

Las infracciones administrativas de odio en la Ley LGTBI de Andalucía como herramienta para la protección de la diversidad sexual

FRANCISCO TOSCANO GIL

*Profesor Titular de Derecho administrativo
Universidad Pablo de Olavide*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA PROTECCIÓN A LA DIVERSIDAD SEXUAL, Y A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL O DE IDENTIDAD DE GÉNERO. III. EL CONCEPTO DE DELITO DE ODIO. 1. *Delito de odio e infracción administrativa*. 2. *Concepto de delito de odio: concepción genérica y concepción específica vinculada al discurso del odio*. 3. *Delito de odio y delito de opinión*. IV. LA DETERMINACIÓN DE INFRACCIONES DE ODIO EN LA LEY LGTBI DE ANDALUCÍA. 1. *Infracciones leves*. 2. *Infracciones graves*. 3. *Infracciones muy graves*. V. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO AUTONÓMICO. 1. *Navarra*. 2. *País Vasco*. 3. *Galicia*. 4. *Andalucía*. 5. *Cataluña*. 6. *Canarias*. 7. *Extremadura*. 8. *Madrid*. 9. *Murcia*. 10. *Baleares*. 11. *Valencia*. 12. *Aragón*. 13. *Cantabria*. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: en este trabajo se analiza la tipificación de infracciones administrativas de odio en la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía. La finalidad de esta Ley es proteger la diversidad sexual, así como garantizar la igualdad y la no discriminación. Con este fin se establece un título que regula infracciones y sanciones en la materia, lo que plantea la cuestión acerca de si en dicha tipificación se recogen supuestos de delitos de odio. Para poder responder a esta pregunta con precisión, se lleva a cabo antes una delimitación del concepto de delito de odio, que incluye la consideración de la potestad sancionadora de la Administración. Analizada la legislación andaluza, se estudian también las leyes de otras comunidades autónomas, con el objeto de comparar el régimen sancionador establecido en su caso.

Palabras clave: delitos de odio; potestad sancionadora; igualdad y no discriminación; diversidad sexual; personas LGTBI; Andalucía.

I. PLANTEAMIENTO

En los años que llevamos del presente siglo se han visto sucederse en el ordenamiento jurídico, tanto a nivel internacional como en el Derecho interno (estatal y autonómico), importantes avances normativos conformadores de lo que ya puede valorarse como un sistema jurídico de protección de las personas LGTBI. La finalidad de este sistema de protección es preservar la diversidad sexual o sexogenérica¹, con el objetivo último de garantizar la igualdad, así como la no discriminación por razón de orientación sexual² o de identidad de género³.

No cabe duda de que todas estas reformas normativas vienen a evidenciar una mayor sensibilidad de la sociedad hacia las personas LGTBI. Pero también es cierto que las distintas soluciones que se han ido articulando de forma progresiva en este nuevo marco de protección, no han sido, en principio, el fruto de una acción pública positiva de reconocimiento y construcción de derechos de las personas LGTBI. Más bien, al contrario, estas medidas han surgido con un carácter reactivo, se han ido generando como mecanismos de defensa frente a la discriminación que estas personas han sufrido a lo largo de la historia, bien por razón de su orientación sexual bien por motivo de su identidad de género⁴.

1. En los Principios de Yogyakarta del año 2006, que constituyen una importante referencia de *soft law* en el ámbito internacional a la que luego nos referiremos, se habla de diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género. En la ley andaluza objeto de este trabajo, Ley 8/2017, de 16 diciembre, se define en su artículo 3.q) la diversidad sexogenérica como “la diversidad de situaciones referidas tanto a la orientación e identidad sexual como al derecho a la autodeterminación de género”.
2. Según los Principios de Yogyakarta del año 2006 la orientación sexual es “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”.
3. También en los Principios de Yogyakarta de 2006, se entiende por identidad de género “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”. Para profundizar sobre el tratamiento que el Derecho ha dado a la identidad de género, puede acudir a SALAZAR BENÍTEZ, O. (2015): “La identidad de género como derecho emergente”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 169, pp. 75-107.
4. La existencia de esta discriminación histórica del colectivo LGTBI ha sido demostrada y fundamentada en ALDER IZQUIERDO, A. (2013): *Realidad jurídica y social del derecho a la orientación e identidad de género. Tesis doctoral*, Universidad de Salamanca, pp. 49-105, que sitúa su origen en la expansión de la moral católica. Puede verse un análisis reciente de la moral católica sobre la homosexualidad en RIVAS VANÓ, A. (2019):

Esta discriminación se produce tanto en el ámbito privado como en el público o institucional, obligando a idear fórmulas jurídicas de muy diversa naturaleza, que van desde el reconocimiento de derechos o el establecimiento de medidas de fomento o de acción positiva a la tipificación de delitos o infracciones administrativas. Todo ello debe entenderse en el contexto más amplio de un Derecho antidiscriminatorio, que no es exclusivo de este colectivo, siendo el principio de no discriminación y el derecho a la igualdad los ejes en torno a los cuales se articula toda esta nueva regulación⁵.

Lamentablemente, la realidad viene a poner de manifiesto que la creación de este sistema de protección obedece en buena parte a la existencia de conductas de odio, violencia y discriminación contra el colectivo LGTBI. La persistencia de estas conductas se evidencia en los informes elaborados por el Ministerio del Interior sobre “Incidentes relacionados con delitos de odio en España”, donde los que se producen por razón de la orientación sexual o de la identidad de género de las personas presentan los siguientes números en años sucesivos: 452 casos (2013), 513 casos (2014), 169 casos (2015), 230 casos (2016), 271 casos (2017), 259 casos (2018), y 278 casos (2019)⁶. Para hacer frente a esta realidad el Estado reacciona tipificando delitos e infracciones administrativas, asumiendo institucionalmente el reproche social de estas conductas, que suelen encuadrarse en un concepto de los delitos de odio que más adelante expondremos.

El objetivo de este trabajo es analizar el catálogo de infracciones administrativas recogido en la denominada Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía, aprobada durante la X Legislatura (marzo 2015-diciembre 2018) del parlamento andaluz. Esta norma ha venido a incorporarse al Derecho propio de Andalucía, sumándose a la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de

LGBTI en Europa: la construcción jurídica de la diversidad, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 30-47.

5. De muestra, un botón, el Derecho antidiscriminatorio de género, como puede verse en MORA RUIZ, M. (2010): “El informe de impacto de género en las disposiciones administrativas de carácter general: ¿una garantía efectiva de la igualdad desde el Derecho administrativo?”, en MORA RUIZ, M. (Dir.), *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho público*, Atelier, Barcelona, pp. 210 y ss. El Derecho antidiscriminatorio encuentra su origen tras el fin de la II Guerra Mundial en EEUU por razón de las revueltas protagonizadas por las minorías afroamericanas, tal y como se ha apuntado en GONZALEZ BUSTOS, M.A. (2006): *La mujer ante el siglo XXI. Una perspectiva desde el ordenamiento jurídico-administrativo*, Editorial @becedario, Badajoz, p. 5.
6. Los citados informes del Ministerio del Interior pueden encontrarse alojados en el siguiente enlace web: <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/estadisticas> (última consulta 12/5/2021).

Andalucía. Ambas forman parte de un mismo cuerpo normativo, regulador de esta materia en la comunidad autónoma andaluza. Si bien, la aprobada en 2014 se limitaba a la protección de las personas transexuales, y no tipificaba infracciones y sanciones, mientras que la ley del año 2017 llega más lejos, supone un nuevo paso en el que se busca la protección de todas las personas LGTBI y sí tipifica infracciones y sanciones. Es esta última novedad la que justifica su análisis, a fin de determinar cuáles de estas infracciones pueden considerarse incluidas dentro de la figura del delito de odio, y, por tanto, entenderse como una reacción del ordenamiento jurídico andaluz frente a estas conductas.

Esta normativa, aprobada en Andalucía, se integra en una corriente de leyes autonómicas antidiscriminatorias y garantizadoras de la igualdad de las personas LGTBI, en la que la ley andaluza es una más, aunque sea de las más recientes⁷. Por esta razón puede resultar de interés el análisis comparado de todas estas leyes, tarea que también abordamos en este trabajo, con el fin de ver en qué medida presentan semejanzas y diferencias en lo que hace a la tipificación como infracciones administrativas de conductas de odio a este colectivo.

II. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA PROTECCIÓN A LA DIVERSIDAD SEXUAL, Y A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL O DE IDENTIDAD DE GÉNERO

La tipificación penal o administrativa de conductas de odio en esta nueva legislación constituye un instrumento con el que proteger la diversidad sexual, así como el principio de igualdad y la no discriminación por razón de la orientación sexual o de la identidad de género. Igualdad y no discriminación aparecen consagrados al máximo nivel normativo en el ordenamiento jurídico español, en el artículo 14 de nuestro Texto Constitucional. Bien es cierto que la orientación sexual y la identidad de género como causas de discriminación no se encuentran expresamente recogidas en dicho precepto, lo que no es obstáculo para entenderlas como razones análogas a las que sí aparecen en el mismo, dado el carácter abierto del listado de posibles causas de discriminación que termina remitiéndose a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”⁸. De este modo, la diversidad sexual se erigiría en un valor

7. Puede verse un análisis detenido de algunas de estas leyes, centrándose en la cuestión de la identidad de género, en los trabajos de ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2015): “La regulación de la identidad de género en las comunidades autónomas”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, pp. 751-760, y SALAZAR BENÍTEZ, O. (2015): *op. cit.*, pp. 91-102. También nos parece de interés, aunque se limite al sector educativo, el análisis que se hace en DE LA ROSA RODRÍGUEZ, B. y HERNÁNDEZ DE LA PEÑA, I. (2019): *Análisis de la legislación vigente en materia LGTBI**, Federación de Enseñanza de CCOO, Madrid.

8. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, lo que puede verse en su STC 41/2006, de 13 de febrero (F.J. 3). En tal sentido, véase también REY MARTÍNEZ, F. (2013): “Sentido y alcance del derecho fundamental a no sufrir discriminación por orientación sexual”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17, p. 6.

constitucional merecedor de la máxima protección⁹, lo que tiene especial relevancia en aquellos casos en que con estas nuevas leyes se entra en conflicto con otros valores constitucionales, como la libertad de expresión, en los supuestos en que el delito de odio es también un delito de opinión por ir ligado al llamado discurso del odio¹⁰.

Posteriormente, los estatutos de autonomía, especialmente los de segunda generación, sí han venido a recoger expresamente la prohibición de discriminación por estos motivos. Si bien, no se han quedado ahí, han ido más allá reconociendo derechos y garantizando el establecimiento de políticas públicas de acción positiva para la protección de las personas LGTBI¹¹. Como respuesta más directa en el plano legislativo se han ido sucediendo las distintas leyes autonómicas antidiscriminatorias y garantizadoras de la igualdad de las personas LGTBI, entre las que se encuentra la que constituye el objeto de este trabajo.

Cuando con esta legislación administrativa dictada por las comunidades autónomas o con la legislación penal se tipifican conductas de odio que

9. La diversidad sexual va unida a los principios de igualdad y no discriminación (art. 14 CE), pero también conecta con el reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).
10. Las distintas posturas jurisprudenciales, en la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal Constitucional español, acerca del conflicto entre discurso del odio y libertad de expresión, han sido objeto de estudio en MENDOZA CALDERÓN, S. (2019): “Discurso del odio e inmigración. La criminalización de la intolerancia en Derecho penal español”, en GALÁN MUÑOZ, A. y MENDOZA CALDERÓN, S. (Dir.), *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 274-282. En particular, el conflicto que se da con la libertad de expresión (art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) cuando se criminaliza el discurso del odio contra las personas LGTBI, ha sido abordado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso de Vejdeland y otros c. Suecia, de 9 de febrero de 2012, entendiéndose en este caso concreto que no se vulneraba esta libertad. Puede verse el comentario que se hace de esta sentencia en RUÍZ-RISUEÑO MONTROYA, F.M. (2013): “Los derechos de las personas LGTB en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17, pp. 36-39; así como también en DE PABLO SERRANO, A.L. (2019), “La tipificación penal del discurso LGTBI fóbico: fundamento filosófico, bien jurídico penal y algunas propuestas de reforma del art. 510 CP”, en MARTÍN RÍOS, B. (Coord.), *La prevención y represión del discurso del odio: hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 99-102.
11. Salvando el caso andaluz, no nos detendremos aquí en los pormenores de la regulación estatutaria, que ha sido analizada en SALAZAR BENÍTEZ, O. (2012): “El reconocimiento jurídico-constitucional de la diversidad afectiva y sexual”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 157, pp. 66 y 67. El Estatuto de Autonomía para Andalucía del año 2007 incluye en la prohibición de discriminación regulada en su artículo 14 la ejercida por razón de la orientación sexual de las personas. En su artículo 35 reconoce el derecho a que se respete la orientación sexual y la identidad de género de las personas, al mismo tiempo que obliga a los poderes públicos a promover políticas para garantizar el ejercicio de este derecho. Y, finalmente, como principio rector de las políticas públicas de la comunidad autónoma recoge en su artículo 37.1.2.º la lucha contra la homofobia.

llevan aparejadas un componente de discriminación por razón de orientación sexual o de identidad de género, se está sancionando la discriminación por estos motivos. La forma de proceder en estas leyes autonómicas aprobadas mayoritariamente en la última década será analizada en páginas posteriores, con especial atención al caso andaluz. En el Código Penal se procede tipificando el llamado delito de odio, regulado en su artículo 510, especialmente tras la reforma del año 2015¹², que lo ha dotado de mayor empaque y ampliado su contenido, pero también mediante otros tipos delictivos menos específicos, o con la circunstancia agravante de discriminación establecida en el artículo 22.4.^a.

Como puede verse, la protección de la diversidad sexual por el Derecho es un fenómeno nuevo¹³. Las normas a las que nos hemos referido antes aparecen en el escenario como una respuesta de nuestro ordenamiento interno a exigencias del Derecho Internacional relativamente recientes. Merece la pena detenerse, aunque sea a modo de síntesis, en los fundamentos y referentes desarrollados, por un lado, en la Organización de las Naciones Unidas, y por otro, en las organizaciones europeas, tanto Consejo de Europa como Unión Europea. En estos momentos el acervo normativo es ya considerablemente profuso, por lo que nos detendremos únicamente en los que estimamos constituyen los hitos de mayor relevancia.

En el ámbito de las Naciones Unidas debe destacarse, en primer lugar, la Declaración sobre orientación sexual e identidad de género, presentada ante la Asamblea General de la misma el 18 de diciembre de 2008, y aún hoy día abierta a la firma de muchos países que no quisieron entonces firmarla, provocando incluso una declaración de signo contrario¹⁴. Erigida sobre el principio de no discriminación, insta a los Estados a combatir las violaciones de derechos humanos que se producen por razón de la orientación sexual o de la identidad de género de las personas, incluyendo las que se llevan a cabo por

12. Para conocer el régimen previo a la reforma del Código Penal del año 2015, así como los problemas que este planteaba, puede acudir a TAPIA BALLESTEROS, P. (2013): “Orientación sexual, identidad de género y Derecho Penal”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17, pp. 12-17.

13. En tal sentido, el nacimiento de este sistema de protección de la diversidad sexual ha sido situado por ALDER IZQUIERDO a finales del siglo XX, identificando los cambios más sustanciales y significativos ya en el siglo XXI. Cfr. ALDER IZQUIERDO, A. (2013): *op. cit.*, p. 10. Este cambio se ha debido principalmente a la labor de lucha y reivindicación, con diversos mecanismos de acción e intervención social, de los colectivos LGTBI, según se ha señalado en RIVAS VAÑÓ, A. (2019): *op. cit.*, pp. 11 y 12.

14. Acerca de esta Declaración de la ONU, y su contradecación, puede verse el trabajo de ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. (2013): “La Organización de las Naciones Unidas y el derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género: apuntes para un debate”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17, pp. 9-11, en el que es calificada de norma de *soft-law*.

los propios Estados, algunos de los cuales aún hoy día persiguen penalmente las relaciones homosexuales¹⁵.

En segundo lugar, nos gustaría llamar la atención acerca de la Resolución 17/19 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, adoptada el 17 de junio de 2011. Esta Resolución, a la que han seguido en años posteriores otras de similar sentido, es importante principalmente por dos razones. Una primera razón es que constituye la primera condena formal por parte de una institución de la ONU, como es el Consejo de Derechos Humanos, a los actos de violencia o discriminación que por motivos de orientación sexual e identidad de género tienen lugar en el mundo. Una segunda razón es que sirve de fundamento al primer Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, de 17 de noviembre de 2011¹⁶. Entre las recomendaciones que se hacen a los Estados miembros en este Informe nos interesa especialmente la enunciada en el apartado 84.e), en el que se recomienda a estos que “promulguen legislación amplia de lucha contra la discriminación que incluya la discriminación por razón de la orientación sexual y la identidad de género entre los motivos prohibidos y reconozca las formas de discriminación concomitantes y velen por que la lucha contra la discriminación por razón de la orientación sexual y la identidad de género se incluya en los mandatos de las instituciones nacionales de derechos humanos”.

Pasando al ámbito europeo, en lo que hace al Consejo de Europa, hay que detenerse en la Recomendación de su Comité de Ministros de 31 de marzo de 2010 sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, en la que hay que recalcar, a los efectos de este trabajo, el tratamiento específico que se da a los delitos de odio¹⁷. En ella se recomienda a los Estados miembros adoptar medidas de todo tipo para luchar contra los mismos, sin que estas tengan que ser solo medidas legislativas ni implantar en todos los casos la persecución penal como solución¹⁸.

15. Incluso España ha perseguido penalmente estas conductas, manteniendo su criminalización mediante la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, hasta poco años después del fin de la dictadura franquista, con su reforma del año 1978. Véase al respecto, TAPIA BALLESTEROS, P. (2013): *op. cit.*, pp. 3-5. Si se quiere profundizar en el estudio de la legislación franquista represiva de la diversidad sexual, puede verse ALDER IZQUIERDO, A. (2013): *op. cit.*, pp. 96-105.

16. Tanto sobre la Resolución del Consejo de Derechos Humanos de la ONU como sobre el Informe de la Alta Comisionada, puede verse ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. (2013): *op. cit.*, pp. 11-13.

17. Los delitos de odio son tratados en los apartados 1 al 8 de esta Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 31 de marzo de 2010.

18. En este mismo sentido, a favor de medidas preventivas, no necesariamente represivas, o, en cualquier caso, sin tener que pasar por la vía penal, pudiendo acudir a

En la Unión Europea debe partirse de la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual formulada tanto en su Tratado de Funcionamiento (arts. 10 y 19.1, versión consolidada publicada en DOUE de 30 de marzo de 2010)¹⁹ como en su Carta de Derechos Fundamentales (art. 21.1, DOUE de 18 de diciembre de 2000)²⁰. De esta manera, el principio de no discriminación se ha garantizado en el ámbito de la Unión también por razón de la orientación sexual de las personas²¹, como puede verse en la concreción que este ha tenido en diversas directivas aprobadas por la misma en sectores de su competencia, como el empleo²², la libre circulación²³, los derechos de las víctimas²⁴,

la vía administrativa o a la de la responsabilidad civil por daños, puede verse CARRILLO DONAIRE, J.A. (2017): “La protección de los derechos frente a los discursos del odio: del Derecho represivo a las políticas públicas antidiscriminatorias”, en ALONSO SANZ, L. y VÁZQUEZ ALONSO, V.J. (Dir.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, Sevilla, pp. 22 y 23.

19. Si bien, debe apuntarse que la primera vez que se reconoce en un tratado de la Unión que la orientación sexual puede ser una causa de discriminación es con la reforma que realiza el Tratado de Ámsterdam de 1997 del Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht, tal y como ha sido subrayado en DÍAZ LAFUENTE, J. (2013): “La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17, pp. 8 y 9. No obstante, como también se ha apuntado en RIVAS VAÑO, A. (2019): *op. cit.*, p. 220, este primer reconocimiento tiene un alcance limitado, al carecer de eficacia directa, pues el precepto en cuestión no establece realmente una prohibición de discriminación por razón de orientación sexual, sino una habilitación al Consejo Europeo para establecer medidas de lucha contra la misma.
20. Como puede notarse, no se recoge expresamente la identidad de género como causa de discriminación, refiriéndose el Tratado de Funcionamiento y la Carta de Derechos Fundamentales únicamente a la orientación sexual. De esta forma, puede concluirse que la Unión Europea se ha mostrado inicialmente reacia a incluir la identidad de género como otra razón más de discriminación, tal y como se ha destacado en DÍAZ LAFUENTE, J. (2013): *op. cit.*, p. 5. No obstante, debe reconocerse que en sus últimos pronunciamientos estos reparos o titubeos iniciales han desaparecido.
21. Acerca del alcance que tiene este reconocimiento en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, puede verse RIVAS VAÑO, A. (2019): *op. cit.*, pp. 250-252.
22. Como puede verse en el artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Esta fue objeto de un temprano análisis en RIVAS VAÑO, A. (2001): “La prohibición de discriminación por orientación sexual en la Directiva 2000/78”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 59, pp. 204-220.
23. Véase el Considerando 31 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.
24. Tanto para la orientación sexual como para la identidad de género, véanse el Considerando 9 así como los artículos 1.1 y 22.3 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

o el derecho de asilo²⁵. Además, deben destacarse las sucesivas resoluciones del Parlamento Europeo relativas a la igualdad de las personas homosexuales y a la lucha contra la discriminación y la homofobia, comenzando con la primera de 8 de febrero de 1994, y terminando con la más reciente de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la Unión Europea contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género²⁶.

Finalmente, bajo una perspectiva distinta, debe llamarse la atención acerca de los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género. Estos fueron elaborados en noviembre de 2006, en la ciudad de Indonesia que les da nombre, por un grupo de especialistas en derechos humanos, a instancia de la Comisión Internacional de Juristas y del Servicio Internacional para los Derechos Humanos en nombre de una coalición de organizaciones de derechos humanos. En marzo de 2007 fueron presentados en Ginebra ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Lo que se hace al enunciar estos principios es aplicar de manera transversal a todos los derechos humanos los factores de la orientación sexual y la identidad de género, estableciendo estándares básicos de protección. Al no tener carácter vinculante, se procede formulando sucesivas recomendaciones a los Estados con las que se busca garantizar su cumplimiento desde esta nueva óptica. Como ha destacado el profesor SALAZAR BENÍTEZ, la virtualidad de estos principios radica en que no se limitan a garantizar la no discriminación, sino que buscan un reconocimiento en positivo del derecho al libre desarrollo de la afectividad y la sexualidad, como manifestaciones de la dignidad y la identidad de las personas²⁷.

III. EL CONCEPTO DE DELITO DE ODIO

Como ya se ha apuntado al principio, el objeto de este trabajo es analizar las infracciones administrativas tipificadas en la Ley andaluza 8/2017, de 28 de diciembre, con el fin de determinar si el régimen sancionador que se establece en la misma, como parte del sistema de protección de las personas LGTBI

25. En este caso se va más allá de una mera concreción del principio de no discriminación, estableciéndose una protección que, además, alcanza también a la identidad de género. Como puede constatarse en el Considerando 29 y en los artículos 11.2 y 15.3.a) de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición). Puede verse un análisis detenido de la misma en DÍAZ LAFUENTE, J. (2014): "El derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género", *Revista de Derecho Político*, núm. 89, pp. 358-362.
26. Acerca del papel del Parlamento Europeo en esta materia, puede acudirse con mayor detalle a DÍAZ LAFUENTE, J. (2013): *op. cit.*, pp. 15-18.
27. Cfr. SALAZAR BENÍTEZ, O. (2012): *op. cit.*, pp. 55-57.

diseñado por el legislador andaluz, responde al modelo propio de los delitos de odio. Por esta razón, antes de comenzar con el análisis propiamente dicho de esta ley, nos parece oportuno despejar qué se entiende por delito de odio, dado que no estamos ante un concepto o categoría unívoca²⁸.

Para ello, el trabajo de delimitación conceptual que abordaremos en estas páginas seguirá el siguiente orden: primero, aclararemos en qué medida una infracción administrativa pueda considerarse un delito de odio; segundo, determinaremos qué entendemos por delito de odio, distinguiendo entre una concepción genérica del mismo y una concepción específica, vinculada esta última a lo que se conoce como el discurso del odio; y, tercero, delimitaremos el delito de odio del de opinión.

1. DELITO DE ODIOS E INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

La primera cuestión a dilucidar, desde un punto de vista meramente conceptual, es cómo una infracción administrativa puede considerarse un delito de odio. Esta pregunta se formula partiendo de la distinción que existe en nuestro Derecho entre los ilícitos penales y los administrativos, en tanto hoy día resulta aceptado que el *ius puniendi* del Estado se encuentra integrado por dos ordenamientos distintos, por un lado, el Derecho penal propiamente dicho, y, por otro, el Derecho administrativo sancionador²⁹. Como es sabido, bajo un principio de intervención mínima y de última ratio del Derecho penal, las conductas que merecen un mayor reproche social se tipifican en las normas penales, y las que no, en su caso, se tipifican como infracciones administrativas, por lo que su inclusión en uno u otro ámbito dependerá de la gravedad de la conducta y de la política legislativa³⁰. En todo caso, como se comprenderá, desde un punto de vista de estricta técnica jurídica no es lo mismo un delito que una infracción administrativa, de ahí la cuestión que se plantea en este apartado.

En este caso, la respuesta más fácil es la más obvia. Cuando se considera delito de odio a una infracción administrativa es porque se está obviando la acepción técnico jurídica. Se parte, por tanto, de una concepción del delito

28. Como se ha apuntado certeramente en 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 del Código Penal (BOE, núm. 124, de 24 de mayo de 2019), apartado 1.

29. Sobre la integración del Derecho administrativo sancionador en el *ius puniendi* del Estado, véase el análisis que se hace en la que constituye una de las referencias ineludibles en esta materia, la obra de NIETO GARCÍA, A. (2012): *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, pp. 47 y ss.

30. Puede verse al respecto, GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2020): *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 17ª ed., Tecnos, Madrid, pp. 941 y 942, así como MARTÍN REBOLLO, L. (2020): *Manual de Derecho Administrativo y Guía para el estudio de las Leyes administrativas*, 4ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 1203 y 1204.

de odio que excede del mundo del Derecho, habida cuenta de la trascendencia que tiene para la sociedad la problemática que se está abordando, que no puede ser solucionada solo desde una perspectiva jurídica.

De esta manera, cuando desde esta óptica, no necesariamente jurídica, se hace referencia al delito de odio, se hace sin distinguir si estamos ante un ilícito penal o administrativo, incluyendo ambos bajo el mismo saco de los delitos de odio³¹. Lo cierto es que las conductas de odio pueden ser objeto tanto de tipificación penal como administrativa, dependiendo de la gravedad de las mismas, así como del reproche social que reciban, lo que, en última instancia, no deja de ser una decisión política del legislador. En cualquier caso, también se pueden combatir estas conductas tipificando infracciones administrativas, sin que la vía penal tenga que ser siempre la solución. Si se atiende a la última ratio del Derecho penal, deberán tipificarse como infracciones en las leyes administrativas aquellas conductas de odio que merezcan un reproche menor. Ello no obsta a que en algunos casos se produzcan supuestos de doble tipificación, penal y administrativa, lo que, desde luego, no es lo deseable, y podría provocar en su aplicación una clara vulneración del principio de *non bis in idem*³².

En conclusión, debe distinguirse entre una acepción amplia del delito de odio, que incluye tanto ilícitos penales como ilícitos administrativos, y una acepción estricta que consideraría delito de odio únicamente al ilícito penal. A los efectos de este trabajo manejaremos ambas acepciones, aclarando cuando sea necesario a cuál nos estamos refiriendo. A las infracciones administrativas que tipifican conductas de odio las llamaremos infracciones administrativas de odio, sin perjuicio de la utilización de la expresión delito de odio en los casos

31. Esta acepción amplia del delito de odio es la que se maneja en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 31 de marzo de 2010 sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, apartado 1-2, en la que incluso se emplea la más omnicompreensiva de “incidente motivado por el odio”, al margen, por tanto, de que esté o no tipificado como delito propiamente dicho en la legislación nacional. Así, se dice, “las medidas y procedimientos más apropiados para hacer frente a un delito o un incidente motivado por el odio dependerá de la normativa nacional aplicable y de las circunstancias del caso, es decir, si se trata de una violación de la legislación penal, civil o administrativa nacional, o de otras normas”. También en este mismo sentido, amplio, se utiliza la expresión delito de odio en los informes elaborados anualmente por el Ministerio del Interior del Gobierno de España sobre “Incidentes relacionados con delitos de odio en España”.

32. Como se ha afirmado por la doctrina más autorizada, el principio de *non bis in idem* no niega la doble tipificación, sino que se aplique una misma sanción en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento (art. 31.1 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). En tal sentido, véase NIETO GARCÍA, A. (2012): *op. cit.*, pp. 436 y 437. A su vez, sobre el alcance de esta triple identidad que determina el ámbito de aplicación del principio de *non bis in idem*, puede verse el análisis de ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2008): *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, pp. 39-54.

en que lo consideremos más clarificador. Sea como sea, en el análisis de los ilícitos administrativos que abordaremos en las páginas siguientes habremos de recurrir a la teoría del delito de odio elaborada por el Derecho penal, dada la tipificación inicial de estas conductas en las normas penales. Y sin que pueda considerarse un problema esto para el Derecho administrativo sancionador, dada la comunión de principios básicos que existe entre ambos, contruidos desde la dogmática jurídico-penal, con ciertas modulaciones en su aplicación al ordenamiento jurídico-administrativo³³.

2. CONCEPTO DE DELITO DE ODIO: CONCEPCIÓN GENÉRICA Y CONCEPCIÓN ESPECÍFICA VINCULADA AL DISCURSO DEL ODIO

Dentro de la acepción estricta del delito de odio, que comprende únicamente los ilícitos penales tipificados como tales en el Código Penal, proponemos distinguir a su vez entre una concepción genérica y una concepción específica del delito de odio, estando ligada esta segunda al conocido como discurso del odio. Aunque haremos esta diferenciación fijándonos en el texto del Código Penal, ello no nos impedirá trasladar más adelante estos mismos conceptos a la legislación administrativa, en el caso de que se haya hecho uso de los mismo para tipificar los correspondientes ilícitos administrativos de odio. Como ya se ha apuntado antes, ello es posible desde el momento en que el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador comparten los mismos principios.

La concepción genérica del delito de odio, tal y como aquí la entendemos, responde a la definición dada por la OSCE (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa)³⁴, que se encuentra recogida en la web del Ministerio del Interior del Gobierno de España³⁵. Según esta, en el año 2003 la OSCE consideraba como delito de odio:

“(A) Cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo como los definidos en la parte B;

33. En tal sentido, véase REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. y BUENO ARMIJO, A. M.^a (2010): Derecho administrativo sancionador, Lex Nova, Valladolid, pp. 49-51, así como GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2020): *op. cit.*, p. 942. Acerca de la modulación de la aplicación de los principios propios del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador, puede verse NIETO GARCÍA, A. (2012): *op. cit.*, pp. 135-139.

34. La preocupación de la OSCE por este problema queda ya plasmada en la Decisión relativa a tolerancia y no discriminación (MC.DEC/4/03) adoptada en la XI reunión de su Consejo Ministerial, celebrada en Maastricht los días 1 y 2 de diciembre de 2003.

35. <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/que-es-un-delito-de-odio> (última consulta 12/5/2021).

(B) Un grupo debe estar basado en una característica común de sus miembros, como su raza real o perceptiva, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual u otro factor similar”.

Lo primero que hay que destacar de esta definición del delito de odio es que puede predicarse, en principio, de cualquier infracción penal. No se limita, por tanto, al delito de odio tipificado en el artículo 510 del Código Penal, al que después nos referiremos, sino que, acogiéndose al concepto aportado por la OSCE, delito de odio podría ser cualquier ilícito penal. Ahora bien, a esta ha de añadirse la que sería la nota definitoria principal, que consiste en que la infracción se cometa por razón de la pertenencia de la víctima a un colectivo caracterizado por haber sido objeto históricamente de discriminación³⁶. Esta discriminación histórica, que ha situado a estas personas en un plano de desigualdad, sería lo que justificaría que hoy día se lleve a cabo una labor de especial protección de estas minorías, con el fin de garantizar de forma cualificada la prohibición de discriminación de las mismas³⁷.

Esta concepción genérica del delito de odio podría considerarse incluida en nuestro Código Penal mediante la aplicación a cualquier tipo delictivo de la agravante de discriminación establecida en el artículo 22.4.³: “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”. Además, existen otros delitos recogidos en el Código Penal que incluyen entre sus elementos definitorios el que se cometa con ese motivo de discriminación, por lo que también responderían a esta idea de lo que es un delito de odio³⁸.

36. Se habla en este caso de características protegidas, entendiendo por tales las que generan una identidad colectiva común y reflejan un aspecto profundo y fundamental de la identidad personal. Normalmente, estas características colectivas suelen ser aparentes y perceptibles para los demás, además de inmutables o esenciales. En estos términos se definen en las pp. 31 y 32 del documento publicado en el año 2016 por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, denominado “La persecución penal de los delitos de odio: guía práctica”, que es una traducción no oficial al español de un texto original de la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (OIDDH) de la OSCE del año 2014.

37. Si bien, la tipificación de estos delitos se basa no solo en una discriminación histórica, sino actual, como se ha sostenido en DE PABLO SERRANO, A.L. (2017): “Límites jurídico-penales del discurso (puro) del odio. Sociedad del desprecio y discurso del odio”, en ALONSO SANZ, L. y VÁZQUEZ ALONSO, V.J. (Dir.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, Sevilla, pp. 147-150, donde se utiliza la expresión “sociedad del desprecio” para explicar el contexto social en el que se produce el daño que genera el discurso del odio, daño multiplicado por razón de ese contexto, en el que las víctimas del mismo vienen de sufrir no solo una discriminación histórica sino también presente.

38. Así, en 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 del Código

Por otro lado, como una especie dentro de esta concepción genérica del delito de odio, en la que también encajaría, cabría hablar de una concepción específica del mismo, vinculada con el ejercicio de la libertad de expresión, y que, por tanto, podría considerarse una manifestación del llamado discurso del odio³⁹. Nos estamos refiriendo al delito del artículo 510 del Código Penal, que en realidad incluye varios tipos penales. Como ya se ha dicho más arriba, la versión actual de este precepto procede de una reforma del año 2015, que le dio mayor empaque y contenido.

Sin pretender entrar aquí en un análisis detallado de estos tipos penales, tarea esta que excedería del propósito de este trabajo⁴⁰, sí podemos apuntar algunas cuestiones mínimas, con la finalidad de que nos permitan avanzar en páginas posteriores, cuando se trate de cotejar la aplicación de algunos de estos conceptos a la legislación administrativa.

Lo primero sería llamar la atención sobre lo que consideramos sus elementos definitorios, que serían dos. El primero es que en la mayoría de los supuestos tipificados en este precepto el delito de odio va ligado a la expresión pública de ideas u opiniones, por lo que se considera también un delito de opinión. El segundo es que mediante la expresión de estas ideas u opiniones se incita al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo o una persona determinada, por razón de su pertenencia a dicho grupo (art. 510.1

Penal (BOE, núm. 124, de 24 de mayo de 2019), apartado 1, se consideran también como delitos de odio los siguientes: “las amenazas a determinados colectivos prevista en el art. 170.1 CP, el delito de torturas por razón de discriminación del art. 174.1 CP, el delito de discriminación en el ámbito laboral del art. 314 CP, el delito de denegación discriminatoria de servicios públicos del art. 511 CP y su correlativa figura en el ámbito de actividades profesionales o empresariales previsto en el art. 512 CP, el delito de asociación ilícita para promover o incitar a la discriminación del art. 515.4.º CP, los delitos contra los sentimientos religiosos previstos en los arts. 522 a 524 CP, o el delito de escarnio o vejación previsto en el art. 525 CP”. En este mismo sentido, puede verse el análisis que se hace de estos tipos delictivos en TAPIA BALLESTEROS, P. (2013): *op. cit.*, pp. 12-14.

39. La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 31 de marzo de 2010 sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, diferencia entre el delito de odio, que trata en sus apartados 1 a 5, y el discurso de odio, al que dedica sus apartados 6 a 8, siendo así que es este segundo, que también puede ser objeto de represión penal, el que constituye una manifestación de la libertad de expresión. También al respecto, puede verse la distinción que se hace en SALAZAR BENÍTEZ, O. y GIACOMELLI, L. (2016): “Homofobia, Derecho penal y libertad de expresión: un estudio comparado de los ordenamientos italiano y español”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, núm. 26, entre los crímenes de odio (*hate crimes*) y los discursos de odio (*hate speech*), apuntándose para los segundos el posible conflicto con la libertad de expresión.
40. Para un análisis minucioso y detallado de los tipos penales establecidos en este artículo, nos parece de especial interés la ya citada 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 del Código Penal (BOE, núm. 124, de 24 de mayo de 2019).

CP). Lo que incluye expresamente la orientación y la identidad sexual como factores por razón de los cuales se produce la discriminación o se incita al odio del colectivo o las personas LGTBI⁴¹.

Cabría plantearse en este punto si basta con que se exprese la discriminación para que haya discurso del odio, de tal modo que podría sostenerse que con la mera expresión de la discriminación se está generando un clima de odio o discriminatorio. Otra interpretación, más restrictiva, que entendemos es la que está presente en los tipos del artículo 510 del Código Penal, sería sostener que el discurso del odio requeriría además que dicha expresión de ideas u opiniones discriminatorias inciten claramente al odio, la violencia, la hostilidad o la discriminación contra las personas⁴². Esta última interpretación es más acorde con la naturaleza de última ratio del Derecho penal⁴³. No obstante, como podrá observarse, la frontera es bien fina⁴⁴.

Más adelante tendremos ocasión de comprobar como en los ilícitos administrativos parece optarse a veces por sancionar la mera expresión de la discriminación como equivalente de un discurso del odio, sin entrar a valorar si esta

41. El problema de que la protección penal se refiera a la identidad sexual, expresión más restrictiva que la de identidad de género, ha sido destacado en TAPIA BALLESTEROS, P. (2013): *op. cit.*, pp. 7-9.

42. Esta es la lectura que se hace del tipo penal que constituye el paradigma de lo que es un delito de odio (art. 510.1.a CP) en 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 del Código Penal (BOE, núm. 124, de 24 de mayo de 2019), apartado 3. En un sentido similar, véase MENDOZA CALDERÓN, S. (2019): *op. cit.*, pp. 290-295, quien distingue entre la provocación a cometer un delito, tipificada en el artículo 18 del Código Penal, y la provocación a la discriminación y al odio, que es la que está presente en los tipos del artículo 510; entendiendo que la primera es provocación a la acción, y la segunda provocación de un sentimiento. Esta disyuntiva sobre si es o no necesaria la incitación al odio o la violencia para que se pueda considerar que existe un discurso del odio ha sido analizada también en SALAZAR BENÍTEZ, O. y GIACOMELLI, L. (2016): *op. cit.*, distinguiendo estos autores entre la postura del Tribunal Supremo norteamericano y Tribunal Constitucional español, en la que sí se requeriría incitación al odio, y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no exige esta incitación.

43. En tal sentido, abogando por una interpretación restrictiva de estos delitos, conforme al principio de intervención mínima penal, véase MENDOZA CALDERÓN, S. (2019): *op. cit.*, pp. 296-303.

44. Una propuesta que trata de compatibilizar la tipificación de estos delitos con la visión de un Derecho Penal realmente garantista, es la que se hace en 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, Valencia, pp. 80-108, donde su autor, partiendo del triángulo de la violencia definido por el sociólogo noruego JOHAN GALTUNG, distingue entre el fundamento del injusto del delito de odio, que sería su contribución a la violencia estructural, y el del delito de discurso del odio, que consistiría en contribución a una violencia cultural que puede terminar en actos de violencia directa.

incita o no al odio o la discriminación. Aunque dicha opción normativa sea discutible lo cierto es que se hace desde la legislación administrativa, cuyas sanciones son menores que las de los tipos penales. Por ello, desde un punto de vista de política normativa, podría entenderse que se tipifiquen como meras infracciones administrativas aquellas conductas que no vayan más allá de la mera expresión de ideas u opiniones discriminatorias.

Siguiendo con nuestro análisis, hay que insistir en que el delito de odio tipificado en el artículo 510 del Código Penal se caracteriza porque trae consigo una limitación de la libertad de expresión (art. 20 CE), que cede cuando esta pone en peligro el bien jurídico protegido, que es la igualdad y la no discriminación (art. 14 CE), como corolario de la dignidad humana (art. 10.1 CE)⁴⁵. Este desprecio a la dignidad del ser humano, que se produce cuando se lleva a cabo una conducta tipificada como delito de odio, supone “un ataque al diferente como expresión de una intolerancia incompatible con la convivencia”⁴⁶. Por tanto, con la tipificación de este delito se estaría buscando también proteger la diversidad y la diferencia; que en el caso que aquí nos ocupa es la diversidad sexual.

Este tipo especial del delito de odio, expresión de un discurso de odio, se configura como un delito de peligro o de riesgo, en el que no se exige un resultado material concreto. Lo que, no obstante, entendemos que no ocurriría en el primer supuesto descrito en el artículo 510.2.a) del Código Penal, que exige lesión de la dignidad de las personas, además de no requerir necesariamente publicidad, pudiendo darse en el ámbito privado⁴⁷.

45. El bien jurídico protegido en los tipos penales antidiscriminatorios establecidos en el Código Penal, que, como ya se ha dicho, no se limitan al del artículo 510, sería el valor no ser discriminado, según se ha sostenido en TAPIA BALLESTEROS, P. (2013): *op. cit.*, pp. 9-11. Por otra parte, en DE PABLO SERRANO, A.L. (2017): *op. cit.*, pp. 151-157, se estudian como posibles bienes jurídicos protegidos la dignidad, el honor (reconocimiento) y el derecho a la igualdad y a no ser discriminados. En un trabajo posterior, este mismo autor se decanta por sostener que “la legitimidad de las normas penales y administrativas que castigan estos discursos descansa en la protección del bien jurídico honor en su dimensión colectiva, que se construye, desde una perspectiva filosófica, a partir de la teoría del reconocimiento”. Cfr. DE PABLO SERRANO, A.L. (2019): “El ‘reconocimiento’ como fundamento filosófico para la sanción penal y administrativa del discurso del odio contra el colectivo LGTBI”, en GUZMÁN ORDAZ, R. y GORJÓN BARRANCO, M.C. (Coord.), *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 353. Véase también al respecto, DE PABLO SERRANO, A.L. (2019b), *op. cit.*, pp. 89-112.

46. Estas palabras han sido tomadas de 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 del Código Penal (BOE, núm. 124, de 24 de mayo de 2019), apartado 2.1.

47. Salvo el tipificado en el art. 510.2.a) del CP, que es cierto que sí se considera una infracción de resultado, el resto de los delitos de odio del 510 se califican como delitos de peligro abstracto en 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 del Código Penal (BOE, núm. 124, de 24 de mayo de 2019), apartado 2.3.

En todos estos supuestos se prevé la imposición de la pena “en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas” (art. 510.3 CP). De esta forma, aunque el delito de odio ligado al discurso del odio castiga en todo caso la expresión pública de ideas u opiniones, se distingue, agravando la pena, cuando esta publicidad es aún mayor, gracias al uso de herramientas de comunicación como las redes sociales o los medios de comunicación de masas.

3. DELITO DE ODIO Y DELITO DE OPINIÓN

La tercera cuestión que nos gustaría abordar, dentro de esta tarea de delimitación conceptual que estamos llevando a cabo en estas páginas, es la distinción entre los delitos de odio y los delitos de opinión, que deviene necesaria porque los primeros, al menos en su concepción específica vinculada al discurso del odio, suelen incidir sobre la libertad de expresión. Por tanto, las consideraciones que hacemos en este apartado solo valen para esta concepción del delito de odio, no pudiendo predicarse de su concepción genérica, en la que delito de odio y libertad de expresión no están conectados indefectiblemente.

Una aproximación al Código Penal desde esta perspectiva nos permite concluir que el delito de opinión sería un género y el delito de odio vinculado al discurso del odio una especie de este. Esto es, el delito de odio en su concepción específica aparecería como un tipo de delito de opinión, en tanto lleva aparejada la expresión de ideas u opiniones. Por tanto, esta vertiente del delito de odio a la que aquí nos estamos refiriendo sería siempre un delito de opinión, pero los delitos de opinión no son siempre delitos de odio. Así, son delitos de opinión, pero no delitos de odio, por ejemplo, las injurias y calumnias de los artículos 205 y ss. del Código Penal. Se consideran delitos de odio, bajo esta concepción específica, los tipificados en el artículo 510 del Código Penal, que serían también delitos de opinión, salvedad hecha del supuesto del artículo 510.2.a), que no parece serlo, como ya se ha apuntado en el epígrafe anterior. En todos estos supuestos puede considerarse que es la libertad de expresión la que se sanciona o limita, ya que cede ante los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales.

IV. LA DETERMINACIÓN DE INFRACCIONES DE ODIO EN LA LEY LGTBI DE ANDALUCÍA

Como ya se apuntó al principio, la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas

LGTBI y sus familiares en Andalucía, cuenta con un Título IV regulador de infracciones y sanciones en la materia. De lo que se trata ahora es de analizar estas infracciones, a fin de determinar cuáles de los tipos administrativos encajarían en una vertiente administrativa de los delitos de odio. Para ello, procederemos a estudiar en detalle los artículos 60, 61 y 62, en los que se tipifican estas infracciones como leves, graves y muy graves.

Distinguiremos, conforme a las categorías expuestas en el apartado anterior, entre el delito de odio en su concepción genérica y el delito de odio en su concepción específica, vinculada esta última al discurso del odio, y, por tanto, susceptible de ser considerado también un delito de opinión. Todo ello bajo el presupuesto, también ya antes indicado, de que estamos trasladando las categorías y conceptos propios de la teoría del delito de odio a lo que en puridad son infracciones administrativas.

También nos detendremos, cuando sea oportuno, en dilucidar el posible solapamiento de los tipos administrativos con los tipos penales, especialmente con aquellos que también tipifiquen conductas de odio, pero no solo. El problema, como es sabido, estriba en que esta tipificación doble por la vía penal y administrativa puede traer consigo, cuando se aplican a un caso concreto los correspondientes tipos, una vulneración del principio de *non bis in idem*, por lo que resulta conveniente depurar los distintos supuestos.

1. INFRACCIONES LEVES

El artículo 60 tipifica como infracciones leves las siguientes:

a) Utilizar o emitir expresiones vejatorias por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género o que inciten a la violencia contra las personas LGTBI o sus familiares, en la prestación de servicios públicos, en cualquier medio de comunicación, en discursos o intervenciones públicas o a través de las redes sociales.

b) No facilitar la labor o negarse parcialmente a colaborar con la acción investigadora de los servicios de inspección de la Junta de Andalucía.

El supuesto de la letra a), que es el que nos interesa a los efectos de este trabajo, podría dividirse a su vez en dos tipos distintos: uno sería el de utilizar o emitir expresiones vejatorias, y otro el de utilizar o emitir expresiones que inciten a la violencia. En común tendrían los siguiente: primero, en ambos casos estamos ante una manifestación de la libertad de expresión, en tanto se utilizan o emiten expresiones, lo que permitiría encajarlos entre los delitos de opinión; segundo, en ambos tipos la motivación de la acción que se comete está en la orientación sexual, o la identidad o expresión de género de las personas contra las que se vierten estas expresiones, trátase de estas o

de sus familiares, lo que permite considerarlo delito de odio; y, tercero, estas ideas pueden transmitirse, bien a través de cualquier medio de comunicación, discursos, intervenciones públicas, o redes sociales, lo que potencia su difusión, bien en la prestación de servicios públicos. Dentro de las dos categorías del delito de odio que aquí estamos manejando, podría concluirse que ambos tipos encajarían en la categoría específica del delito de odio que va ligada al discurso del odio, puesto que en ambos hay, como se ha dicho, una vinculación con la libertad de expresión.

No obstante, los supuestos no son iguales. Si se busca el equivalente del primero, el de emitir expresiones vejatorias, en el Código Penal, este podría ser el delito de injurias con agravante de discriminación (arts. 208 y ss. más art. 22.4° CP), o incluso, la versión del delito de odio tipificada en el artículo 510.2.a) del Código Penal (la que tiene como resultado la lesión de la dignidad de las personas mediante actos de menosprecio). Mientras que el segundo, el de incitar a la violencia, se correspondería con la versión del delito de odio tipificada en el artículo 510.1.a) del Código Penal (la de incitación al odio o la violencia). Esta doble tipificación, penal y administrativa, podría vulnerar el principio de *non bis in idem* de aplicarse la doble sanción.

2. INFRACCIONES GRAVES

El artículo 61 tipifica como infracciones graves las siguientes:

a) Utilizar o emitir, de forma reiterada, expresiones vejatorias por razón de orientación sexual, identidad sexual o expresión de género o que inciten a la violencia contra las personas LGBTI o sus familias, en la prestación de servicios públicos, en cualquier medio de comunicación, en discursos o intervenciones públicas o a través de las redes sociales.

b) La obstrucción o negativa absoluta a la actuación inspectora de la Administración de la Junta de Andalucía.

Estas dos primeras vendrían a coincidir con las de las letras a) y b) del artículo 60 antes comentado, con la diferencia de los elementos que subrayo y que agravarían las conductas.

c) La realización de actos o la imposición de cláusulas en los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de orientación sexual y/o identidad de género.

En nuestra opinión, este supuesto no encajaría con la concepción específica del delito de odio, ni podría considerarse delito de opinión. Llegamos a esta conclusión porque no hay manifestación de la libertad de expresión en la acción descrita, que, téngase en cuenta, se produce además en un círculo privado. Sí

podría considerarse incluido en la concepción genérica del delito de odio, en la medida en que la conducta discriminatoria, que es lo que se tipifica, se produzca por razón de la orientación sexual o de la identidad de género de la persona.

Cabría preguntarse, según la manera en que se interprete la expresión realizar actos en los negocios jurídicos, si no existiría cierto solapamiento en este caso con el delito de denegación discriminatoria de una prestación en el ejercicio de actividades profesionales o empresariales establecido en el artículo 512 del Código Penal.

d) Impedir u obstaculizar la realización de cualquier trámite administrativo o el acceso a un servicio público o establecimiento, por causa de orientación sexual, identidad sexual o expresión de género.

En este supuesto tampoco habría delito de opinión ni, por tanto, un delito de odio ligado al discurso del odio, más allá de la dimensión pública que tenga el que la infracción se cometa con ocasión del acceso a un servicio público, lo que no significa que el impedir u obstaculizar a que se refiere el tipo administrativo suponga necesariamente ejercicio de la libertad de expresión. Sí podría considerarse incluido en la concepción genérica del delito de odio, en tanto se entienda que se realiza una infracción por razón de la pertenencia de la víctima al colectivo LGTBI.

El artículo 511 del Código Penal castiga la denegación discriminatoria del acceso a un servicio público, no así la actuación de impedir la realización de un trámite administrativo por motivos discriminatorios. En todo caso, lo primero se solaparía con el tipo administrativo, con el evidente riesgo de conculcación del principio de *non bis in idem*.

e) Realizar actos que impliquen aislamiento, rechazo o menosprecio público y notorio de personas por causa de orientación sexual, identidad sexual o expresión de género.

Este supuesto sí podría considerarse ejercicio de la libertad de expresión, en la medida en que los actos tipificados se califican de públicos y notorios. Puede hablarse, por tanto, de delito de odio vinculado al discurso del odio.

En tanto delito de opinión, puede valorarse cierto solapamiento con el tipo penal de injurias con agravante de discriminación (arts. 208 y ss. más art. 22.4° CP), o incluso, más específicamente, con el delito de odio tipificado en el artículo 510.2.a) del Código Penal (el que tiene como resultado la lesión de la dignidad de las personas mediante actos de menosprecio), lo que podría suponer vulneración del principio de *non bis in idem* en su aplicación.

f) La realización de campañas de publicidad o anuncios que utilicen la imagen de miembros del colectivo LGTBI o sus familiares de manera discriminatoria o vejatoria o justifiquen o inciten a la violencia.

Este no deja de ser un tipo cualificado del supuesto de la letra a) del artículo anterior, en el que nuevamente hay expresiones vejatorias y discriminatorias o de incitación a la violencia. Como entonces, también aquí podría hablarse, y por las mismas razones, de delito de odio vinculado al discurso del odio. Lo que diferencia este tipo son dos elementos: uno, se hace mediante una campaña de publicidad o anuncios; dos, se hace utilizando la imagen de miembros del colectivo LGTBI o sus familiares. Por las mismas razones antes expuestas, podría plantearse el solapamiento con los tipos del artículo 510 del Código Penal.

g) La no retirada inmediata por parte del prestador de un servicio de la sociedad de la información de expresiones vejatorias o de incitación a la violencia por razón de identidad sexual o expresión de género contenidas en sitios web o redes sociales de las que sea responsable, una vez tenga conocimiento efectivo del uso de esas expresiones.

Entendemos que este tipo funciona como complemento o refuerzo de otros supuestos, en los que el ejercicio de la libertad de expresión se haga a través de sitios web o redes sociales. Así, podría conectarse con los de las letras a) de este y del artículo anterior, así como con el de la letra f) de este mismo artículo.

h) La elaboración, utilización o difusión, en centros educativos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de libros de texto y materiales curriculares que presenten a las personas como superiores o inferiores en dignidad humana en función de su orientación sexual e identidad de género.

Este ilícito va ligado a la libertad de expresión, de tal modo que constituye como mínimo un delito de opinión, al menos en los casos en que la acción tipificada consiste en la utilización o difusión, no así cuando se trata de la mera elaboración. Puede considerarse también incluido dentro de la concepción específica del delito de odio, en la medida en que la expresión que se sanciona (presentar a las personas como superiores o inferiores en dignidad humana en función de su orientación sexual e identidad de género), se entienda incluida dentro del llamado discurso del odio, lo que creemos que es así. Por último, para que la expresión tipificada sea objeto de sanción ha de producirse en el ámbito educativo, y mediante libros de texto o materiales curriculares.

i) Desarrollar o tolerar el desarrollo de actos que constituyan discriminación en la celebración de pruebas deportivas y convocatorias de premios deportivos.

En principio, no estamos ante un supuesto que encaje con una manifestación de la libertad de expresión, lo que excluiría su consideración como delito de opinión, y, por tanto, también como delito de odio en su acepción específica. Sí podría valorarse como delito de odio en su acepción más genérica,

en tanto la discriminación en el ámbito deportivo que es objeto de sanción se lleve a cabo por razón de la orientación sexual o de la identidad de género de la persona.

j) Desarrollar o tolerar el desarrollo de actos culturales, artísticos o lúdicos de marcado carácter discriminatorio o que justifiquen o inciten a la violencia.

En este caso identificamos dos supuestos. El primero vendría a ser el mismo que el de la letra i) anterior, solo que sustituyendo el ámbito deportivo por el cultural, artístico o lúdico, por lo que también podría considerarse subsumido en el concepto genérico del delito de odio. El segundo cambia la discriminación por la incitación a la violencia, lo que entendemos exigiría cierta manifestación de la libertad de expresión, en su dimensión de libertad de expresión artística, por lo que entendemos que estaríamos ante la concepción específica del delito de odio, vinculada al discurso del odio.

k) Reincidir en la comisión de, al menos, dos infracciones leves.

3. INFRACCIONES MUY GRAVES

El artículo 62 tipifica como infracciones muy graves las siguientes:

a) Adoptar comportamientos agresivos o constitutivos de acoso, realizados en función de la orientación o identidad sexogenérica de una persona, que tengan el propósito o produzcan el efecto de atentar contra su dignidad, creando un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo para la misma.

No estamos aquí ante un supuesto de delito de opinión, en la medida en que no hay en principio manifestación de la libertad de expresión, razón que nos lleva a excluir el delito de odio en su concepción específica, en cuanto suele estar ligado al ejercicio de esta. No obstante, sí podría considerarse delito de odio en su concepción más genérica, en tanto lo que se tipifican son conductas agresivas o de acoso que se realizan por razón de la orientación sexual o de la identidad de género de la persona.

Esta última consideración nos llevaría a valorar un posible solapamiento del tipo administrativo descrito con el tipo penal del artículo 172 ter del Código Penal, en el que se castiga el delito de acoso, entrando además en juego la agravante de discriminación del artículo. 22.4.^a del mismo. Por tanto, tendríamos posible vulneración del principio de *non bis in idem* en su aplicación.

b) Cualquier represalia o trato adverso que reciba una persona como consecuencia de haber presentado la misma una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo, destinado a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad.

Está claro que con este supuesto se protege la igualdad y la no discriminación, pero no que estemos ante un delito de opinión, pues no se describe una conducta que sea ejercicio de la libertad de expresión, si bien es cierto que se tipifica utilizando unos términos muy abiertos, como son los de “cualquier represalia o trato adverso”. En tanto no haya expresión de ideas u opiniones, no podríamos, por tanto, hablar de delito de odio en su acepción específica. Sí podría calificarse de delito de odio en su acepción más genérica, en tanto la represalia o trato adverso se realiza por razón de la discriminación cometida, y precisamente con la finalidad de consolidarla.

c) El empleo de un lenguaje discriminatorio o la transmisión de mensajes o imágenes discriminatorias u ofensivas en los medios de comunicación públicos de Andalucía, en aquellos otros medios de comunicación que recibían subvenciones públicas o en los medios de comunicación sujetos al ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En este supuesto estamos ante un caso evidente de ejercicio de la libertad de expresión, cualificado porque se hace a través de medios de comunicación públicos o bajo control público. Es por ello claramente un delito de opinión, además de delito de odio específico vinculado al discurso del odio. Máxime si se tiene en cuenta que la manifestación de expresiones no solo discriminatorias sino también ofensivas contribuyen a generar un clima o discurso del odio, de incitación al odio, en definitiva.

d) Promover, justificar u ocultar por cualquier medio la discriminación hacia las personas LGTBI o sus familiares, negando la naturaleza de la diversidad sexual e identidad de género.

En este caso también hay, en principio, ejercicio de la libertad de expresión, que se manifiesta negando la realidad de la diversidad sexual. Por ello, puede hablarse, no solo de delito de opinión sino también de delito de odio en su acepción específica, vinculada al discurso del odio, especialmente si se tiene en cuenta que dicha expresión, que promueve la discriminación hacia las personas LGTBI o sus familiares, incita al odio contra estos.

e) Promover, difundir o ejecutar por cualquier medio cualquier tipo de terapia para modificar la orientación sexual y la identidad de género con el fin de ajustarla a un patrón heterosexual y/o cissexual.

En este supuesto está afectada desde luego la libertad de expresión, pudiendo considerarse delito de opinión, en tanto se sanciona la promoción o difusión de terapias modificativas de la orientación sexual y la identidad de género. No obstante, el supuesto llega más lejos, dado que también es objeto de sanción la ejecución de estas terapias. En el fondo, sea promoción, difusión o ejecución, se trata de conductas que niegan la diversidad sexual, por lo que,

como en el caso anterior, podríamos afirmar que estamos ante conductas que contribuyen al discurso del odio e incitan al odio contra las personas LGTBI, pudiendo calificarse de delito de odio en su acepción específica.

f) Convocar espectáculos públicos o actividades recreativas que tengan como objeto la incitación al odio, la violencia o la discriminación de las personas LGTBI o sus familias.

Este es un supuesto muy claro de delito de odio vinculado al discurso del odio, en tanto las conductas tipificadas tienen expresamente como objeto la incitación al odio. Tanto la convocatoria como lo que se exprese en esos espectáculos públicos o actividades recreativas serían manifestación de la libertad de expresión, que cede al tipificarse como infracción administrativa.

Dados los términos en que está descrito, podría plantearse el solapamiento con los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, y la posible vulneración del principio de *non bis in idem* en su aplicación.

g) Recabar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivo de orientación sexual o identidad de género.

Las conductas tipificadas en este supuesto son mayoritariamente manifestaciones de la libertad de expresión, aunque no todas, como es el caso del mero recabar datos de carácter personal. Todas ellas tienen como consecuencia que se genera una discriminación, cualificada por restringir el acceso al empleo. Esta discriminación se produce por razón de la orientación sexual o de la identidad de género de la persona a la que se niega el acceso al empleo, motivo por el que, en cualquier caso, podría considerarse delito de odio en su concepción genérica, así como en su concepción específica en los supuestos en que se entienda que la discriminación tiene cierta difusión por cualquier medio.

h) Reincidir en la comisión de, al menos, dos infracciones graves.

V. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO AUTONÓMICO

La ley andaluza que acabamos de examinar se inserta dentro de una tendencia de leyes autonómicas de objeto y corte similar, que buscan garantizar la igualdad de las personas LGTBI y combatir la discriminación por razón de la diversidad sexual. Pese a que lo habitual en el Derecho autonómico es actuar por emulación, la secuencia que ha seguido la elaboración de estas leyes no ha sido siempre la misma. En algunos casos se dicta una primera ley que trata de proteger la identidad de género y a las personas transexuales, que es seguida tiempo después por otra ley de carácter integral, que busca amparar sin más la

diversidad sexual, y, por tanto, a todas las personas LGTBI (Navarra, Andalucía); si bien, en otros casos estas leyes se dictan al mismo tiempo, con apenas unos meses de diferencia (Madrid, Aragón, y, con algo más de distancia entre ellas, Valencia). También hay comunidades autónomas que no han pasado de aprobar la primera ley, estableciendo un sistema de protección que se queda incompleto (País Vasco, Canarias). En otras se comienza directamente por la segunda ley, esto es, con una norma que busca establecer un sistema de protección integral (Galicia, Cataluña, Extremadura, Murcia, Baleares, Cantabria). Y, finalmente, algunas comunidades autónomas ni siquiera han establecido regulación al respecto (Asturias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, La Rioja, y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla).

Debe apuntarse que lo mismo ha ocurrido con la tipificación de las infracciones administrativas de odio, que, aun habiéndose regulado en muchos casos (Cataluña, Extremadura, Madrid, Murcia, Baleares, Valencia, Navarra, Andalucía, Aragón, Cantabria), no siempre se ha hecho de la misma manera, o, sencillamente, no siempre se ha hecho, habiendo leyes en las que se ha optado por no tipificarlas (País Vasco, Galicia, Canarias).

Por todo ello, planteada la diversidad regulatoria existente, nos parece de interés efectuar un análisis comparativo, que nos permita constatar las posibles semejanzas y diferencias en la regulación por las comunidades autónomas de esta realidad. Para ello nos vamos a fijar en dos aspectos: por un lado, el tipo de leyes que han dictado, y, por otro, si han tipificado o no infracciones administrativas de odio. Seguiremos para ello un orden cronológico, atendiendo a la fecha en que se aprobó la primera de las leyes en cada comunidad autónoma.

1. NAVARRA

La regulación más adelantada en el tiempo de esta materia tiene lugar en la comunidad autónoma de Navarra, mediante Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. Como puede verse por su título, al estar limitado su ámbito de protección a las personas transexuales, no puede considerarse una ley integral. Tampoco establecía un régimen sancionador que reforzara su cumplimiento.

Estas insuficiencias han sido suplidas con posterioridad por la Ley Foral 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+, que deroga a la anterior. Esta sí es una ley que puede calificarse de integral, al extender su ámbito de protección, y sí tipifica infracciones administrativas de odio, lo que hace en su artículo 58.

2. PAÍS VASCO

La segunda comunidad autónoma en atender a esta realidad fue Euskadi, con la Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. No obstante, se trata de una ley que se limita a la protección de las personas transexuales, sin que hasta la fecha se haya aprobado por el parlamento vasco una ley integral de protección de las personas LGTBI. Y, además, en lo que aquí nos interesa, no se lleva a cabo en ella una tipificación de infracciones administrativas de odio.

3. GALICIA

A diferencia del supuesto anterior, la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia, sí puede calificarse de ley integral, en tanto incluye bajo su campo de protección a todas las personas LGTBI de la comunidad. De hecho, es la primera ley de este tipo que se aprueba por una comunidad autónoma en nuestro país. Ahora bien, pese a este importante avance, presenta la misma deficiencia que el caso anterior, carece de un título sancionador que refuerce su cumplimiento, sin que se regulen, pues, infracciones administrativas de odio.

4. ANDALUCÍA

Pese al cercano precedente gallego, la primera ley que se aprueba en Andalucía en esta materia no cuenta con una perspectiva integral de protección a todas las personas LGTBI. Tampoco tipifica infracciones administrativas de odio. Es la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía.

La más reciente Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía, sí tiene carácter integral y sí tipifica infracciones administrativas de odio en su Título IV (artículos 60-62).

5. CATALUÑA

También es integral la perspectiva desde la que se aborda la protección de las personas LGTBI en el caso catalán, mediante la temprana Ley 11/2014,

de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia. Por lo demás, esta ley merece ser destacada por ser la primera ley autonómica que incorpora un régimen sancionador, lo que hace en el Capítulo IV de su Título IV, tipificándose infracciones administrativas de odio en su escueto, si se compara con otros, artículo 34.

6. CANARIAS

El caso canario es similar al vasco, ya que tampoco ha pasado de dictar una única ley, cuya protección es solo para las personas transexuales, ni se establece un régimen sancionador que refuerce la eficacia de las medidas recogidas o tipifique infracciones administrativas de odio. Es la Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

7. EXTREMADURA

En Extremadura la perspectiva adoptada es similar a la de Cataluña, en la medida en que también aquí se aprueba una ley integral cuyo régimen de protección se extiende a todas las personas LGTBI. Se trata de la llamada Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura. También como en el caso catalán se establece en ella un régimen sancionador, en concreto en los Capítulos IV y V de su Título III, convirtiéndose en la segunda comunidad autónoma que adoptó medidas de este tipo. La tipificación de infracciones administrativas de odio se lleva a cabo en su artículo 46, que incluye algo más de desarrollo y detalle que el precepto equivalente de la ley catalana a la que sigue.

8. MADRID

La comunidad autónoma de Madrid es la primera que opta desde un primer momento por repartir el régimen de protección entre dos leyes, una específica por razón de identidad de género y de protección de las personas transexuales, y otra que extiende su protección de manera integral a todas las personas LGTBI. Hablamos de opción porque, a diferencia de otros casos de doble ley antes apuntados, como el andaluz, en los que transcurren algunos años entre las dos leyes, en el caso madrileño ambas se aprueban en la misma legislatura, con apenas unos meses de diferencia.

La primera de estas leyes es la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid. Es también la primera ley autonómica que, centrándose en exclusiva en la regulación de la identidad de género, establece infracciones administrativas de odio por razón de la misma, lo que hace en su artículo 51. No obstante, con una sistemática algo cuestionable, estas infracciones se extienden también en algunos casos a la protección de la orientación sexual de las personas, lo que no se entiende si se tiene en cuenta que meses después se va a dictar una ley con ese mismo objeto. De hecho, la Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid, reitera en su artículo 70 muchas de las infracciones ya tipificadas en la ley anterior, añadiendo otras en las que se protege de manera integral a las personas LGTBI, lo que lleva a importantes y llamativos solapamientos en el régimen sancionador de ambas normas.

9. MURCIA

Como en los casos catalán y extremeño, en Murcia se sigue un modelo de ley integral, y además se tipifican también infracciones administrativas de odio. Hablamos de la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. El régimen sancionador se recoge en su Título IV, estableciéndose las infracciones aquí referidas en el artículo 50.

10. BALEARES

El quinto supuesto en el que se opta por aprobar directamente una ley integral, como hicieron Galicia, Cataluña, Extremadura y Murcia, es el de Baleares, que establece su sistema de protección integral mediante la Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia. Como en los casos antes citados, a excepción de Galicia, también aquí se tipifican infracciones administrativas de odio, lo que se hace en el artículo 36 de la ley citada.

11. VALENCIA

En la comunidad autónoma valenciana se sigue el modelo de doble ley que ya hemos observado en el caso madrileño, aunque con la diferencia de que la distancia temporal entre las dos leyes es algo mayor, si bien, en todo caso, ambas se aprueban en la misma legislatura. Estas son, por un lado, la Ley

8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana, y, por otro, la Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI.

Igual que en el caso de Madrid, y con el mismo problema, se tipifican en ambas leyes infracciones administrativas de odio, en el artículo 49 en la primera, en el 60 en la segunda. El problema se encuentra en el solapamiento que se produce entre ambas regulaciones, pues las dos leyes tipifican infracciones parecidas, cuando no las mismas, al limitarse la primera ley a los supuestos de discriminación por razón de identidad de género, y extenderse la segunda a los que tienen lugar por motivos de orientación sexual, pero reiterando los primeros. Sí se evita al menos otro problema de la regulación madrileña, que en la primera de sus leyes añadía también infracciones relativas a la discriminación por razón de orientación sexual, por lo que la sistemática elegida se volvía aún más deficiente.

12. ARAGÓN

Una de las últimas comunidades autónomas en legislar sobre esta materia ha sido la de Aragón, que ha seguido el modelo de doble ley madrileño y valenciano. Primero se aprueba la Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón. Y unos meses más tarde la Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón.

En ambas leyes se tipifican infracciones administrativas de odio, en el artículo 50 de la primera, 49 de la segunda. Y también aquí se plantea el mismo problema, solapamientos entre las infracciones tipificadas en ambas leyes, puesto que la segunda reitera las que son por motivo de identidad de género. No obstante, como se hace en la legislación valenciana, también la de Aragón depura el otro problema de la legislación madrileña, evitando incluir infracciones por razón de la orientación sexual en la primera de sus leyes.

13. CANTABRIA

La última comunidad autónoma en dictar una ley al respecto ha sido la cántabra, que lo ha hecho mediante la Ley 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género. En este caso el modelo seguido ha sido el de ley integral, como Galicia, Cataluña, Extremadura, Murcia, y Baleares, incorporando una tipificación de infracciones administrativas de odio en su artículo 44.

VI. CONCLUSIONES

Una primera idea a destacar tras el análisis de las infracciones administrativas de odio en el ámbito LGTBI es que en las leyes autonómicas en las que se ha optado por sancionar estas conductas, que son la mayoría, se ha establecido una tipificación que comprende múltiples supuestos, por lo que puede ser calificada de detallada, prolífica y agotadora. Tras la lectura de los mismos es difícil pensar que haya quedado fuera algún caso. Por tanto, desde este punto de vista, estaríamos ante una regulación avanzada que trata de dar respuesta desde el ámbito sancionador al problema de los delitos de odio que sufren las personas LGTBI. Ello debe valorarse positivamente si con esta tipificación se disuade al posible infractor de realizar estas conductas, reduciendo de esta manera el número de infracciones administrativas de odio que se cometen al año contra el colectivo LGTBI⁴⁸.

Ahora bien, una consecuencia llamativa de esta regulación tan detallada es que cae en múltiples solapamientos con los tipos establecidos en el Código Penal. Lo que, sin duda, en su aplicación, puede suponer una vulneración del principio de *non bis in idem*, en la medida en que una misma conducta esté tipificada en la ley administrativa y en la penal. No parece haberse reflexionado lo suficiente sobre si era necesario tipificar como infracción administrativa lo que ya se recogía como delito en el Código Penal⁴⁹. También es verdad que estos tipos penales, al menos el del artículo 510.1.a) y sus derivados, están resultando en la práctica de difícil aplicación, por lo que quizás por la vía administrativa se lograría una persecución más eficaz de las conductas de odio, que además sería más congruente con el principio de última ratio del Derecho penal. Ello no obsta, en cualquier caso, a hacer una llamada a la necesaria depuración sistemática de los tipos penales y administrativos que persiguen conductas de odio contra las personas LGTBI⁵⁰.

48. Sobre el carácter esencialmente preventivo del Derecho administrativo sancionador, frente a la naturaleza más bien represiva del Derecho penal, véase NIETO GARCÍA, A. (2012): *op. cit.*, pp. 147, 148 y 343.

49. Lo que es obviamente una responsabilidad del legislador, que debe afinar su labor de tipificación poniendo especial cuidado en evitar la existencia de duplicidades en el fundamento jurídico de las infracciones, entendiendo por tal el bien jurídico protegido, como se ha propuesto en CUBERO MARCOS, J.I. (2018): “Las aporías del principio *non bis in idem* en el Derecho administrativo sancionador”, *Revista de Administración Pública*, núm. 207, pp. 255-256, 264-269, y 287-288. Acerca de la identificación del fundamento jurídico de las infracciones administrativas con el bien jurídico protegido, véase ALÁRCÓN SOTOMAYOR, L. (2008): *op. cit.*, p. 47.

50. Siendo conscientes, no obstante, de la dificultad de esta tarea, puesto que a este planteamiento teórico impecable se ha impuesto siempre la realidad de nuestro ordenamiento jurídico. Como ya se apuntó en su día en el clásico NIETO GARCÍA, A. (2012): *op. cit.*, p. 436.

Por otro lado, desde la perspectiva de la relación entre los delitos de odio y la libertad de expresión, debe señalarse que, a grandes rasgos, se aprecian en estas leyes administrativas dos tipos de supuestos. Por un lado, nos encontramos con casos en los que se tipifica la mera discriminación de las personas LGTBI, actuaciones de carácter discriminatorio contra las mismas. A nuestro parecer, que se sancione la mera discriminación no debe plantear mayores problemas u objeciones, puesto que se hace desde la legislación administrativa, no penal, cuyas consecuencias represivas no son tan graves, y en supuestos en los que esta tipificación no restringe la libertad de expresión.

Mayores problemas plantean aquellos otros casos en los que se tipifica la emisión de expresiones discriminatorias sin más, pues en ellos sí se estaría restringiendo la libertad de expresión. En algún caso la expresión discriminatoria se describe con un efecto de incitación al odio. En nuestra opinión, se diga o no esto expresamente, esta es la interpretación que debe hacerse siempre que entre en juego la libertad de expresión. De tal modo que, bajo una lectura restrictiva o de intervención mínima, solo se sancionarían las expresiones discriminatorias cuando lleven aparejada incitación al odio, siendo esta última la que justificaría la restricción de la libertad de expresión que trae consigo la tipificación de estas infracciones.

Por supuesto, esta solución no nos libra del problema, que también se produce en el ámbito penal, de valorar cuándo se produce esta incitación al odio, habida cuenta de lo difícil que es medir la generación de un sentimiento⁵¹. Por otra parte, está la cuestión de que sancionar por incitar al odio, no es sancionar por un resultado concreto sino por el riesgo o peligro que la conducta conlleva. Pero esto es lo mismo que ya ocurre en el Derecho penal, en el que muchos de estos tipos se configuran como delitos de peligro o riesgo abstracto, por lo que no debe haber mayor objeción a que se haga lo mismo en el Derecho administrativo sancionador, en el que las infracciones de peligro abstracto no resultan desconocidas⁵².

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2008). *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Iustel.

51. A este problema trata de responder la propuesta de GALÁN MUÑOZ, A. (2021): *op. cit.*, pp. 93-102.

52. Véase al respecto, NIETO GARCÍA, A. (2012): *op. cit.*, pp. 148-151 y 325, que contempla con absoluta normalidad la prevalencia en el Derecho administrativo sancionador de las infracciones de riesgo (abstracto o concreto) frente a las de resultado dañoso, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho penal, en el que estas se presentan en distinta proporción.

- ALDER IZQUIERDO, A. (2013). *Realidad jurídica y social del derecho a la orientación e identidad de género*. Tesis doctoral, Universidad de Salamanca.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. (2013). La Organización de las Naciones Unidas y el derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género: apuntes para un debate. *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 17.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2015). La regulación de la identidad de género en las comunidades autónomas. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 2.
- CARRILLO DONAIRE, J. A. (2017). La protección de los derechos frente a los discursos del odio: del Derecho represivo a las políticas públicas antidiscriminatorias, en ALONSO SANZ, L. y VÁZQUEZ ALONSO, V. J. (Dir.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Athenaica.
- CUBERO MARCOS, J. I. (2018). Las aporías del principio non bis in idem en el Derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, n.º 207.
- DE LA ROSA RODRÍGUEZ, B. y HERNÁNDEZ DE LA PEÑA, I. (2019). *Análisis de la legislación vigente en materia LGTBI*. Federación de Enseñanza de CCOO.
- DE PABLO SERRANO, A. L. (2017). “Límites jurídico-penales del discurso (puro) del odio. Sociedad del desprecio y discurso del odio”, en ALONSO SANZ, L. y VÁZQUEZ ALONSO, V. J. (Dir.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Athenaica.
- DE PABLO SERRANO, A. L. (2019). El “reconocimiento” como fundamento filosófico para la sanción penal y administrativa del discurso del odio contra el colectivo LGTBI, en GUZMÁN ORDAZ, R. y GORJÓN BARRANCO, M. C. (Coord.). *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*. Ediciones Universidad de Salamanca.
- DE PABLO SERRANO, A. L. (2019b). La tipificación penal del discurso LGTBI fóbico: fundamento filosófico, bien jurídico penal y algunas propuestas de reforma del art. 510 CP, en MARTÍN RÍOS, B. (Coord.). *La prevención y represión del discurso del odio: hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.
- DÍAZ LAFUENTE, J. (2013). La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea. *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 17.
- DÍAZ LAFUENTE, J. (2014). El derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género. *Revista de Derecho Político*, n.º 89.

- 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.
- GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2020). *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 17.^a ed., Tecnos.
- GONZÁLEZ BUSTOS, M.A. (2006). *La mujer ante el siglo XXI. Una perspectiva desde el ordenamiento jurídico-administrativo*. Editorial@becedario.
- MARTÍN REBOLLO, L. (2020). *Manual de Derecho Administrativo y Guía para el estudio de las Leyes administrativas*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 4.^a ed.
- MENDOZA CALDERÓN, S. (2019). Discurso del odio e inmigración. La criminalización de la intolerancia en Derecho penal español, en GALÁN MUÑOZ, A. y MENDOZA CALDERÓN, S. (Dir.). *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*. Tirant Lo Blanch.
- MORA RUIZ, M. (2010). El informe de impacto de género en las disposiciones administrativas de carácter general: ¿una garantía efectiva de la igualdad desde el Derecho administrativo?, en MORA RUIZ, M. (Dir.). (2010). *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho público*. Atelier.
- NIETO GARCÍA, A. (2012). *Derecho administrativo sancionador*. 5.^a ed. Tecnos.
- REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. y BUENO ARMIJO, A. M.^a. (2010). *Derecho administrativo sancionador*. Lex Nova.
- REY MARTÍNEZ, F. (2013). Sentido y alcance del derecho fundamental a no sufrir discriminación por orientación sexual. *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 17.
- RIVAS VAÑÓ, A. (2001). La prohibición de discriminación por orientación sexual en la Directiva 2000/78, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 59.
- RIVAS VAÑÓ, A. (2019). *LGBTI en Europa: la construcción jurídica de la diversidad*. Tirant lo Blanch.
- RUÍZ-RISUEÑO MONTOYA, F. M. (2013). Los derechos de las personas LGTB en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 17.

SALAZAR BENÍTEZ, O. (2012). El reconocimiento jurídico-constitucional de la diversidad afectiva y sexual. *Revista de Estudios Políticos*, n.º 157.

SALAZAR BENÍTEZ, O. (2015). La identidad de género como derecho emergente. *Revista de Estudios Políticos*, n.º 169.

TAPIA BALLESTEROS, P. (2013). Orientación sexual, identidad de género y Derecho Penal. *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17.