

Discurso de odio, delitos de odio y la agravante de discriminación del artículo 22.4 CP. Especial referencia a la circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 CP

MARTA RODRÍGUEZ RAMOS

*Becaria de Investigación
Universidad Pablo de Olavide*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DELITOS DE OUDIO, DISCURSO DE OUDIO Y LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO. 1. “*Delitos de odio*” y “*discurso de odio*”: una aclaración terminológica. 1.1. El concepto de “delito de odio”. 1.2. El concepto de “discurso de odio”. 2. *La conexión entre los “delitos de odio” y la agravante de discriminación del artículo 22.4 CP.* III. LA CIRCULAR 7/2019, SOBRE PAUTAS PARA INTERPRETAR LOS DELITOS DE OUDIO TIPIFICADOS EN EL ARTÍCULO 510 CP. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: En el presente capítulo se expone a grandes rasgos la confusión que existe actualmente en España en materia de delitos de odio. Partiendo de la presentación de sus orígenes históricos, se realiza un breve análisis de esta compleja categoría jurídica diferenciando los llamados “delitos de odio” de un fenómeno que no tiene porqué ser penalmente relevante y que es hoy especialmente polémico: el “discurso de odio”. Para completar el estudio, se hace referencia a la agravante de discriminación del artículo 22.4 CP –que desde 2017 se encuentra directamente relacionada con aquella figura delictiva–, así como a la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 CP; texto que ha pretendido aportar, sin demasiado éxito, algo de luz en este asunto.

Palabras clave: Delito de odio, discurso de odio, libertad de expresión, discriminación, Código Penal.

I. INTRODUCCIÓN*

Es de sobra conocido que el “odio” está de moda en Derecho penal. En los últimos años, la utilización de este sentimiento como punto de anclaje de conductas de diversa índole se ha multiplicado de manera exponencial, hasta tal punto que, en la actualidad, el fundamento que justificó en un momento dado su tipificación parece haber quedado en el olvido. En lo que hace en concreto a nuestro país, dos son las figuras que vienen sufriendo desde cerca esta suerte de *corriente tipificadora*¹: por un lado, los denominados “delitos de odio”, y, por otro, los “delitos de expresión”, entre los cuales figuran los llamados “delitos del discurso de odio”. Pero ¿de qué estamos hablando exactamente?

Para poder comprender a qué nos referimos cuando utilizamos esta terminología debemos primero tener claro que la tendencia que venimos presentando responde a una opinión que se encuentra profundamente arraigada en la conciencia social general: resulta obligatorio, sea como sea, luchar contra las manifestaciones de rechazo al “diferente”² que amenazan nuestras democracias. En línea con esta idea, se entiende que toda persona que apoye o que, de algún modo, favorezca la intolerancia debe ser castigada, y que, si es necesario, se deben incluir en los Ordenamientos democráticos un número mayor de los denominados “delitos de odio”³. Precisamente a este respecto, JACOBS y POTTER⁴ explican que la lucha contemporánea contra este tipo de delitos no ha nacido de un crecimiento desmesurado de los mismos en los últimos años, sino que esta encuentra su origen en una cada vez mayor sensibilización social ante la intolerancia y ante el éxito de las conocidas como “políticas de identidad”^{5/6}.

* ABREVIATURAS: ACNUDH: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; BJA: Bureau of Justice Assistance; CERD: Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos; ECRI: Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia; FRA: Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; ICERD: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; ODIHR: Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos.

1. La cursiva es nuestra.
2. Este término nace de la óptica subjetiva de un determinado sujeto que le atribuye a otro una serie de características; por tanto, no tiene que entenderse como correcto desde un punto de vista objetivo.
3. De esta manera, GALÁN MUÑOZ, A. Delitos de odio, Discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural? *Revista Penal*. Julio de 2020, n.º 46, p. 42.
4. JACOBS, J. B.; POTTER, K. *Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics*. Nueva York: Oxford University Press, 1998, pp. 3 ss.
5. Siguiendo las explicaciones de JACOBS y POTTER, en las políticas identitarias o políticas de identidad los individuos se relacionan entre sí como miembros de grupos rivales basados en características como la raza, el género, la religión y la orientación sexual. Según esta lógica, resulta estratégicamente ventajoso ser reconocido como desfavorecido y como víctima; ya que, cuanto mayor es el grado de victimización de un grupo, más fuerte es su reclamo moral sobre la sociedad en general (*vid. Ibídem*, p. 5).
6. Una buena muestra de este tipo de políticas es el islamismo, que presenta todos los elementos que caracterizan una política identitaria: apareció en una época de transición

Pues bien, una vez aclarado este trasfondo base, debe tenerse en cuenta que los “delitos de odio” y los “delitos de opinión” poseen orígenes claramente diferenciados. Por una parte, los “delitos de odio” encuentran sus raíces en los movimientos sociales que marcaron la década de los 60 en EE. UU., en el seno de la lucha por alcanzar la igualdad de derechos civiles y terminar con la discriminación racial que ha marcado tradicionalmente la historia del continente norteamericano. Esta realidad, aupada por el éxito de las ya mencionadas políticas de identidad, llevó a la sociedad estadounidense de la época –y, en particular, a sus líderes políticos– a rechazar con cada vez mayor contundencia los comportamientos motivados por prejuicios⁷, lo que condujo al nacimiento del término “*hate crime*”⁸ a mediados de los años 80⁹.

Tiempo después, desde EE. UU. esta expresión fue importada a Europa¹⁰ y, con ello, a España, donde –a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro continente– actualmente carecemos de un Título o Capítulo del CP

social desde comunidades tradicionalmente agrarias y aisladas hacia otras modernas, más plurales y extensas; su ideología da respuesta a la soledad y a la confusión que sufren los individuos; se escudan en la victimización, responsabilizando a grupos ajenos de la situación de infelicidad del individuo; y, por último, pretenden el reconocimiento de la dignidad de manera exclusiva y excluyente, esto es, solo para los miembros de su grupo religioso particular. Así, FUKUYAMA, F. *Identidad. La demanda de dignidad y las políticas de resentimiento*. Barcelona: Deusto S. A. Ediciones, 2019, pp. 86 y 87.

7. Esta actitud se vio reflejada en un gran número de disposiciones normativas, así como en diversas medidas de protección de las minorías históricamente consideradas vulnerables como pueden ser, por ejemplo, la instauración de programas educativos o de creación de empleo para los miembros de estas. De esta manera, JACOBS, J. B.; POTTER, K. *Hate Crimes...*, *op. cit.*, p. 13.
8. La primera referencia expresa a los “delitos de odio” se la debemos concretamente a tres diputados norteamericanos –John Conyers, Barbara Kennelly y Mario Biaggi–, que en 1985 presentaron un proyecto de ley denominado “*Hate Crime Statistics Act*” con el objetivo de exigir al Departamento de Justicia de EE. UU. la recogida y publicación de datos sobre la naturaleza y el número de delitos que se encontrasen motivados por prejuicios raciales, étnicos y religiosos. *Vid. Ibídem*, p. 4.
9. Merece la pena destacar que las medidas que se adoptaron en Norteamérica para combatir este tipo de actuaciones en aquel entonces no solo consistieron en la tipificación de determinados comportamientos discriminatorios que hasta entonces no recibían sanción penal, sino también –entre otras medidas de carácter civil– en el aumento de la pena aplicable a ciertas conductas que ya se encontraban tipificadas. Para más información a este respecto, *vid. Ibídem*, pp. 29-44. Asimismo, 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*. Bilbao: Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, 1999, pp. 106-111.
10. Concretamente, desde Norteamérica la expresión “delito de odio” se impuso en el Reino Unido, a raíz de la polémica que desató el asesinato de un joven negro, Stephen Lawrence, en una parada de autobús en Londres, en 1993. Tal y como explica DE VICENTE MARTÍNEZ, este acontecimiento se hizo especialmente popular tras los atentados ocurridos en el metro de Londres en el mes de julio de 2005 (DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *El discurso del odio. Análisis del art. 510 del Código penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 76. Sobre la normativa penal antixenofoba en el Reino Unido, *vid. LANDA GOROSTIZA, La intervención penal...*, *op. cit.*, pp. 115-128).

dedicado en particular a los delitos de odio¹¹. A pesar de esto, son numerosas las figuras delictivas de nuestro Ordenamiento vigente que pueden incluirse bajo esta rúbrica, siempre en virtud de la amplitud que se le otorgue a su concepto¹². Así, por ejemplo, dentro de la categoría de “delitos de odio” pueden incluirse las amenazas dirigidas a determinados colectivos sociales del art. 170.1, b) CP; las torturas recogidas en el art. 174.1, inciso segundo, CP; la discriminación laboral del art. 314 CP; la denegación de prestaciones públicas o privadas de los arts. 511 y 512 CP; así como todo comportamiento delictivo en el que concurra la circunstancia agravante genérica de discriminación del art. 22.4 CP¹³.

Ahora bien, con el paso del tiempo se comprobó que, en numerosas ocasiones, la comisión de un delito de odio se debe a una razón en particular; concretamente, a “la difusión y generalización de determinadas ideas intolerantes que favorecen y apoyan su realización”¹⁴. Esta realidad –unida a que era precisamente la motivación discriminatoria del autor la que otorgaba mayor gravedad a un delito de odio que a su equivalente no discriminatorio–, llevó a los Estados a tipificar ciertas manifestaciones del conocido como “discurso de odio”, que tiene no tiene su origen en Norteamérica sino en la huella indeleble que dejó el Holocausto en la conciencia social europea^{15/16}. Y es que, tras lo ocurrido en nuestro continente entre 1933 y 1945, no cabía ninguna duda de que el origen del intento de exterminio de judíos, gitanos, homosexuales, personas con discapacidad y otros colectivos

11. Así, DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *Vid. Ibídem*, p. 76.

12. LANDA GOROSTIZA explica que, de optarse por un entendimiento extensivo de los delitos de odio, estos vendrían conformados, como mínimo, por la parte del llamado “discurso de odio” que se encuentra hoy prohibido por nuestro CP y, asimismo, por el resto de comportamientos que se consideran “de odio” –esto es, aquellos en los que el mensaje de desprecio se manifiesta a través de la gravedad de los hechos, como ocurre con la agravante genérica del art. 22.4 CP–; aunque también entiende que podrían entenderse incluidos en la clasificación determinadas conductas discriminatorias como pueden ser los delitos de denegación de prestación o laboral de los arts. 511, 512 y 314 CP. Ahora bien, si por el contrario se observan desde una óptica restringida, los delitos de odio comprenderían todo tipo de agravación de la pena de un determinado tipo delictivo por el hecho de que este se dirija contra un grupo cuyos miembros comparten una serie de características concretas. LANDA GOROSTIZA, J. M. *Los delitos de odio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 25.

13. De esta forma, GALÁN MUÑOZ, A. *Delitos de odio*, *Discurso del odio...*, *op. cit.*, p. 43.

14. En palabras de GALÁN MUÑOZ. *Vid. Ibídem*, p. 43.

15. *Vid. Ibídem*, p. 43.

16. En efecto, según LANDA GOROSTIZA fue precisamente la imagen de una Europa “derruida y abrasada por la barbarie” la que dejó “un rescaldo en la conciencia jurídica que ha determinado un tratamiento excepcional del discurso de odio” [LANDA GOROSTIZA, J. M. *Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011)* del art. 510 CP y propuesta de lege lata. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Enero de 2012, 3.ª Época, n.º 7, p. 299].

por parte del gobierno de Adolf Hitler se debió, entre otros factores fundamentales¹⁷, al fervor que generó en gran parte de la población alemana el discurso nacionalsocialista.

Con semejante telón de fondo, una vez caído el Tercer Reich el Ordenamiento jurídico alemán comenzó a castigar determinados discursos intolerantes, dada la amenaza que el desarrollo de este tipo de manifestaciones suponía –y supone– para el sostenimiento de cualquier país democrático¹⁸. Esta tendencia ha sido luego secundada por otros Estados europeos que defienden, como Alemania, un modelo de “democracia militante”¹⁹, dando lugar al nacimiento de polémicas figuras como el delito de negacionismo, así como al de la agravante de discriminación por motivos antisemitas. No obstante, hay que destacar que a lo largo de este proceso no solo han sido las democracias militantes las que han seguido los pasos del legislador alemán. Otros países como EE. UU., que ha abogado tradicionalmente por la defensa a ultranza del derecho a la libertad de expresión, también se han sumado a esta iniciativa. Con todo, es preciso tener en cuenta –en cuanto a Norteamérica en concreto– que la lucha contra este tipo de manifestaciones intolerantes en países no pertenecientes a nuestro entorno cultural se ha llevado a cabo de manera bastante más laxa que en Europa²⁰, donde el fantasma del nazismo dejaba poco margen de maniobra.

En lo que hace a España, el tratamiento que se le ha venido dando al discurso extremo parecía encontrarse en un relativo “punto medio” entre la

17. El Holocausto nazi bebió directamente de la derrota y la vergüenza que supusieron para el anteriormente denominado “Partido Obrero Alemán” la Primera Guerra Mundial y el Tratado de Versalles, así como del oscuro contexto financiero posterior y de la profunda polarización política y social que marcó al país antes de la Segunda Guerra Mundial [de este modo, GARCÍA FERNÁNDEZ, F. La propaganda nazi: el por qué un pueblo se dejó llevar por ella. (Trabajo de Fin de Grado). Sevilla: Universidad de Sevilla, Facultad de Periodismo. Junio de 2020, pp. 5 y 6]. En efecto, hoy resulta innegable que fue aquel clima de animadversión y rechazo contra ciertos colectivos, fraguado de manera silenciosa pero eficaz, la llave que abrió las puertas a la subida de Hitler al poder mediante cauces supuestamente democráticos y, en consecuencia, a todo el horror que esta traería consigo (así, GALÁN MUÑOZ, A. Delitos de odio, Discurso del odio..., *op. cit.*, p. 43).
18. *Ibidem*, p. 44.
19. En el modelo constitucional de democracia militante –también conocido como “modelo de democracia intolerante”– la dignidad actúa como frontera que asegura la convivencia pacífica en sociedad, despojándose de las garantías que otorgan los derechos fundamentales a cualquier persona que las utilice con la intención de perturbar el sistema (de esta manera, ALCÁCER GUÍRAO, R. Víctimas y disidentes. El “discurso del odio” en EE. UU. y Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2015, año n.º 35, p. 48). Según indicó el TC español en su STC 235/2007, de 7 de noviembre, este modelo constitucional impone “no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución” (F. J. 4).
20. GALÁN MUÑOZ, A. Delitos de odio, Discurso del odio..., *op. cit.*, p. 44.

posición que había adoptado Europa y la que se había adoptado en EE. UU.; sin embargo, finalmente nuestro legislador ha decidido tomar postura en favor de la primera. A pesar de las advertencias que ya había dado nuestra jurisprudencia sobre el riesgo que supone la ampliación de este tipo de delitos²¹, las reformas operadas por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y por la LO 2/2015, de 30 de marzo, han hecho caso omiso a los pronunciamientos de los tribunales y han renovado figuras delictivas que habían sido calificadas por estos o por nuestro legislador como “delitos del discurso de odio”. Esto es lo que ha ocurrido, por ejemplo, con nuestro art. 510, a) CP.

Por cuestiones de extensión, en la presente exposición no podemos detenernos en explicar todos los cambios que las últimas reformas han supuesto para esta figura delictiva. Ahora bien, lo que sí debemos mencionar sin ninguna duda es que el art. 510.1, a) CP ha sido siempre objeto de gran polémica, debido, sobre todo, a la dificultad de lograr una interpretación del mismo que sea respetuosa con el derecho fundamental a la libertad de expresión. De hecho, dada la enorme inseguridad jurídica que rodea –porque aún lo hace– a este tipo delictivo, la Fiscalía General del Estado se ha visto obligada a intentar clarificar la cuestión, para lo cual ha creado la Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal²².

Por si fuera poco, a la problemática ya existente en la materia ha venido a sumarse el art. 22.4 CP –más conocido como “agravante de racismo o discriminación”–, cuya aplicación, según dispone el informe de 2017 del Ministerio del Interior sobre la Evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España, permite otorgar a cualquier hecho delictivo el carácter de “delito de odio”. Todo esto, unido a la confusión que se viene produciendo últimamente entre los conceptos de “delitos de odio” y de “discurso de odio” a raíz de su enorme popularidad, no puede sino provocar una situación de enorme inseguridad jurídica que precisa ser solventada cuanto antes. Por eso, teniendo en cuenta lo afirmado hasta ahora, entendemos que para poder aportar algo de luz en la materia debemos empezar por entender qué es un delito de odio, ya que no ha sido hasta su reconocimiento a nivel internacional que se han llegado a mezclar términos que responden, en realidad, a realidades diferentes.

Pasamos, a continuación, a analizar esta primera cuestión.

21. Buen ejemplo, en particular, de la actitud de nuestro TC a este respecto es la ya mencionada STC 235/2007, de 7 de noviembre, que declaró la inconstitucionalidad del delito de negacionismo hasta ese momento vigente.

22. El texto completo de la Circular puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771.

II. DELITOS DE ODIOS, DISCURSO DE ODIOS Y LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO

1. “DELITOS DE ODIOS” Y “DISCURSO DE ODIOS”: UNA ACLARACIÓN TERMINOLÓGICA

Siguiendo las explicaciones de LAURENZO COPELLO²³, desde su aparición y durante su proceso de construcción a nivel internacional los delitos de odio han estado vinculados a la lucha contra la discriminación en sus diversas formas. Sin embargo, estos se han dirigido hacia un objetivo en particular: la protección de grupos que poseen un mayor riesgo de sufrir actos de humillación o desprecio en base a ciertas características que los señalan como “diferentes” frente al canon social aceptado; o, lo que es lo mismo, como “ajenos al ciudadano que la comunidad reconoce como modelo, como ‘norma’”. Esta tendencia proteccionista se había dejado ver ya en los distintos instrumentos internacionales protectores de derechos humanos que aparecieron, sobre todo, a lo largo de la segunda mitad del siglo XX²⁴. Así ocurría, por ejemplo, en la DUDH, que introdujo por primera vez de manera expresa la referencia a la discriminación en los siguientes términos (art. 7):

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

Pero el primer Tratado internacional que trató de cerca la necesaria protección de ciertos colectivos fue la ICERD²⁵, en vigor desde 1969. Concretamente, es su art. 4 el que se refiere a esta cuestión, estableciendo que los Estados parte deberán castigar penalmente “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”. Más recientemente, ha sido la ECRI la que ha reconocido expresamente esta idea, si bien lo ha hecho en materia del conocido como “discurso de odio”²⁶: según su Recomendación

23. LAURENZO COPELLO, P. Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M. (Coord.); RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. (Coord.); ACALE SÁNCHEZ, M. (Coord.); HAVA GARCÍA, E. (Coord.); RODRÍGUEZ MESA, M. J. (Coord.); GONZÁLEZ AGUDELO, G. (Coord.); MEINI MÉNDEZ, I. (Coord.); RÍOS CORBACHO, J. M. (Coord.); TERRADILLOS BASOCO, J. M. (hom.). *Liber amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. h. c. Juan M.ª Terradillos Basoco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 1.293.

24. En este sentido, LANDA GOROSTIZA, J. M. *La intervención penal...*, op. cit., p. 64.

25. El texto completo de la Convención puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>.

26. Si bien los delitos de odio y el discurso de odio constituyen fenómenos diferenciados, su reproche (ya sea social o jurídico) responde a la misma idea, esto es, evitar

General n.º 15²⁷, “la obligación conforme a derecho internacional de tipificar determinadas formas de discurso de odio”, siendo de aplicación general, se estableció, precisa y específicamente, “para proteger a los colectivos vulnerables”.

A la luz de estas disposiciones internacionales, queda claro que los delitos de odio comparten el elemento de rechazo contra un colectivo determinado; ahora bien, este no es el motivo que justifica una respuesta penal reforzada en estos casos. Siguiendo de nuevo a LAURENZO COPELLO²⁸, lo que les imprime especial gravedad a estas figuras delictivas y, por tanto, legitima su tipificación como categoría jurídica diferenciada no es la actitud interna del autor –interpretación que sería incompatible con un Derecho penal del hecho como es el español–, sino las características concretas del grupo al que el sujeto activo dirige su comportamiento. Dicho de otra forma, la singularidad de estas acciones reside en su carácter discriminatorio, ya que ponen de manifiesto y contribuyen a reproducir estereotipos y juicios peyorativos que posee la sociedad frente a ciertos colectivos. Pero, más allá de esto, su verdadera esencia reside en que la ofensa que este tipo de conductas suponen encuentra su causa en alguna de las circunstancias que identifican al grupo en cuestión, como son, por ejemplo, las establecidas en la definición otorgada por la ECRI.

Afirmado lo anterior, la pregunta que surge a raíz de esta última idea es la siguiente: ¿por qué debería, digamos, “privilegiarse” la salvaguarda de un colectivo determinado frente a la de otro que no posee sus mismos caracteres diferenciales? Pues bien, la necesidad de protección reforzada en estos casos encuentra su razón de ser en la situación de desventaja social que poseen algunos grupos que se encuentran particularmente expuestos a sufrir actos violentos o discriminatorios²⁹. Partiendo de esta situación de inferioridad, los delitos de odio generan una serie de efectos añadidos que superan el riesgo al que normalmente daría lugar la conducta en cuestión si esta fuese dirigida contra un colectivo distinto –por ejemplo, el simple peligro para la vida, para la integridad física, para la propiedad, etc.–³⁰. Este plus de daño se concentra en dos consecuencias fundamentales: para empezar, los delitos de odio, al igual que cualquier ofensa motivada en exclusiva por el desprecio hacia las señas de identidad de un individuo, suponen un ataque a la dignidad personal

la manifestaciones de la intolerancia. Por tanto, entendemos que resulta igualmente aplicable en este punto la referencia realizada por la ECRI.

27. Recomendación General n.º 15 sobre Líneas de Actuación en relación con la lucha contra las expresiones de incitación al odio, adoptada el 8 de diciembre de 2015.
28. LAURENZO COPELLO, P. La manipulación de los delitos de odio, en PORTILLA CONTRERAS, G. (Dir.); VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (Dir.); POMARES CINTAS, E. (Coord.); FUENTES OSORIO, J. L. (Coord.). *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Madrid: Dykinson, 2019, p. 460.
29. Así, LAURENZO COPELLO, P. Sentimientos religiosos..., *op. cit.*, p. 1.295.
30. LAURENZO COPELLO, P. La manipulación..., *op. cit.*, p. 460.

de los miembros del colectivo al que el sujeto pasivo pertenece, ya que parten de “una posición de superioridad asumida y refrendada por la propia agresión, cualquiera que sea la forma que esta adquiera”³¹. Pero, además de esto, con su comisión se provoca un efecto intimidatorio extra que disminuye las expectativas de seguridad y la posibilidad de pleno ejercicio de los derechos fundamentales de la víctima, lo que conlleva, asimismo, la vulneración de su derecho a la diversidad³².

Así las cosas, según lo expuesto, la existencia de los delitos de odio como categoría jurídica diferenciada encuentra su legitimación en el contexto anti-discriminatorio, en el que surgen como herramienta para evitar la creación, perpetuación o profundización de situaciones de desigualdad que afectan a grupos socialmente marginados³³. Al margen, pues, de este signo distintivo, esta figura penal no encuentra justificación alguna, ya que, si los comportamientos que castiga no se dirigen contra colectivos vulnerables, estos pueden quedar subsumidos en otros tipos delictivos o bien perseguirse a través de la agravante de discriminación del art. 22.4 CP. De esta manera, siguiendo de nuevo a LAURENZO COPELLO³⁴, si los delitos de odio fuesen desvinculados de la protección de grupos discriminados y se les pretendiese dar un sentido a partir del sentimiento de hostilidad o aversión que experimenta su autor hacia dichos grupos, sus contornos se desdibujarían y desaparecería el fundamento que da legitimidad a una respuesta penal específica. Y ello porque esta orientación conllevaría asumir que el acto en cuestión merece un mayor reproche, únicamente, “por los motivos perversos que guían el acto, con la inevitable y siempre sospechosa asociación con el nefasto derecho penal de autor”.

Hasta este punto parece que todo está claro. Sin embargo, lo cierto es que la definición de “delito de odio” ha sido siempre objeto de gran controversia y todavía hoy genera ciertas dudas. De hecho, en la actualidad sigue sin haberse llegado a un consenso conceptual en torno a estos tipos delictivos³⁵, lo que

31. En palabras de IBARRA, quien explica que los delitos de odio se manifiestan en conductas que implican comportamientos que violan, o bien invitan a violar, los derechos de los demás y que consagran como valor superior la propia identidad frente a la del resto [IBARRA, E. en MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA. Leyes de Delitos de Odio Una Guía Práctica (OSCE). *Cuadernos de análisis*. N.º 36, p. 5].
32. De esta manera lo explica LAURENZO COPELLO, entendiendo el derecho a la diversidad como el “derecho al pleno desarrollo de la vida pública y privada sin temor a que las particularidades de identidad o las circunstancias personales puedan constituir un obstáculo para la integración social y el ejercicio de los derechos fundamentales tanto del colectivo como de las personas que lo componen” (LAURENZO COPELLO, P. La manipulación..., *op. cit.*, pp. 460 y 461).
33. En este sentido, LAURENZO COPELLO, P. Sentimientos religiosos..., *op. cit.*, p. 1.295.
34. LAURENZO COPELLO, P. La manipulación..., *op. cit.* p. 461.
35. Así, CÁMARA ARROYO, S. El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 2017, tomo 70, fasc./Mes 1, p. 146.

complica en gran medida la cuestión. Ahora bien, esto no quiere decir que los Estados –tanto los pertenecientes a nuestro entorno cultural como los ajenos al mismo– hayan permanecido pasivos ante esta laguna jurídica. Veamos, a continuación, algunas de las propuestas de definición que mayor reconocimiento han obtenido en este sentido.

1.1. El concepto de “delito de odio”

Como explica DE VICENTE MARTÍNEZ³⁶, el término “delito de odio” no es en absoluto ajeno a nivel internacional. Es más, forma parte de la terminología habitual de las instituciones internacionales de mayor envergadura en materia de defensa de los Derechos Humanos y, más específicamente, en materia de no discriminación. Entre estos organismos destacan especialmente los europeos –como la ODIHR, la OSCE, la ECRI y la FRA–, pero estos no son los únicos que han colaborado en la tarea.

Para empezar, de entre los diferentes intentos de acotar el concepto de delito de odio merece la pena destacar el estudio realizado en 1990 por el BJA del Departamento de Justicia de EE. UU.³⁷, que los definía como “crímenes que manifiestan evidencias o prejuicios basados en la raza, religión, orientación sexual, origen étnico, incluyendo en su caso los asesinatos, homicidios no negligentes, violaciones forzadas asaltos agravados, asaltos simples, intimidaciones, incendios intencionados y la destrucción, daños o vandalismo a la propiedad”³⁸. Esta definición, cabe mencionar, difiere de concepto otorgado por el FBI, que, para preservar la homogeneidad de los informes relativos a este tipo de delitos, prefiere hacer referencia, no a delitos “de odio”, sino a delitos “motivados por prejuicios” (“*bias crime*”)³⁹. No obstante, independientemente de esta divergencia, la definición otorgada por el BJA es hoy mayoritariamente aceptada en Norteamérica, a pesar de las peculiaridades existentes en algunos Estados⁴⁰.

En lo que a nuestro continente respecta, la *corriente punitivista*⁴¹ que se viene desarrollando desde hace años en este ámbito condujo, en diciembre del año 2003, a la celebración en Maastricht de una importante reunión del

36. DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *El discurso del odio...*, *op. cit.*, pp. 39 ss.

37. Así, MARTÍN HERRERA, D. Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio. *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*. 2014, vol. 62, n.º 2, p. 17.

38. Esta definición la otorga el BJA en su *Hate Crimes Statistics Act* de 1990, reformada en 2009 (*vid. Ibídem*, p. 17).

39. Tal y como indica FUENTES OSORIO, aunque existen distintos planteamientos al respecto, las expresiones “delitos de odio” y “*bias crimes*” suelen utilizarse como sinónimos (FUENTES OSORIO, J. L. El odio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2017, n.º 19, p. 4).

40. *Vid.* MARTÍN HERRERA, D. Libertad de expresión..., *op. cit.*, p. 17.

41. La cursiva es nuestra.

Consejo Ministerial de la OSCE como consecuencia de la cual los países y los organismos de la UE reconocieron el peligro que representaban las manifestaciones intolerantes y acordaron combatir las, llegando a alcanzar una interpretación unánime del concepto de delito de odio⁴². Así, la OSCE define estos tipos delictivos 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 y 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” (Decisión n.º 4/2003 de la OSCE).

Dos años más tarde, la ODIHR –que es la principal institución de la OSCE– renovó este concepto y definió 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 raza, nacional o étnico origen, lenguaje, color, religión, sexo, edad, minusvalía mental o física, orientación sexual u otro factor similar”.

Pues bien, con todos estos esfuerzos –sin duda merecedores de reconocimiento–, si bien con la definición que otorgara en 2003 la OSCE pretendía limitar y detener este tipo de conductas, lo cierto es que no alcanzó a proteger a ciertos colectivos vulnerables que se caracterizan por factores distintos a los que esta enumera en su concepto. De esta forma, más que encontrar una verdadera solución al problema, lo que consiguió la Organización fue, en palabras de MARTÍN HERRERA⁴³, elaborar “una suerte de cajón de sastre de imposible operativa policial e inimaginable aplicación procesal”. Ahora bien, a favor del esfuerzo de los Estados Miembros hay que reconocer que la dificultad de establecer una definición general de estos tipos delictivos se ve agravada en gran medida debido al carácter cultural y, por ende, cambiante de los prejuicios que marcan la sociedad en un determinado momento histórico, lo que convierte esta cuestión en un asunto que sobrepasa los límites de lo meramente legal⁴⁴.

42. De esta manera se pone de manifiesto en *Leyes de Delitos de Odio...*, *op. cit.*, p. 9.

43. MARTÍN HERRERA, D. *Libertad de expresión...*, *op. cit.*, p. 18.

44. Así, MARTÍN HERRERA, quien dispone que, a pesar de tratarse de un fenómeno reciente, resulta innegable que muchos de estos prejuicios se transmiten generación tras generación por medio de grupos sociales y religiosos, medios de comunicación o de la propia tradición cultural. Ahora bien, este autor insiste en que debe tenerse presente que los comportamientos incluíbles en el concepto de delitos de odio deben ser acotados y centrarse únicamente en aquellas conductas delictivas motivadas por factores discriminatorios, dado que equiparar una idea abstracta con un delito no cometido excedería todos los principios que rigen nuestro sistema penal (*vid. Ibidem*, pp. 18-20).

Pero este no es el único elemento que genera incertidumbre en este ámbito. Precisamente, la confusión nace ya del propio término que se ha decidido utilizar para aunar el fenómeno: el “odio”, un concepto vago y confuso que, más que ayudar a cerrar el círculo de conductas que pueden considerarse incluidas en su seno, lo que genera, en realidad, es inseguridad jurídica *ab initio*^{45/46}. Es más, el hecho de utilizar el odio como columna vertebral de comportamientos de diversa índole permite que frente a estas figuras delictivas puedan invocarse simultáneamente bienes jurídicos distintos, como pueden ser el honor o la dignidad personal⁴⁷. Esta problemática se evidenció, de hecho, tras la reunión de la OSCE en Maastricht, cuando se comenzaron a llevar a cabo las primeras investigaciones sobre delitos de odio en Europa^{48/49}. Y es que a pesar de que con el paso de los años los análisis han ido adecuándose a la realidad social vigente, este proceso de adaptación ha terminado reavivado la confusión que existía anteriormente con respecto a la definición de “delito de odio”, ya que el catálogo de conductas que –según la definición otorgada por la OSCE– lo conforman se ha ampliado hasta tal punto que han terminado incluyéndose bajo su rúbrica comportamientos que no responden verdaderamente a lo que en teoría debe entenderse por “delito de odio”. Más bien, estos se corresponden con una realidad que es especialmente recurrente en nuestros días: el discurso de odio⁵⁰.

Pero, ¿por qué tienden a malinterpretarse los términos “delitos odio” y “discurso de odio”? En lo que hace, al menos, a España, la confusión que existe actualmente en la materia ha surgido de la enorme popularidad que ambas expresiones han alcanzado en los últimos años. Este gran éxito social –que se evidencia en las frecuentísimas alusiones que hacen a los mismos los medios de comunicación–, ha llevado a que distintos actores políticos y judiciales, que poseen el poder de dar un significado propio a esta terminología, hagan un

45. De esta manera, TERUEL LOZANO, G. Expresiones intolerantes, delitos de odio y libertad de expresión: un difícil equilibrio. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. 2017, n.º 36, p. 187 Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6289329>.

46. En este sentido, autores como CÁMARA ARROYO prefieren hablar de “delitos de expresión” y no de delitos de odio, para evitar las confusiones que puede acarrear la utilización del término “odio”, opinión que comparto (CÁMARA ARROYO, S. El concepto de delitos de odio..., *op. cit.*, p. 150).

47. Así, CÁMARA ARROYO, quien insiste en el carácter heterogéneo de los delitos de odio (*vid. Ibídem*, p. 151).

48. *Vid. Ibídem*, p. 77.

49. En la misma reunión –y aunque en este punto solo concurrieron Alemania, Dinamarca, Austria y Finlandia– la OSCE había recomendado a la ODIHR la recopilación de las estadísticas de cada Estado Miembro en este ámbito, así como su información regular a los Estados partícipes. Siguiendo las explicaciones de LÓPEZ ORTEGA, A. I. LÓPEZ ORTEGA, A. I. Análisis y evolución de los delitos de odio en España (2011-2015). *Revista de Antropología Experimental*. 2017, n.º 17, pp. 76-77.

50. Así lo expone LANDA GOROSTIZA, J. M. *Los delitos de odio...*, *op. cit.*, p. 24.

uso interesado de la misma. Como consecuencia de esto, con el paso de los años la definición de “delito de odio” –y, por consiguiente, de “discurso de odio”– se ha desvirtuado y ha tendido ser utilizada con el fin de reprimir la crítica política o las distintas manifestaciones legítimas de malestar social, en contra de lo que venían advirtiendo los organismos internacionales⁵¹. A este respecto, por ejemplo, la ECRI, en el apartado 10, letra c) de su ya mencionada Recomendación General n.º 15, llama a los Estados a establecer las medidas necesarias para perseguir, concretamente, el discurso de odio, pero siempre de manera que estas no sean empleadas “para reprimir la crítica a las políticas oficiales, la oposición política o las creencias religiosas”. En el mismo sentido se manifestó el CERD en su Recomendación General n.º 35, en la que subrayó que “las medidas encaminadas a vigilar y combatir el discurso racista no deben emplearse como pretexto para restringir las expresiones de protesta contra la injusticia, ni las de descontento social o de oposición”⁵².

Pues bien, teniendo en cuenta el estado de la cuestión, para evitar malentendidos y contar con el respaldo jurídico necesario para enfrentarla proponemos acudir al concepto de “delito de odio” que otorgó la OSCE en Maastricht porque, además de ser el que más reconocimiento ha obtenido⁵³, es precisamente el que se viene siguiendo en España, tal y como atestigua el informe del Ministerio del Interior sobre la Evaluación de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España, del año 2017⁵⁴. Pues bien, teniendo clara esta base, ¿a qué nos referimos cuando hablamos, no ya de “delitos de odio”, sino de “discurso de odio”? Responderemos a este interrogante seguidamente.

1.2. El concepto de “discurso de odio”

Como bien indica WEBER⁵⁵, si bien la mayoría de los Estados ha abogado por la penalización de ciertos discursos extremos, a estas alturas todavía no existe una definición universalmente válida de lo que se entiende por “discurso de odio”. De hecho, cada territorio ha terminado optando por un entendimiento particular de los comportamientos que considera englobables en su seno, lo que hace mucho más complejo solventar la incertidumbre que reina en este ámbito. Ahora bien, a pesar de esto, a la hora de afrontar el fenómeno del discurso de odio los Estados cuentan con un importante punto de

51. Así, LAURENZO COPELLO, P. *Sentimientos religiosos...*, *op. cit.*, p. 1.295.

52. *Vid.* apartado 20 de la Recomendación.

53. Así, DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *El discurso del odio...*, *op. cit.*, p. 31.

54. El texto completo de este informe puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/7146983/ESTUDIO+INCIDENTES+DELITOS+DE+ODIO+2017+v3.pdf/5d9f1996-87ee-4e30-bff4-e2c68fade874>.

55. WEBER, A. *Manual on hate speech*. Francia: Publicaciones del Consejo de Europa, 2009, p. 3.

referencia⁵⁶: la Recomendación (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el discurso de odio, aprobada el 30 de octubre de 1997, que fue precisamente la que acuñó el término “*hate speech*”⁵⁷.

En esta resolución, el Consejo de Europa insta a los Estados a actuar contra el discurso del odio entendiéndolo como “todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración”. Cabe destacar que, aunque pudiera parecer que el discurso de odio así entendido no alcanza otras formas de discriminación distintas de la racial o la étnica, lo cierto es que deja espacio suficiente a los Estados Miembros para combatir distintos tipos de expresiones intolerantes. Por otro lado, la Recomendación exige asimismo a los gobiernos “establecer o mantener un marco jurídico sólido que contenga disposiciones de derecho civil, penal y administrativo sobre el discurso de odio que permitan a las autoridades administrativas y judiciales reconciliar en cada caso el respeto a la libertad de expresión con el respeto a la dignidad humana y la protección de la reputación o los derechos de otros”⁵⁸.

Con el paso del tiempo, otras resoluciones han contribuido a adaptar esta definición a la realidad social de nuestro continente. Este ha sido el caso, por ejemplo, de la Recomendación n.º 7 de política general de la ECRI, relativa a las legislaciones nacionales para combatir el racismo y la discriminación racial, de 13 de diciembre de 2002. En su texto, la Comisión establece la necesidad de tipificar lo que identifica como “discurso de odio”, esto es, la incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación, las injurias o la difamación pública y las amenazas, siempre que estas se encuentren dirigidas a personas por razón de su raza, color de piel, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico. Igualmente, recomienda contener la expresión pública, con fines

56. En el mismo sentido, TERUEL LOZANO, G. M. *Expresiones intolerantes...*, *op. cit.*, p. 186.

57. De esta manera, DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *El discurso del odio...*, *op. cit.*, p. 40.

58. A tal fin, continúa la Recomendación, “los gobiernos de los Estados miembros deben examinar las formas y maneras de: estimular y coordinar la investigación sobre la eficacia de la legislación y la práctica jurídica vigentes; revisar el marco jurídico existente para garantizar que se aplique de manera adecuada a la diversidad de nuevos medios y servicios y redes de comunicaciones; elaborar una política coordinada de enjuiciamiento basada en directrices nacionales que respeten los principios enunciados en la presente Recomendación; añadir órdenes de servicio comunitario a la gama de posibles sanciones penales; potenciar las posibilidades de combatir la incitación al odio a través del derecho civil, indemnizar a las víctimas del odio y prever la posibilidad de dictar órdenes judiciales que permitan a las víctimas un derecho de respuesta u ordenar retracción; proporcionar al público y a los profesionales de los medios de comunicación información sobre las disposiciones legales que se apliquen al discurso de incitación al odio”.

racistas, de ideologías supremacistas basadas en estos factores discriminatorios, así como la minimización descarada, la justificación o la apología públicas, también con fines racistas, de los delitos de genocidio o de lesa humanidad^{59/60}.

Pues bien, esta última definición la ha acabado asumiendo TEDH, que ha incluido en el catálogo de conductas que conforman el discurso de odio “todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia”⁶¹; así, toda conducta que encaje en este concepto queda excluida del ámbito de protección de la libertad de expresión⁶². En lo que a la jurisprudencia española se refiere, el TC ha hecho también referencia expresa a este fenómeno tal y como fue acuñado por el Comité de Ministros y utilizado en la doctrina europea: en su famosa STC 235/2007, de 7 de noviembre, concretamente en su F. J. quinto, el Tribunal define el “llamado discurso de odio” como “aquel discurso que incite directamente a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular”.

Cabe destacar que, hoy en día, con el desarrollo de los medios de comunicación y, sobre todo, con la inevitable presencia de internet, el discurso de odio ha renovado su protagonismo y se ha fortalecido a costa de nuevos destinatarios, como pueden ser algunas comunidades religiosas, el colectivo LGTBI e incluso los pobres. Este hecho se ha visto plasmado en la última definición formulada por la ECRI, incluida en su Recomendación de Política General n.º 15, relativa a la lucha contra el discurso de odio, que fue adoptada el 8 de diciembre de 2015 con el fin de completar la definición dada en diciembre de 2002. Según la Comisión, “el discurso de odio debe entenderse como 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 condiciones personales”.

59. De este modo, ALCÁCER GUIRAO, R. *Víctimas y disidentes...*, *op. cit.*, p. 52.

60. En este mismo sentido se pronunciaría el Consejo de Europa en la Recomendación de su Asamblea Parlamentaria n.º 1085, de 29 de junio de 2007, sobre Blasfemia, insultos religiosos y discurso del odio por razones de religión, que, basándose en la Recomendación de 1997, establece que el ordenamiento interno de los Estados debe castigar “las manifestaciones que abogan por que una persona o un grupo sean objeto del odio, la discriminación o la violencia sobre la base de sus creencias religiosas” (*vid. Ibídem*, p. 52).

61. STEDH de 4 de diciembre de 2003 (Sección 1ª), caso Müslum Günduz c. Turquía, apartado 37.

62. De esta manera lo define ALCÁCER GUIRAO, R. *Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2012, n.º 14, pp. 02:04-02:05.

Así las cosas, si bien la labor de cada uno de estos organismos –internacionales o no– ha contribuido a encontrar asidero en esta materia tan viva como compleja, la definición de discurso de odio que actualmente goza de mayor aceptación es la ofrecida por el Comité Europeo de Ministros del Consejo de Europa⁶³, según la cual este “cubre todas las formas de expresión que extienden, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otra forma de odio basada en la intolerancia”. En lo que se refiere a la doctrina, al igual que ocurre a nivel institucional, tampoco existe entre ella un concepto unánimemente aceptado, aunque haya cierto acuerdo en torno a algunas de las características de este tipo de manifestaciones. Y es que, citando a DE VICENTE MARTÍNEZ⁶⁴, está claro que el discurso de odio se difunde “con intención de promover odio u hostilidad en contra de un grupo, por lo general, históricamente discriminado, pero al estar sujetas a diversas interpretaciones y opiniones, las manifestaciones de los discursos de odio se vuelven, en ocasiones, difíciles de definir, resultando un tema controvertido, al afectar al derecho de libre expresión, establecer criterios homogéneos que permitan identificar dicho discurso”.

Por tanto, si algo se puede concluir de lo expuesto hasta este punto es que el discurso de odio es, ante todo, un fenómeno “claro en su núcleo” pero “difuso en su alcance”⁶⁵. Al menos en lo que a Europa respecta, todavía no existe una definición cerrada del mismo y, además de esto, estamos hablando de una realidad que se encuentra en constante adaptación. En consecuencia, entendemos que lo que resulta más recomendable es seguir la línea trazada por el TEDH, teniendo siempre presente que no todo discurso que pueda llamarse “extremo”, “de odio”, “intolerante”, o que simplemente sea ofensivo puede constituir un delito de manera automática⁶⁶. Desde luego que este tipo de manifestaciones son reprobables desde el punto de vista de cualquier sociedad que se considere democrática, pero esto, *per se*, no puede nunca justificar el recurso a la que a fin de cuentas es la *última ratio* del Ordenamiento jurídico⁶⁷.

63. Siguiendo a DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *El discurso del odio...*, *op. cit.*, p. 42.

64. *Vid. Ibídem*, p. 42.

65. *Vid. LANDA GOROSTIZA, J. M. Los delitos de odio...*, *op. cit.*, p. 38.

66. Como bien indica TERUEL LOZANO, “No puede confundirse, en sentido jurídico, discurso del odio con cualquier tipo de discurso odioso, intolerante o extremo” (TERUEL LOZANO, G. M. *Expresiones intolerantes...*, *op. cit.*, p. 187).

67. Siguiendo a LAURENZO COPELLO, si bien “la finalidad de evitar comportamientos que supongan un trato despreciativo, vejatorio o violento hacia determinadas personas o grupos por presentar estos ciertos rasgos de identidad –biológicos o sociales– que los distingue de la generalidad’ merece ser valorado positivamente, ‘ello no es suficiente todavía para dar por bueno el modelo de intervención elegido. 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

En relación directa con esta idea deben sin duda reconocerse las aportaciones realizadas por el conocido como “Plan de Acción de Rabat”⁶⁸, que diferencia entre tres categorías de expresión: aquella que es delictiva⁶⁹; aquella que no lo es pero que puede dar lugar a sanciones administrativas; y aquella que no tiene consecuencias penales, civiles ni administrativas, pero que genera inquietud en términos de tolerancia, civismo y respeto a los derechos de los otros. El discurso de odio entra a formar parte de la primera de estas categorías única y exclusivamente cuando cumple con los estándares que con el tiempo han ido perfilando la doctrina y la jurisprudencia, momento en el que pasaría de ser simplemente un “discurso de odio” a ser un “delito del discurso de odio”, que es, a su vez, un tipo de “delito de expresión”.

No podemos extendernos mucho más. Para concluir esta aproximación a la cuestión solo pretendemos dejar clara la idea alrededor de la cual ha pivotado toda nuestra argumentación: “no pueden confundirse ni equipararse los conceptos de discurso de odio (entendido como mensaje de odio) y delito de odio”⁷⁰. Porque este último se refiere siempre a una categoría delictiva, pero el primero no tiene porqué ser jurídicamente relevante⁷¹. Solo existe una

superarse” (LAURENZO COPELLO, P. La discriminación en el Código Penal de 1995. *Estudios Penales y Criminológicos*. 1996, n.º 19, p. 231).

68. El Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (A/HRC/2217/Add. 4), aúna las conclusiones y recomendaciones de una serie de talleres que llevaron a cabo expertos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Ginebra, Viena, Nairobi, Bangkok y Santiago de Chile. Aprobado finalmente en la reunión de recapitulación que tuvo lugar en Rabat los días 4 y 5 de octubre de 2012, este documento nació con un triple objetivo: primero, alcanzar un mejor entendimiento del concepto de incitación al odio nacional, racial o religioso, velando en todo momento por el respeto del derecho a la libertad de expresión; segundo, realizar un análisis exhaustivo del estado de aplicación de la prohibición a la incitación al odio, de acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; y tercero, establecer las medidas aplicables en todas las esferas.
69. Siguiendo a DE VICENTE MARTÍNEZ, la hora de configurar el castigo penal del discurso de odio resulta imprescindible asegurar que la redacción de los tipos sea “clara y precisa” y, además, que se tengan presentes las indicaciones dadas por la ECRI en el Memorándum Explicativo de su Recomendación General n.º 15 sobre Líneas de Actuación en relación con la lucha contra las expresiones de incitación al odio (p. 175): “(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 uso del discurso de odio (como la imposición de sanciones civiles o administrativas)”. *Vid.* DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *El discurso del odio...*, *op. cit.*, p. 44.
70. CÁMARA ARROYO, S. El concepto de delitos de odio..., *op. cit.*, p. 154.
71. El discurso de odio, no como categoría jurídica sino como fenómeno social, entiendo que coincide con la definición que le da DE VICENTE MARTÍNEZ, según la cual constituye “cualquier discurso difundido de manera oral, escrita, en soporte visual, papel o audio, en los medios de comunicación, o internet, u otros medios de difusión social, incluidos cartelera, pancartas u otros medios de distribución social que concreten y

situación en la que convergen ambos fenómenos: cuando el “discurso de odio” constituye un “delito de expresión” y, en consecuencia, encaja en la definición de “delito de odio” otorgada por la OSCE. Este sería el caso, por ejemplo, de las conductas que recoge el art. 510.1, a) CP.

Llegados a este punto, para poder alcanzar una visión de conjunto que nos permita tratar con propiedad el fenómeno de los delitos de odio necesitamos añadir una pieza más a la estructura que venimos presentando, dado que esta se encuentra íntimamente ligada con todo lo que hemos explicado hasta ahora. Es el momento de introducir la agravante de discriminación del art. 22.4 de nuestro CP.

Pasamos, pues, a abordar su exposición.

2. LA CONEXIÓN ENTRE LOS “DELITOS DE ODIO” Y LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN DEL ARTÍCULO 22.4 CP

Tal y como adelantamos en el apartado I del presente trabajo⁷², desde 2017 se considera en España –partiendo de los criterios establecidos por la OSCE– que la aplicación de la conocida como “agravante de discriminación” o “agravante de racismo” permite convertir un hecho delictivo cualquiera en un “delito de odio”. Esta consideración, de acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior, tiene como consecuencia directa que si el hecho delictivo al que se debe aplicar la agravante es un “delito de expresión”, entonces este pasaría a ser, al mismo tiempo, un “delito de odio”. Pero antes de reflexionar sobre esta afirmación, debemos responder a una pregunta: ¿cuándo resulta aplicable esta circunstancia?

La agravante del art. 22.4 CP, después de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, dispone lo siguiente:

“Son circunstancias agravantes: (...)

4.^a Cometer el delito por 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”.

alienten conductas que niegan dignidad e iguales derechos a personas de colectivos minoritarios o mayoritarios, a grupos vulnerables y gentes en riesgo por ser distintos, pudiendo adoptar diversas formas de intolerancia como racismo, xenofobia, antisemitismo, islamofobia, cristianofobia, LGTBIfobia, antigitanismo y gitanofobia, misoginia y sexismo, aporofobia, etnonacionalismo y cualquier otra construcción que implique rechazo, desprecio e irrespeto al prójimo y a sus inalienables derechos humanos”. *Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R. El discurso del odio..., op. cit., p. 43.*

72. *Vid. p. 5 del presente texto.*

Siguiendo a GARCÍA ÁLVAREZ⁷³, en principio, no parece que haya ningún problema en aplicar esta circunstancia a cualquier delito que sea cometido por motivos racistas, antisemitas, ideológicos o por cualquiera de los otros factores discriminatorios enumerados en el precepto. Sin embargo, para que esta aplicación sea respetuosa con los principios más básicos que rigen nuestro sistema penal, es preciso no perder de vista ciertas limitaciones.

En primer lugar, en virtud del principio *non bis in idem*⁷⁴, la agravante de discriminación no podrá apreciarse en ninguna figura delictiva que castigue conductas discriminatorias, ni tampoco en aquellas que presenten como elemento del tipo la consideración de ciertos factores diferenciadores del sujeto pasivo. Así, no podrá aplicarse si el comportamiento del sujeto activo constituye un delito de selección de la raza (art. 161.2.º CP), o un delito de discriminación en el ámbito laboral (art. 314 CP), ni cuando constituye una denegación de prestación de servicios por motivos discriminatorios (arts. 511 y 512 CP), ni en el caso de asociaciones ilícitas por promover o incitar a la discriminación o al ejercicio de violencias discriminatorias (arts. 515.4.º y 518 CP), ni en los delitos de genocidio y lesa humanidad (arts. 607 y 607 bis CP). Tampoco podrá ser apreciada, por supuesto, cuando la conducta encaje en el art. 510 CP, que es considerado por la Fiscalía General del Estado el precepto antidiscriminatorio por excelencia⁷⁵. Aparte de estos casos, el art. 22.4 CP no será aplicable a ninguno de los delitos protectores de colectivos vulnerables, como es el caso del delito de amenazas a un grupo (art. 170.1 CP) y del delito de tortura basado en algún tipo de discriminación (art. 174 CP).

En segundo lugar, dado que el aumento de la pena en estos casos responde a la materialización de una conducta discriminatoria en atención a alguno de los factores diferenciadores del sujeto pasivo recogidos en el art. 22.4 CP, para resultar este aplicable deberá haberse perpetrado un delito en el que el sujeto pasivo sea una sola persona y que, además, proteja un bien jurídico de titularidad individual. En este sentido, existen diversos posicionamientos entre la doctrina en cuanto a la posibilidad de aplicar esta circunstancia en el caso de delitos que se encuentran estrechamente relacionados con la dignidad personal, teniendo en cuenta que el derecho a no ser discriminado bebe

73. GARCÍA ÁLVAREZ, P. La agravante de discriminación: cuestiones problemáticas y su aplicabilidad en los “delitos de opinión” como “delito de odio”. En prensa, p. 21.

74. Tal y como establece el art. 67 CP, las reglas de aplicación de las circunstancias agravantes o atenuantes no pueden aplicarse a aquellas circunstancias “que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”.

75. *Vid.* la Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, de la Fiscalía General del Estado. El texto completo puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771.

directamente de ella. Así, por ejemplo, LAURENZO COPELLO⁷⁶ entiende que no resultaría aplicable al delito de injurias (arts. 208 y 209 CP) ni a los delitos contra la integridad moral (art. 173 CP), “dado que el contenido de injusto capta directamente el efecto de humillación que sufre el sujeto pasivo como consecuencia de la conducta típica”, y este resultado es precisamente el que pretende abarcar la agravante de discriminación.

En lo que a nuestra posición respecta, no podemos secundar las conclusiones de esta autora, ya que entendemos que los tipos delictivos a los que hace referencia –las injurias y los delitos contra la integridad moral– poseen un desvalor de resultado que solo cubre una parte del que poseen los delitos que vulneran el derecho a no ser discriminado⁷⁷. Decimos esto porque, en el primero de los casos, los ataques contra la integridad moral no tienen por qué materializarse necesariamente en una conducta discriminatoria⁷⁸; y, en el segundo, porque el derecho al honor y el derecho a no ser discriminado son bienes jurídicos distintos, lo que significa que presentan desvalores diferenciados⁷⁹.

Aclarada esta base, en el seno de esta cuestión surge otro interrogante: ¿se puede aplicar la circunstancia agravante del art. 22.4 CP a cualquier delito de expresión? Como acabamos de explicar, de acuerdo con el principio *non bis in idem*, la agravante de discriminación no puede aplicarse ni en el caso de delitos que sancionan comportamientos discriminatorios, ni en el de aquellos que tengan como elemento constitutivo del tipo ciertos factores de diferenciación del sujeto pasivo –como es el caso del art. 510, a) CP–. Consecuentemente, la agravante de discriminación no podrá ser apreciada en ningún “delito de expresión” que castigue el discurso de odio; es decir, no podrá aplicarse a ningún “delito del discurso de odio”, pero sí al resto de “delitos de expresión”.

Pues bien, como avanzamos en los apartados anteriores, desde hace años venimos siendo testigos de una *ola tipificadora*⁸⁰ en materia de “delitos de odio” –y, por tanto, también en materia de “delitos del discurso de odio”– que amenaza de manera cada vez más descarada principios elementales de nuestro Ordenamiento jurídico. Dentro de estas pretensiones de expansión punitiva, una de las herramientas de las que se ha valido el legislador ha sido, precisamente,

76. LAURENZO COPELLO, P. La discriminación..., *op. cit.*, p. 284.

77. Siguiendo a GARCÍA ÁLVAREZ, P. La agravante de discriminación..., *op. cit.*, p. 22.

78. Esto se extrae de la Instrucción 6/07, de 9 de noviembre, de la Fiscalía Provincial de Barcelona, según la cual los casos “de violencia física absolutamente gratuita ejecutados con la finalidad de humillar y vejar a la víctima, menoscabando gravemente su dignidad humana, y que normalmente responderán a motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación (...) circunstancia agravante prevista en el n.º 4 del art. 22 del Código penal que, en caso de concurrir, también deberá ser apreciada”.

79. Así lo indica la ya mencionada Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio del artículo 510 del Código Penal, de la Fiscalía General del Estado.

80. La cursiva es nuestra.

el art. 22.4 CP, que a lo largo de sus años de existencia ha sufrido distintas reformas que han ampliado cada vez más su ámbito de aplicación⁸¹. Como no podía ser de otra manera, esta tendencia ha generado numerosos interrogantes, entre los que se encuentra, por ejemplo, la manera en que deben interpretarse los factores discriminatorios que recoge la circunstancia agravante.

Pero no es posible ahora entrar a analizar en profundidad esta cuestión. Entendemos que todo lo expuesto hasta el momento resulta suficiente para aclarar, aunque sea a grandes rasgos, la confusión existente hoy en el ámbito de los delitos de odio. Sin duda, todavía queda mucho trabajo por hacer –tanto a nivel institucional como doctrinal, para alcanzar la seguridad y firmeza que exige una materia como esta (que ya de por sí es difícil de aprehender)–, pero estamos en el camino. En este sentido, la doctrina y las instituciones españolas llevan años realizando una importante labor de exégesis de estos tipos que ha conducido finalmente a que la Fiscalía General del Estado se pronuncie sobre el asunto. Con su Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 CP, este organismo ha intentado facilitar la comprensión de los delitos de odio de cara a su eventual sanción penal. Pero, ¿ha conseguido cumplir su objetivo?

Responderemos a esta cuestión seguidamente.

III. LA CIRCULAR 7/2019, SOBRE PAUTAS PARA INTERPRETAR LOS DELITOS DE ODO TIPIFICADOS EN EL ARTÍCULO 510 CP

El tenor actual del art. 510 CP se debe a la importante reforma operada por la ya mencionada LO 1/2015, de 30 de marzo, que vino a modificar el CP de 1995. Esta norma ha supuesto una transformación de gran calado que no solo ha afectado al contenido de muchos de nuestros preceptos penales, sino que, además, ha evidenciado la postura del legislador frente a las interpretaciones restrictivas de algunos de ellos, las cuales venían siendo defendidas tanto por nuestra doctrina como por nuestra jurisprudencia. Una de las figuras que se ha visto más afectada por la reforma ha sido, efectivamente, el art. 510 CP, que a raíz de la entrada en vigor de la LO ha sufrido varios cambios importantes. Para evitar extender en demasía nuestra presentación, no nos detendremos a exponer en particular cada uno de ellos, pero sí debemos referirnos a una cuestión fundamental que entronca directamente con el objeto del presente apartado. Y es que resulta que, en los últimos años, se han dictado

81. En este sentido, si bien en principio la aplicación de la agravante de discriminación estaba reservada a comportamientos racistas y antisemitas, poco a poco se han ido introduciendo cambios que la han llevado a proteger distintos factores que lo único que comparten es que pueden servir para diferenciar a una persona del resto de la población, pero nada más.

dos sentencias que se han alejado de la línea restrictiva que había guiado la interpretación del art. 510 CP desde su entrada en vigor. Por si esto fuera poco, parece que los planteamientos de la Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 CP, respaldan esta nueva orientación. Veamos cómo lo hace⁸².

Partiendo de la constatación del aumento de los delitos de odio en España⁸³, y tras referirse a las medidas que ha llevado a cabo el Ministerio Fiscal para adaptarse a esta realidad, la Circular 7/2019 considera que el art. 510 CP “se ha convertido en el paradigma de la respuesta penal frente al fenómeno de la discriminación excluyente”, a pesar de la variedad de figuras delictivas que son incluibles en su seno. En este sentido, indica que estas últimas “todavía presentan en su tipicidad unos contornos difusos que, sin duda, dificultan su detección y que, quizá, no permite que afloren penalmente toda la variedad de conductas que presenta el fenómeno”. Por ello, se centra en el estudio de aquel precepto para proponer una serie de reglas que permitan resolver los problemas a los que pueden dar lugar este tipo de comportamientos. Para conseguirlo reúne los puntos que considera comunes a las conductas que castiga el art. 510 CP, que, según la Fiscalía, sirven para identificar correctamente cuáles son los comportamientos discriminatorios o de odio intolerante que merecen reproche penal.

Siguiendo en este apartado las explicaciones de GARCÍA ÁLVAREZ⁸⁴, el primer aspecto que considera que tienen en común las conductas que encajan en el art. 510 CP es el bien jurídico que protegen. Para determinarlo, se basa en tres aspectos: primero, en la ubicación del precepto en nuestro CP –dentro del Capítulo IV, del Título XXI del Libro–, de la que extrae que lo que este pretende promover es el correcto ejercicio de los derechos fundamentales; segundo, en el sujeto pasivo del delito, que le lleva a concluir que el artículo prohíbe la discriminación como derecho autónomo derivado directamente del derecho a la igualdad; y, tercero, en el hecho de que la igualdad y la no discriminación solo pueden entenderse como manifestaciones de la dignidad

82. Me refiero a la Sentencia 2/2017, de 26 de enero, de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional y a la Sentencia del Tribunal Supremo (a partir de ahora, STS) 396/2018, de 9 de febrero, que venía a casar la primera.

83. En palabras de la Fiscalía, “Tal y como se recoge en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2017 (correspondiente al ejercicio 2016), todos los indicadores ‘apuntan a un incremento’ de estos delitos, fomentados por el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación (TICs) que, en palabras de la STS n.º 4/2017, de 18 de enero (FJ 2), ‘intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento [histórico], podrían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios”.

84. GARCÍA ÁLVAREZ, P. El artículo 510.1, a) del Código Penal a la luz de la Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. En prensa, pp. 5-19.

humana. Pues bien, no obstante este punto de partida, la Fiscalía se limita realmente a concretar las características que debe presentar un comportamiento para poder resultar sancionable penalmente en virtud del art. 510 CP, sin dejar claro cuál es el bien jurídico protegido⁸⁵.

Ya en el epígrafe titulado “Conclusiones”, la Fiscalía termina señalando la dignidad humana como el bien jurídico protegido en este precepto, algo que entendemos inadmisibles. La dignidad de la persona, como fundamento de nuestro Ordenamiento jurídico, es un principio inspirador del mismo, y conforme a él deben interpretarse no solo los derechos, sino los bienes jurídicos que de estos derivan⁸⁶. Pero la dignidad, como tal, no es un bien jurídico. Por eso, desde nuestro punto de vista lo que se pretende proteger en este caso es el derecho a no ser discriminado, tanto desde un punto de vista individual –el de los miembros de los grupos que incluye el art. 510 CP– como colectivo. En particular, entendemos que pretende salvaguardar el derecho a que el sujeto pasivo no vea alterada su situación de igualdad respecto del resto de la sociedad, o bien a que no se mantenga la situación de desigualdad en la que se encuentre.

Pasando a otra cuestión, en la Circular la Fiscalía se pronuncia asimismo sobre el conflicto entre discurso de odio y libertad de expresión, pero lo cierto es que aporta más luces que sombras en este ámbito⁸⁷. Tras comenzar intentando delimitar el ámbito del discurso que resulta penalmente sancionable⁸⁸,

85. Según los planteamientos de la Fiscalía, no es suficiente con constatar la existencia de un trato desigual o discriminatorio, sino que, para poder apreciar la concurrencia de un delito de odio, la conducta debe atentar contra la dignidad de la persona, lo que la convierte en inadmisibles por vulnerar uno de los principios elementales de nuestra sociedad democrática. Sin embargo, ante esta idea me surge una pregunta: ¿cómo puede diferenciarse entre una conducta discriminatoria que atenta contra la dignidad humana y otra que no lo hace? En mi opinión, esta posibilidad simplemente no existe, ya que entiendo que la discriminación peyorativa hacia una persona conlleva *per se* un atentado contra su dignidad.
86. Esto no quiere decir que no deba castigarse penalmente una conducta que suponga una humillación a una persona, más bien al contrario: esta podrá ser sancionada en virtud del precepto concreto de nuestro CP que proteja el bien jurídico que haya resultado afectado, precisamente porque este emana directamente de la dignidad humana.
87. Con respecto a esta cuestión, la Fiscalía utiliza varias resoluciones del TC para defender la preeminencia del derecho fundamental a la libertad de expresión, si bien reconoce que este no tiene carácter absoluto. La Circular confirma que esta podrá limitarse siempre que entre en conflicto con otros derechos constitucionalmente amparados; ahora bien, debe tenerse en cuenta que esta posibilidad entraña el riesgo de disuadir el ejercicio de este derecho fundamental –el fenómeno conocido como “*chilling effect*” o efecto desaliento– si no se hace una ponderación adecuada en cada caso.
88. La Fiscalía da a entender que toda conducta susceptible de encajar en esta categoría queda automáticamente excluida del ámbito de la libertad de expresión, para lo cual se apoya, considero de manera incorrecta, en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, y en la STC 112/2016, de 20 de junio. Digo incorrecta porque, en la primera de ellas, nuestro tribunal no confiere al discurso de odio un contenido distinto al que le venía otorgando la jurisprudencia; de hecho, apreció en este caso un delito de

más adelante remite –acertadamente en nuestra opinión– a un análisis individualizado del caso en el que deberá estudiarse si la conducta es o no delictiva en virtud del necesario respeto a la libertad de expresión. A nuestro parecer, esta argumentación carece de sentido.

Cabe destacar a este respecto que la Circular establece una serie de criterios generales de interpretación conforme a los cuales deberá sancionarse penalmente el discurso de odio: primero, indica que puede presentarse bajo la forma de conductas diversas; segundo, afirma que debe tratarse de un comportamiento relevante –esto es, que perjudique al bien jurídico protegido o bien que tenga la entidad suficiente para crear una situación de riesgo para el mismo–; y, tercero, exige –como elemento esencial que lo diferencia de otras conductas delictivas– que exista una “motivación discriminatoria”. Por último, insiste en la importancia del contexto y de las circunstancias para analizar cada caso concreto y dispone que, en caso de duda, deberá siempre optarse a favor del derecho a la libertad de expresión.

Por otra parte, con respecto a la naturaleza jurídica de los delitos de odio, la Fiscalía entiende que las conductas del art. 510 CP constituyen delitos de peligro abstracto, exceptuándose el apartado a) del art. 510.2 CP, que califica de peligro concreto⁸⁹. Pero, si fijamos nuestra atención en las disposiciones del texto, realmente no los está entendiendo de esta manera: la Fiscalía considera el art. 510 CP como un delito de peligro hipotético, ya que exige que los comportamientos que este castiga tengan la entidad suficiente como para crear un clima de odio y discriminación, así como que conlleve el riesgo de materializarse en comportamientos intolerantes concretos⁹⁰.

enaltecimiento del terrorismo precisamente por estimar acreditado que el acusado incitó a la violencia con sus expresiones, no porque estas fueran simplemente una manifestación del discurso de odio. Ahora bien, en lo que hace a la segunda, en ese caso sí que se entiende de manera diferente el discurso de odio, si bien la Circular reconoce que este “no presenta unos contornos uniformes en los ámbitos nacional e internacional, tanto en la vertiente normativa (...), como en la exigencia interpretativa sobre la mayor o menor publicidad de los actos o sobre la concreción de la relevancia o el peligro para la afectación del bien jurídico protegido”. Desde mi punto de vista, esto implica que, a la hora de enfrentar estos comportamientos, deberá atenderse a la redacción concreta de los tipos penales, así como a la interpretación que le venga dando a los mismos la jurisprudencia, pero no creo que esto suponga en ningún momento un cambio en la doctrina del TC en lo que al delito del artículo 510 CP se refiere.

89. En nuestra opinión, no tiene sentido que la Circular haga esta diferenciación dado que lo único que diferencia en este sentido el artículo 510.2 CP del resto del precepto es que una de las conductas que castiga tiene un resultado lesivo, mientras que la otra solo genera un peligro hipotético.
90. Así las cosas, de la Circular 7/2019 se pueden concluir tres ideas fundamentales: en primer lugar, que no castigarse cualquier conducta susceptible de encajar en el concepto de “discurso de odio”; en segundo lugar, que no es necesario que se fomente a un acto concreto –y, por tanto, tampoco a un acto delictivo–; y, en tercer lugar, que no

En lo que a los posibles sujetos pasivos de los delitos de odio se refiere, la Circular 7/2019 comienza indicando que estos pueden ser tanto los colectivos que presentan una serie de notas específicamente señaladas en el artículo 510 CP, como los miembros de estos colectivos, lo que consideramos acertado. Sin embargo, señala que la vulnerabilidad del sujeto pasivo no tiene por qué acreditarse a la hora de apreciar la existencia de un delito de odio, porque entiende que el legislador ha incluido en este tipo penal factores que caracterizan a ciertos grupos partiendo de su situación de vulnerabilidad social. Este hecho, en nuestra opinión, no debe nunca darse por sentado porque, si así fuese, estas figuras quedarían totalmente desvinculadas de lo que es su esencia⁹¹, y entonces carecería de sentido su castigo. Por tanto, para que la sanción de un determinado comportamiento de esta índole resulte legítima, entendemos que las notas caracterizadoras que incluye el art. 510 CP deben interpretarse de tal forma que sea posible establecer con claridad cuándo es legítimo el reproche penal frente a una conducta de esta índole.

Con respecto al tipo subjetivo del artículo 510 CP, la Fiscalía establece que, de cara a confirmar la existencia de un delito de odio, resulta suficiente comprobar que en el caso concreto el sujeto activo lleva a cabo la acción conscientemente; esto es, sabiendo que fomenta, promueve o incita al odio, a la hostilidad, a la discriminación o a la violencia contra los grupos incluidos en este precepto –para acreditar este hecho propone varios aspectos a tener en cuenta, como por ejemplo el hecho de que se trate de expresiones vertidas por escrito–. No obstante, tras haber hecho esta afirmación, la Circular 7/2019 añade como requisito que la conducta se realice con una motivación determinada, confundiendo los términos de “motivación” y de “intención”. En un Derecho penal de acto como es el nuestro, el castigo nunca puede fundamentarse en la actitud interna del sujeto activo. Cosa distinta es si debe exigirse, o no, que en el comportamiento en cuestión concorra un elemento subjetivo tendencial; esto es, que el autor actúe con una intención ulterior –que será en este caso la perpetuación de la situación de desigualdad del sujeto pasivo con respecto al resto de la sociedad–. Esta, a nuestro modo de ver, es una manera adecuada de entender el artículo 510 CP, dado que evita la expansión de un precepto que castiga conductas que, de otra manera, deberían quedar

resulta suficiente el hecho de que se fomente un ambiente discriminatorio o de odio para apreciar la concurrencia de este delito. Lo que deberá comprobarse será, por tanto, que se ha realizado una conducta discriminatoria, ya que es precisamente este hecho el que implica la vulneración de la dignidad de la persona.

91. En palabras de LAURENZO COPELLO, “la esencia de los delitos de odio se encuentra (...) en el rechazo hacia el diferente”, y lo que justifica su existencia es “la necesidad de protección reforzada de ciertos grupos que, por la minusvaloración social de alguna circunstancia que los distingue del modelo normativo aceptado, están especialmente expuestos a sufrir violencia u otros actos de discriminación” (LAURENZO COPELLO, P. Sentimientos religiosos..., *op. cit.* p. 1.295).

amparadas por la libertad de expresión, que es uno de los pilares fundamentales de nuestro Estado de Derecho.

Como último elemento relevante de la Circular 7/2019, esta establece una serie de criterios generales para valorar la concurrencia de un móvil de odio. Para ello, agrupa los indicadores a seguir en tres categorías principales: víctima, autor y contexto. En cuanto a la víctima, dispone que deben considerarse, en concreto, la percepción de esta sobre el origen de la conducta, su pertenencia a uno de los colectivos susceptibles de ser incluidos en el artículo 510 CP, así como las posibles relaciones –directas o indirectas– que pueda tener con estos grupos. Con respecto al autor, la Fiscalía estima relevante la constatación de si este cuenta con antecedentes penales por hechos similares, sus comunicaciones sociales –así como el contenido de estas–, y su posible pertenencia a grupos que promueven ideas contrarias a los colectivos diana. Por último, en lo que se refiere al contexto, recomienda tener en cuenta el carácter injustificado de la conducta, la ausencia de una relación previa entre los sujetos activo y pasivo, la posible pertenencia de estos a grupos tradicionalmente rivales, y al lugar en que se producen los hechos –por si pudiera ser significativo para el colectivo al que pertenezca alguna de las partes–.

Afirmado lo anterior, a la vista de los criterios propuestos entendemos que la Circular 7/2019 no añade nada relevante en esta materia: los aspectos que propone son los mismos que, con carácter general, deben investigarse ante un hecho presuntamente delictivo en el que se toman en consideración las características del tipo susceptible de ser aplicado. En consecuencia, no nos queda más que concluir que en este punto la Fiscalía no ha contribuido a dilucidar la interpretación de los delitos de odio.

IV. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, esperamos que nuestra exposición sirva, al menos, como prueba de que el fenómeno de la intolerancia se encuentra en el punto de mira del Derecho penal contemporáneo a nivel mundial. A pesar de que no hemos hablado en ningún momento de una realidad novedosa, el reconocimiento que se le ha dado a la misma lo largo del siglo XX y, especialmente, en los últimos años, ha supuesto un verdadero punto de inflexión en el tratamiento de las manifestaciones de rechazo al que es considerado diferente. No obstante –como hemos tenido oportunidad de ver–, muchos hablan de delitos, de discursos y de odio sin saber verdaderamente de qué están hablando.

Desde luego, para poder comprender la amalgama de entendimientos que se viene dando últimamente en esta materia, debe tenerse clara una idea fundamental: los delitos de odio y el discurso de odio no son lo mismo. Y no solo

porque poseen orígenes claramente diferenciados, sino porque se trata de realidades que funcionan en planos diferentes: los delitos de odio, como delitos que son, pertenecen a la esfera de lo jurídico, mientras que el discurso de odio se corresponde con una realidad social. Solo existe un momento en el que ambos fenómenos confluyen: cuando el discurso de odio, por presentar una serie de características, supone un riesgo tal para los colectivos en situación de vulnerabilidad que pasa a ser considerado un delito. Entonces sí que se puede hablar de delito, concretamente de “delito de discurso de odio”, que es, a la vez que un “delito de expresión”, uno de los posibles modos de comisión de un “delito de odio”. El mejor ejemplo de esta figura es, en el caso de la legislación española, el polémico art. 510 CP.

Por otro lado, esta materia se ha vuelto aún más compleja en los últimos años debido a la decisión tomada por el Ministerio del Interior en su informe de 2017 sobre la Evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España, la cual permite otorgar a cualquier hecho delictivo el carácter de “delito de odio” si le resulta aplicable la llamada “agravante de discriminación” del art. 22.4 CP, con toda la problemática que esto conlleva –a grandes rasgos, cuándo resulta aplicable y, más allá de esto, si puede apreciarse en cualquier delito de expresión. Es cierto que los interrogantes que se han ido planteando desde aquel momento en torno a la aplicación del art. 22.4 CP han podido encontrar una respuesta y ha sido posible –aunque no sin esfuerzos– hacerla compatible con los principios básicos de nuestro sistema; sin embargo, la determinación del Ministerio del Interior ha agravado en gran medida la situación de inseguridad jurídica que preside esta materia. Y es que si los delitos de odio venían sufriendo una tendencia descarada hacia la maximización de su ámbito de aplicación, el contenido de la agravante de discriminación – que fue ampliado por última vez por la LO 1/2015, de 30 de marzo–, acompañado por la decisión tomada por el Ministerio en 2017, ha servido para darle un nuevo impulso a esta peligrosa *corriente tipificadora*.

Pues bien, por encima de todo lo anterior, si hay algo que termina de revelar la confusión que todavía hoy caracteriza el tratamiento de los delitos de odio en general, es la labor llevada a cabo por la Fiscalía General del Estado. De todo lo expuesto sobre su Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 CP, no podemos más que concluir que este organismo no ha logrado mejorar la comprensión de esta materia, y esto por varias razones.

Primero, porque creemos que se ha equivocado a la hora de definir el bien jurídico protegido por estas figuras, que no puede ser nunca la dignidad personal por constituir un principio inspirador del Ordenamiento jurídico. Entendemos, por el contrario, que lo que pretende proteger el art. 510 CP es el derecho a no ser discriminado.

Segundo, porque se contradice en lo relativo al discurso del odio: parte de que todo comportamiento encuadrable en este concepto queda fuera del ámbito de aplicación del derecho a la libertad de expresión, pero luego cambia de parecer y señala –correctamente desde nuestro punto de vista–, que esto dependerá de la redacción particular del tipo penal y de la interpretación que dé al mismo la jurisprudencia.

Tercero, porque se equivoca al disponer que se trata de un delito de peligro abstracto. En nuestra opinión, este precepto configura un delito de peligro hipotético, y así de hecho lo acaba entendiendo la Circular 7/2019 cuando hace referencia a la idoneidad de la conducta para generar un clima de odio o discriminación susceptible de concretarse en actos de intolerancia contra los colectivos diana.

Cuarto, porque, con respecto a los sujetos pasivos, si bien creemos que se encuentran bien determinados, consideramos absolutamente indispensable que la situación de vulnerabilidad de los grupos incluíbles en el art. 510 CP quede probada a efectos de apreciar la concurrencia de un delito de odio.

En lo que se refiere al tipo subjetivo, coincidimos con la Fiscalía en que nos encontramos ante un delito doloso. Además, en este sentido creemos acertado exigir un elemento subjetivo tendencial –que, por supuesto, deberá quedar probado– que consista en buscar la perpetuación de la situación de desigualdad del sujeto pasivo con respecto al resto de la sociedad. Ahora bien, y con esto damos por cerrado nuestro argumentario, con respecto a los criterios generales de interpretación que establece la Circular 7/2019 para valorar la concurrencia de un móvil de odio, consideramos que estos no aportan ninguna luz en este ámbito. Son, al fin y al cabo, los mismos elementos que deben tenerse en cuenta frente a cualquier comportamiento que pueda ser constitutivo de delito.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, R. (2012). Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 14, 02:1-02:32.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2015). Víctimas y disidentes. El “discurso del odio” en EE. UU. y Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año n.º 35, n.º 103, 45-86.
- CÁMARA ARROYO, S. (2017). El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 70, Fasc./Mes 1, 139-225.

- DE LA CUESTA AGUADO, P. M. (Coord.); RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. (Coord.); ACALE SÁNCHEZ, M. (Coord.); HAVA GARCÍA, E. (Coord.); RODRÍGUEZ MESA, M. J. (Coord.); GONZÁLEZ AGUDELO, G. (Coord.); MEINI MÉNDEZ, I. (Coord.); RÍOS CORBACHO, J. M. (Coord.); TERRADILLOS BASOCO, J. M. (hom.) (2018). *Liber amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. h. c. Juan M.ª Terradillos Basoco*. Tirant lo Blanch.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2018). *El discurso del odio*. Análisis del art. 510 del Código penal. Tirant lo Blanch.
- FUENTES OSORIO, J. L. (2017). El odio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19, 1-52.
- FUKUYAMA, F. (2019). *Identidad. La demanda de dignidad y las políticas de resentimiento*. Deusto S. A. Ediciones.
- GALÁN MUÑOZ, A. (2021). Delitos de odio. Discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?, en GALÁN MUÑOZ, A. y MENDOZA CALDERÓN, S. (Coord.). *Derecho penal y política criminal en tiempos convulsos. Libro homenaje a la Profa. Dra. María Isabel Martínez González*. Tirant Lo Blanch.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. El artículo 510.1, a) del Código Penal a la luz de la Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. En prensa.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. La agravante de discriminación: cuestiones problemáticas y su aplicabilidad en los “delitos de opinión”, como “delito de odio”. En prensa.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, F. (2020). La propaganda nazi: el por qué un pueblo se dejó llevar por ella. (Trabajo de Fin de Grado). Universidad de Sevilla, Facultad de Periodismo, pp. 1-54.
- JACOBS, J. B.; POTTER, K. (1998). *Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics*. Oxford University Press.
- LANDA GOROSTIZA, J. (2018). *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4o. CP 1995*. Tirant lo Blanch.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (2012). Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 7, 297-346.
- LAURENZO COPELLO, P. (1996). La discriminación en el Código Penal de 1995. *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 19, 219-288.
- LÓPEZ ORTEGA, A. I. (2017). Análisis y evolución de los delitos de odio en España (2011-2015). *Revista de Antropología Experimental*, n.º 17, 19-37.

- MARTÍN HERRERA, D. (2014). Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio. *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 62, n.º 2, 15-40.
- MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA. Leyes de Delitos de Odio Una Guía Práctica (OSCE). *Cuadernos de Análisis*, n.º 36, 1-82.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (Dir.); VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (Dir.); POMARES CINTAS, E. (Coord.); FUENTES OSORIO, J. L. (Coord.). (2019). *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Dykinson.
- TERUEL LOZANO, G. (2017). Expresiones intolerantes, delitos de odio y libertad de expresión: un difícil equilibrio. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 36, 185-196.
- WEBER, A. (2009). *Manual on hate speech*. Publicaciones del Consejo de Europa.