.

Al respecto, se ha dicho que los comentarios de mal gusto son solo reprochables en un plano distinto al de la legalidad penal (SAN de 15 de noviembre de 2016). Asimismo, por muy reprochables que puedan resultar, una importante línea de jurisprudencia viene apreciando que

rismo», en *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 5, núm. 1, 2017, pp. 377-382. La autora mantiene una posición discrepante con la línea aquí plasmada, considerando acertadas las condenas y siendo crítica con la sentencia absolutoria.

el humor negro, el sarcasmo y la crítica política están amparados por la libertad de expresión (SAN de 18 de julio de 2016 (245).

Como subraya la STS 224/2010, de 3 de marzo, con cita de la STS 585/2007, de 20 de junio, es necesario un análisis particularmente riguroso de las concretas circunstancias en las que el acto humillante, hostil o vejatorio se produce, las frases y/o acciones en que se materializa, y su ocasión y escenario a fin de una ponderación equilibrada entre el ilícito penal y la libertad de expresión e ideología. Lo señala la STS 812/2011, de 21 de julio, por remisión a la STS 31/2011, de 2 de febrero: en esta clase de delitos es importante no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, su contexto la circunstancias concomitantes pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión (246).

El TS ha manifestado en resoluciones precedentes que los elementos subjetivos de los tipos penales que se acreditan mediante juicios de inferencia pueden considerarse como hechos psíquicos insertables en la narración fáctica de la sentencia, aunque en la práctica también se acude a la opción tradicional de recoger en el «*factum*» solo los datos objetivos externos que permiten colegir el hecho psíquico a través de un juicio de inferencia.

Ahora bien, como se ha puesto de manifiesto, la reciente jurisprudencia del TS sostiene que el tipo penal previsto en el artículo 510 CP no recoge expresa y específicamente en su dicción ningún elemento subjetivo, ya sea como componente del dolo o como integrante de un elemento subjetivo del injusto. No comparto tales afirmaciones. Entiendo, por el contrario, que el delito debería requerir un elemento indispensable en su parte subjetiva. Que no se exija de forma literal en el precepto un elemento subjetivo específico no significa que no se precise que la conducta tenga que resultar tendenciosa para su punición, sino que el dolo o cualquier elemento del injusto puede colegirse de los hechos declarados probados y argumentarse después en la fundamentación jurídica de la sentencia, sin que eso conlleve una indefensión del acusado ni tampoco unas limitaciones en las posibilidades de impugnación de la sentencia.

(245) Un comentario completo de la resolución en BAUTISTA SAMANIEGO, C.: «Comentario a la sentencia de 18 de julio de 2016 de la sección 1.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional», en *Diario La Ley*, núm. 8889, 2016.

(246) STS 820/2016 de 2 noviembre.

Sin embargo, se ha admitido que debe quedar probado que las expresiones vertidas por el acusado constituyen una manifestación del mencionado «discurso del odio». Para ello, siguiendo nuevamente la reciente jurisprudencia del TS, deberá corroborarse que en dichas expresiones se utilizan unas palabras y unos sintagmas que, al albergar unas connotaciones intolerables, hostiles y discriminatorias, así como que las locuciones utilizadas en la redacción de los mensajes transparenten sin necesidad de complejas argumentaciones cuál es el ánimo con que actuó el acusado.

Si utilizamos la argumentación esgrimida en la ya reiteradamente citada STC, de 7 de noviembre de 2007, para el delito de negación y justificación del genocidio –muy similar en muchos aspectos sobre el fondo de la cuestión–, para que pueda entenderse cometido un delito enmarcado en el «discurso del odio», debe «apreciarse en dicho tipo penal el referido elemento tendencial de perseguir objetivamente la creación de un clima social de hostilidad. Y ello porque dicho elemento tendencial puede operar como una incitación indirecta a la comisión de un delito» (247).

Siguiendo esta línea expositiva, el TC concluye que el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal, «siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el artículo 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE». Sucederá solamente así «sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia».

Ciertamente, como ha expuesto Ramos Vázquez existen algunas dificultades en esta interpretación que van «desde el problema probatorio (o, en el peor de los casos, la utilización de presunciones) hasta la evidente dificultad de trazar una frontera clara entre expresión de juicios de valor, adhesión a una determinada ideología y peligro real para bienes jurídico-penales» (248). Por ello, en mi opinión, resulta fundamental realizar un juicio de inferencia sobre el ámbito tendencial de esta clase de ellos delictivos, así como la verdadera puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos de los ciudadanos.

Si, como ha expuesto el TS, «la finalidad [del art. 578 CP] es combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, abortando toda clase de justificación y apoyo para lo que no son sino cumplidos atentados contra la

(247) RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: *Presente y futuro...*, *ob. cit.*, p. 788.

(248) RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: *Presente y futuro...*, *ob. cit.*, p. 793.

significación más profunda del propio sistema democrático» al menos debe exigirse esa voluntad de apoyo y promoción y no un mero ánimo de mofa.

Y es que, como ha expresado la SAN 29/2016, de 8 noviembre, «el Estado de Derecho, respalda no solo los discurso que pudiéramos entender como agradables, sino aquellos otros también hostiles e hirientes, quedando a salvo aquéllos otros que devienen incitación y ensalzamiento del uso de la violencia». De ajustarse la conducta al marco constitucional de esas libertades operaría una causa de exclusión de la antijuridicidad canalizable a través del artículo 20.7 CP (249) (ejercicio legítimo de un derecho). Y, en caso de duda razonable sobre la finalidad concreta de los mensajes, operaría el principio procesal de *in dubio pro reo* para mantener incólume el principio de presunción de inocencia.

Mueve al jurista la loable convicción de que ningún Derecho penal de inspiración constitucional y democrática puede ser potestativamente expansivo y que, cuando la norma se inclina hacia la inseguridad jurídica u orilla los principios fundamentales y limitadores del mismo, es función del intérprete-aplicador, el judicial sobre todo, contener tal recusable desbordamiento de la que, por su virtud, deja de ser la última o extrema ratio.

Al elemento subjetivo específico en los delitos de odio cometidos a través del discurso del odio ha hecho referencia el STC 112/2016, de 20 de junio, donde aborda específicamente la legitimidad constitucional de la ley que amenaza con sanción penal si bien referido a los comportamientos enaltecedores o justificadores acomodados en el artículo 578 CP.

La resolución de nuestro intérprete constitucional se centra no solamente en el caso concreto (250), sino estableciendo en abstracto las pautas que hagan conforme a los valores constitucionales la decisión del legislador, antes que la del juzgador.

Y el Tribunal Constitucional proclama (251): a) El carácter institucional del derecho a la libertad de expresión; b) el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de

(249) STS 846/2015 de 30 diciembre.

(250) Acerca de una crítica a la metodología del «caso concreto», abogando por un desarrollo sistemático y una verdadera doctrina del derecho a la libertad de expresión, véase URRIBE BARRERA, J. P.: «Los límites entre la libertad de expresión y el Derecho penal: principales variaciones metodológicas en la doctrina penal española», en *Cuadernos de Política Criminal*, 2.^a Época, II, núm. 122, 2017, pp. 301 y ss.

(251) STC 177/2015, de 22 de julio.

manifestaciones que alienten la violencia y c) la proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Ahora bien, queda reflejada en la reciente jurisprudencia que la interpretación constitucional de estos preceptos solamente «se auspicia en la medida que el tipo acude a juicios de valor y por ello cabe reclamar lo que denomina «elemento tendencial», aunque éste no venga expresado en la literatura del precepto penal.

Por su parte, en la STC 177/2015 se afirma que, ante conductas que pueden ser eventualmente consideradas manifestaciones del discurso del odio, la labor de control constitucional que debe desarrollarse es la de «dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular Tribunal Supremo el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia». Asimismo, en la misma resolución, se advierte 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 contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población».

En este sentido, considero correcta la fundamentación de la STS 378/2017 de 25 mayo que se incardina en los argumentos que he explicado con anterioridad. En primer lugar, aunque se cumpla el tipo objetivo, la antijuridicidad puede resultar excluida, incluso, asegura la resolución citada «formalmente, es decir sin entrar en el examen de determinadas causas de justificación, si aquella descripción no incluye expresamente algún otro elemento que los valores constitucionales reclaman al legislador para poder tener a éste por legítimamente autorizado para sancionar esos comportamientos formalmente descritos como delito. Es decir, no se trata de que debamos examinar si concurre un elemento excluyente (negativo, si se quiere) de la antijuridicidad, como podría ser el ejercicio de un derecho a la libertad de expresión. Se trata, antes, de que se debe comprobar si en el comportamiento formalmente ajustado a la descripción típica concurre además algún otro elemento que haga constitucionalmente tolerable la sanción penal». Por tanto, la primera de las exigencias limitadoras para la condena por esta clase de delitos es la constatación de la concreta intención del sujeto activo. A esta

exigencia se une según el TS otra exigencia ya mencionada en este trabajo y que, aunque debe ser abarcada por el dolo del autor, debe constatarse, objetivamente: una situación de riesgo real y cierto para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. Más aún, en mi opinión, no existen demasiados discursos de la intolerancia que puedan suponer *per se* un verdadero órdago a nuestro sistema de valores constitucionales. Y, en última instancia, el refuerzo de tal sistema de valores y libertades no puede quedar exclusivamente en manos del Derecho penal.

De todo lo anterior, continúa la resolución precitada, se colige que «la relevancia a efectos de tipificación, como cuestión de legalidad ordinaria, pero bajo exigencias constitucionales, de la acreditación de con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Y de la valoración sobre el riesgo que se crea con el acto imputado. Por más que tal riesgo haya de entenderse en abstracto como «aptitud» ínsita en la actuación imputada».

Por último, siguiendo la fundamentación esgrimida por el Alto Tribunal, debemos acudir al criterio interpretativo incluido en la Directiva de la UE 2017/541 (252) (considerando 10) donde se establece que: «Los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con, objeto de, obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población. Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional».

Este modo de proceder es plenamente coherente con las consideraciones dogmáticas que un sector de la doctrina ha emitido sobre los denominados delitos de peligro abstracto y que, pese a las pragmáti-

(252) Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, publicada el 31 de marzo de 2017. El período de trasposición a nuestro ordenamiento jurídico interno concluye el 8 de septiembre de 2018.

cas críticas de Dolz Lago (253) y las contenidas en los Votos Particulares (254), parecen dirigirse en la dirección correcta de interpretación, al indicar, como Mir Puig, que en los delitos de peligro abstracto, la «peligrosidad que se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano» (255); asimismo, Pérez Sauquillo expone en una línea similar la necesidad de «exigir por vía interpretativa que el comportamiento en el caso concreto fuera de hecho peligroso, objetivamente *ex ante*, o en otras palabras, idóneo en el momento de la acción para producir el menoscabo lesivo aunque no se requiera tampoco una concreta puesta en peligro *ex post*. De este modo, a pesar de la ausencia de un desvalor de resultado en el injusto material, se garantizaría la existencia de un verdadero desvalor (objetivo) de la acción. Ello cuando se afirma, junto con ese desvalor de la acción, la existencia de un «desvalor potencial de resultado» derivado de la posibilidad de que en la situación concreta

(253) Quien acude para justificar el riesgo abstracto en esta clase de delitos a los eventos históricos acaecidos en la II Guerra Mundial; Dolz Lago, 2015: 23 y 24. Si de evitar la repetición de los acontecimientos más bochornosos de la historia reciente de Europa se trata, más bien debería acudir a instancias anteriores a la política criminal. Debe recordarse que el régimen nazi nació de las mismas instituciones oficiales alemanas y fue legitimado por el pueblo alemán. Si tomamos como base este ejemplo para determinar un peligro abstracto asumible para la punición de los delitos de odio, deberían prohibirse –e, incluso, condenarse, tras la reforma operada en 2012– todos los partidos políticos con posicionamientos cercanos a la intolerancia o la discriminación, tales como aquellos que representan la denominada «ultra derecha». Por otra parte, podría construirse un argumento similar pero en sentido contrario invocando el recuerdo de la exclusión de determinadas ideas políticas socialistas, comunistas, anarquistas, de secesionismo territorial y antisistema de carácter pacífico en algunos regímenes políticos democráticos por la vía de la censura y los límites a la libertad de expresión; al respecto véase MIRA BENAVENT, J.: *Algunas consideraciones político-criminales...*, *ob. cit.*, p. 109.

(254) Así, por ejemplo, el magistrado Don Andrés Martínez Arrieta en el Voto Particular a la STS 259/2011, sostiene que para la realización de los tipos penales que se fundamentan en la punición del discurso del odio, basta «con la generación de ese peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del «discurso del odio» que lleva implícito el peligro al que se refiere el tipo. De ahí que los Convenios Internacionales anteriormente señalados, refieran la antijuridicidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del discurso que contiene un mensaje odioso que, por sí mismo, es peligroso a la convivencia. Los dos tipos penales requieren para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas que puedan ser incluidas en el discurso del odio, pues esa inclusión supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia y de discriminación». Como ya se ha advertido con anterioridad, no puedo adscribirme a este posicionamiento, por cuanto no sería posible realizar una medición empírica de tal peligro y se alude a la creación de un mero sentimiento, lo que queda fuera de la esfera de punición del Derecho penal.

(255) MIR PUIG, S.: *Derecho penal*. Parte General. Barcelona: Reppertor, 2011.

se hubiera podido producir un peligro efectivo para el bien jurídico» (256). Finalmente, en referencia a los delitos de odio Fuentes Osorio expone con claridad meridiana que «la escasa lesividad de los comportamientos incluidos dentro de estas categorías no se aprecia cuando nos centramos en las necesidades preventivas que dan origen a los mismos y los justificamos con la técnica de los delitos de peligro abstracto. Su exigua ofensividad salta a la vista cuando se cambia el enfoque y se analiza su naturaleza desde la perspectiva de la intervención delictiva» (257).

En definitiva, tales posicionamientos doctrinales se sitúan en la más que aceptable línea dibujada por el TS en sus sentencias anteriores a la reforma de 2015 (en concreto, desde el famoso fallo del Caso de la *Librería Europa*), en las que se indica expresamente que «para que el bien jurídico protegido pudiera verse afectado a causa de la difusión de esta clase de ideas o doctrinas, sería preciso que el autor acudiera a medios que no solo facilitarían la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hicieran más intensamente, sino que, además, pudieran, por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover sus sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes. No se trata, pues, solo de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege». En este sentido, son bastante claras las palabras de Asúa Batarrita cuando indica que para afirmar la presencia de una provocación a la violencia es ineludible verificar seriamente el eventual riesgo de la escalada violenta, en cuanto a su claridad y a su conexión de inmediatez (258).

Y es que, «una cosa es proclamar, incluso vociferar, lo que el sujeto «siente», es decir sus deseos o emociones, exteriorizándolos a «rienda suelta» y otra cosa que tal expresión se haga, no para tal expresión emotiva, sino, más allá, para la racional finalidad de procurar que el mensaje, al menos indirectamente, mueva a otros a cometer delitos de terrorismo» (259).

(256) PÉREZ SAUQUILLO, 2015: «Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos colectivos», en *Foro de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, núm. 3, 2015, p. 137; también recoge esta línea de pensamiento BERNAL DEL CASTILLO, J.: «Actos preparatorios y provocación al terrorismo», en *Cuadernos de Política Criminal*, 2.ª Época, II, núm. 122, 2017, p. 8.

(257) FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, p. 14.

(258) Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asúa Batarrita a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado por el Pleno, núm. 956-2009, al que se adhiere el magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré.

(259) Afianza esta línea jurisprudencial la STS 52/2018, de 31 de enero. Sin embargo, con los mismos fundamentos jurídicos ha resultado confirmada la condena a un artista de rap por los mensajes de odio de sus letras en la STS 79/2018, de 15 de febrero.

Actualmente, esta interpretación restrictiva del tenor literal del actual artículo 510.1 CP ha sido discutida doctrinalmente, defendiéndose que la conducta típica no requiere que sea posible como resultado del mensaje un acto agresivo contra cualquier miembro de la asociación contra la intolerancia, pues la afrenta viene a constituir la acción difusora de expresiones que inciten al odio, a la discriminación o a la violencia respecto de aquellos a los que se alude en el artículo 510 CP.

Así, se ha argumentado que «la provocación e incitación no generan en sí mismas ninguna situación «fáctica» concreta, sino que son la antesala de las mismas, al crear las condiciones óptimas para que tal situación de riesgo y peligro se desarrollen en un futuro más o menos inmediato. Al poner el acento en la noción de grupo o colectivo, el legislador pretende un fin incuestionablemente legítimo desde la óptica de la prevención criminal, a saber, que se llegue a inculcar en los destinatarios de la difusión una actitud hostil, de rechazo y violencia, que a la postre desemboque en actos concretos de agresión o discriminación. En las expresiones punibles del artículo 510 CP, el odio es el elemento común, tanto en el sentido de estar movidas por el odio, como, sobre todo, por tratar de transmitir ese odio a los destinatarios del mensaje. Mensajes absolutamente explícitos no pueden sino calificarse como mensajes odiosos que, por sí mismos, son peligrosos para la convivencia. Se diría que, aquel que difunde esa expresión, pretende la eliminación de quien no comparte su ideario con el potencial peligro que ello conlleva. La conducta típica del artículo 510 CP no requiere por otro lado, que sea posible, como resultado del mensaje, un acto agresivo contra cualquier miembro de la asociación contra la intolerancia, pues la afrenta viene a constituir la acción difusora de expresiones que inciten al odio a la discriminación o a la violencia respecto de aquellos a los que se alude en el artículo 510» (260).

En consecuencia, se asume por parte de nuestros Tribunales el argumento «defensista» sin ambages, de modo que bastan los problemáticos fundamentos preventivo-generales antes expuestos para asumir que determinados mensajes, englobados en el denominado «discurso del odio», son atentatorios *per se*, sin que quepa una mayor concreción conceptual. Considero, no, obstante, que frente a esta vía de solución funcional-preventiva, existen posibilidades más acertadas y restrictivas de castigar esta clase de conductas, tratado de conformar un modelo mixto que trate de conjugar la necesidad de demostrar el ánimo de intolerancia en el sujeto activo y la especial protección de la igualdad y la dignidad de los colectivos especialmente vulnerables.

(260) SAP de Santa Cruz de Tenerife, 107/2014, 7 de marzo.