

## Capítulo VI

# La categoría de delitos de odio como fuente de expansión penal\*

PATRICIA LAURENZO COPELLO

*Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Málaga*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS DELITOS DE ODIOS EN LA VERSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. III. ¿QUÉ SON LOS DELITOS DE ODIOS? IV. LOS RIESGOS DE UN CONCEPTO DESNATURALIZADO. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En los últimos años se detecta un aumento importante de la sanción penal de conductas que expresan de forma brusca e irreverente ideas contestatarias y disidentes hacia el poder establecido, no exentas de cierta hostilidad. La jurisprudencia española ha encontrado en la categoría de “delitos de odio” la justificación para sancionar penalmente este tipo de comportamientos, como lo demuestran las reiteradas apelaciones al llamado “discurso de odio” para otorgar legitimidad a delitos tan polémicos como los de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas, las injurias a la corona o los actos de escarnio a la religión católica. En este trabajo se realiza una revisión crítica de esta línea jurisprudencial con el fin de poner de manifiesto el grave peligro de expansión penal que implica la acogida de una versión desnaturalizada de los “delitos de odio” que los desvincula del componente discriminatorio que les dio origen.

---

\* Una versión preliminar de este trabajo se publicó en la Revista de Derecho Penal, n.º 26-2018, editada en Uruguay por la Fundación de Cultura Universitaria.

**PALABRAS CLAVE:** Delitos de odio; discurso de odio; discriminación; enaltecimiento del terrorismo; delitos contra los sentimientos religiosos; injurias a la corona.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde hace algunos años –y en paralelo a la generalización del uso de las redes sociales– se viene observando en la realidad judicial española un preocupante incremento de condenas por la manifestación de opiniones o la realización de actos expresivos de ideas contestatarias y disidentes que generalmente van acompañados de fuertes exabruptos, crítica ácida o burlas indisimuladas hacia determinadas instituciones del Estado, personalidades públicas o incluso víctimas de delitos. Estas formas particularmente bruscas de manifestar las ideas, no exentas de cierta agresividad y hostilidad hacia los destinatarios de la crítica, ha dado lugar a que se justifique su sanción penal bajo el paraguas generalizador del llamado “discurso del odio”. Muy esclarecedor resulta en este sentido el voto particular contenido en la STS 135/2020, de 7 de mayo, donde se afirma que la calificación de determinadas expresiones como discurso del odio produce un “efecto legitimador que da fundamento a la aplicación del derecho penal criminalizando manifestaciones ideológicas, especialmente cuando son coincidentes con las que defiendan grupos terroristas; humillan a las víctimas; ofenden sentimientos religiosos; incitan al odio contra determinados colectivos, o canalizan ataques a las más altas instituciones del Estado<sup>1</sup>”.

Una concepción muy amplia de los llamados delitos de odio que no solo permite legitimar la punición de conductas de incitación al odio, la hostilidad o la violencia hacia determinados colectivos (art. 510 CP), sino que se extiende a otra serie de figuras delictivas siempre sospechosas de invadir el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión, como es el caso de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a sus víctimas (art. 578 CP), las injurias a la corona (art. 490.3 CP) o los delitos contra los sentimientos religiosos (especialmente el art. 525.1 CP).

Desde el ámbito académico hace tiempo que se viene denunciando el peligroso proceso punitivista que recorta cada vez más las posibilidades de expresar públicamente la crítica radical contra el sistema establecido<sup>2</sup>

1. Voto particular de los Magistrados Miguel Colmenero Menéndez de Luarca y Ana María Ferrer García a la STS 135/2020 (caso Hásel).
2. Un proceso que en buena medida se ha reforzado a través del derecho administrativo sancionador, en especial a través de las drásticas limitaciones a las libertades de

y recientemente esa denuncia se ha trasladado también a las calles en forma de manifestaciones de indignación violenta por el encarcelamiento del rapero Pablo Hasél en el mes de febrero de 2021<sup>3</sup> tras sucesivas condenas por algunos de los delitos arriba mencionados.

Si bien es muy amplia la literatura penal que en los últimos tiempos viene abordando este espinoso asunto (en particular desde la perspectiva de la libertad de expresión), a veces da la impresión de que se pasa por alto el fuerte efecto legitimador que posee la categorización de todas las figuras mencionadas (y varias más) bajo el concepto de “delitos de odio”. Porque más allá de las particularidades que caracterizan al *hate speech* frente a los *hate crimes* de origen norteamericano<sup>4</sup>, lo cierto es que en la base de la desvaloración de ambos tipos de comportamientos existen elementos comunes que son precisamente los que sirven para legitimar la intervención penal.

El presente trabajo va dirigido a realizar una revisión crítica de la amplia y difusa versión de “delitos de odio” que se ha impuesto en nuestra jurisprudencia con el fin de desvelar el fuerte impacto criminalizador que puede encerrar esa categoría delictiva cuando se la desvincula de sus orígenes situados en el derecho antidiscriminatorio.

## II. LOS DELITOS DE ODIO EN LA VERSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Un ejemplo muy claro de la confusa concepción de los (mal)llamados “delitos de odio” que prevalece en la jurisprudencia española la encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo 4/2017, de 18 de enero, en la que se dirimió el caso del cantante de rock conocido como César Strawberry, que había publicado en la red social Twitter una serie de mensajes con una mezcla de chistes de mal gusto relativos a distintas víctimas de atentados terroristas y referencias más o menos nostálgicas a las organizaciones terroristas ETA y GRAPO, todo ello en un contexto de evidente crítica política de contenido “sarcástico, irónico y provocador”<sup>5</sup>. El alto

---

reunión y manifestación contenidas en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (LO 4/2015). Al respecto, Portilla Contreras, 2019: 340 ss.

3. Puede consultarse información al respecto en <https://www.elperiodico.com/es/politica/20210227/pablo-hasel-manifestaciones-protestas-disturbios-barcelona-directo-11537070>.
4. Véase Landa Gorostiza, 2018: 23 ss.
5. Así describió los hechos la Audiencia Nacional en el fallo absolutorio que luego fue revocado por el Tribunal Supremo en la Sentencia que comentamos. En la doctrina, Miró Llinares, 2018:1444.

tribunal, no sin importantes discrepancias internas, revocó la sentencia absolutoria de primera instancia y condenó al cantante por los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a sus víctimas (art. 578 CP) apelando a la necesidad de combatir un supuesto “mensaje de odio que socava las bases de la convivencia”<sup>6</sup>.

La justificación para sancionar este tipo de conductas la encontró el Tribunal Supremo, citando pronunciamientos previos<sup>7</sup>, en “la interdicción de lo que las SSTEDH [Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos] ...y también nuestro Tribunal Constitucional...califican como *el discurso del odio*, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluir dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrorizamiento (sic) colectivo como medio de conseguir esas finalidades”<sup>8</sup>. Y añade el mismo tribunal en otra Sentencia: “no se criminaliza el sentimiento de odio, que como tal en tanto permanezca oculto en el interior del ser humano queda fuera de la respuesta penal porque los pensamientos no delinquen, sino que lo que se criminaliza son hechos externos que ensalzan tal odio” (STS 106/2015, de 19 de febrero). También el Tribunal Constitucional ha afirmado que el enaltecimiento del terrorismo supone una extralimitación de la libertad de expresión<sup>9</sup> en tanto constituye

6. STS 4/2017, de 18 de enero, FJ 2. Discrepó de esta posición el Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, alegando que “ningún derecho penal de inspiración constitucional y democrática puede ser potestativamente expansivo. Y que cuando ya las propias disposiciones legales acusan este grave defecto...es función del intérprete-aplicador, el judicial sobre todo, contener tal recusable desbordamiento de la que, por su *virtud*, deja de ser la *última o extrema ratio*”.

7. SSTs 299/2011, de 25 de abril y 812/2011, de 21 de julio.

8. Este argumento que el TS vincula –con dudosa exactitud dogmática– al “bien jurídico” protegido por el art. 578 CP, viene repitiéndose en numerosas resoluciones del alto tribunal. Véanse, por ejemplo, SSTs 812/2011, de 21 de julio; 106/2015, de 19 de febrero; 820/2016, de 2 de noviembre; 4/2017, de 18 de enero y 135/2020.

9. Si bien el tribunal de garantías exige un detallado juicio de ponderación que no siempre cumplen las resoluciones del Tribunal Supremo, como sucedió con el antes referido caso Strawberry que finalizó con la anulación de la STS 7/2017 por entender el Tribunal Constitucional que “los expresados tuits son susceptibles de ser interpretados como producto de la intencionalidad crítica en el terreno político y social a personas que ostentaban la condición de personajes públicos en el momento en que los actos comunicativos tuvieron lugar” y, por tanto, amparados por el derecho a la libertad de expresión (STC 35/2020, de 25 de febrero).

“una *manifestación del discurso del odio* por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades” (STC 112/2016, de 20 de junio, FJ 4<sup>10</sup>).

Da la impresión, por tanto, que el argumento esencial que utiliza la jurisprudencia para calificar las conductas que recuerdan o de algún modo ponen en valor los actos terroristas o a sus autores como “discurso de odio” se encuentra en su supuesta aptitud para expandir el discurso terrorista, que es al que realmente se atribuye ese carácter de “discurso fóbico” por su contenido intolerante y su finalidad de “exterminio del distinto”. Así se deduce claramente de la STS 135/2000, de 7 de mayo, donde el TS afirma que “la libertad de expresión no puede utilizarse como ‘paraguas’ o ‘cheque en blanco’ para ensalzar autores relacionados con el terrorismo fomentando sus actividades y ensalzándolas .... salvo que queramos concebir que esta libertad lo es para incitar o provocar al regreso a épocas pasadas en donde se realizaron actos graves terroristas que causaron grave daño a la sociedad española”.

Argumentos similares utiliza la jurisprudencia para justificar la sanción penal de “actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas del terrorismo o de sus familiares”, tal como se recoge en el ya mencionado art. 578 del Código Penal. Si bien en este caso se reconoce que la lesividad ínsita en el tipo “ostenta una naturaleza más íntima y personal, que afecta directamente el honor de las víctimas de las acciones terroristas...y que en último término supone un ataque a su dignidad humana” (STS 752/2012, de 3 de octubre), también aquí, aunque de un modo mucho más confuso, se recurre al “discurso del odio” para fundamentar la limitación de las libertades ideológica y de expresión. Así, por ejemplo, en otro caso muy conocido -el de los tuits de *madame guillotine*- que incluyen chistes sobre algunas víctimas de atentados terroristas (algunos de ellos más antiguos que la propia democracia española), el Tribunal Supremo afirma sin demasiado sustento argumentativo que “no se penaliza aquí el chiste negro, se penaliza la humillación que está inserta en el discurso del odio” (STS 623/2016, de 13 de julio). El contenido sarcástico o de crítica ácida que está presente en la mayoría de los chistes sobre víctimas del terrorismo difundidos por redes sociales no sirve a la jurisprudencia para enmarcar estas conductas en el contexto de la libertad de expresión porque se interpretan como “mensajes de humillación” que “alimentan el *discurso del odio*, legitiman el terrorismo como fórmula de

10. Apelan a este argumento las SSTS 79/2018 de 15 de febrero (caso *Valtonic*) y 135/2020 (caso *Hasél*).

solución de conflictos sociales y...obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano<sup>11</sup>".

En suma, la sanción penal de cualquier clase de manifestación o acto público que encierre algún tipo de valoración positiva de grupos terroristas o de sus acciones o que implique alguna ofensa a sus víctimas, aunque no tenga la finalidad de incitar directa o indirectamente a la comisión de actos terroristas<sup>12</sup>, se justifica a partir de una construcción muy laxa del llamado "discurso del odio" que la jurisprudencia española identifica sin más con la "intolerancia" política radical, desvinculándolo por completo de la idea de discriminación de ciertas minorías sociales que está en el origen histórico de aquella categoría<sup>13</sup>.

Es el mismo criterio amplio que ha seguido el Tribunal Constitucional para dotar de un fundamento aceptable al delito de injurias al Rey (art. 490.3 CP), otra figura polémica por la limitación que supone a la libertad de expresión en un campo tan delicado como el de la crítica política<sup>14</sup>. Con motivo de la quema de una fotografía de los reyes de España en un acto público celebrado en Girona en 2007, el Tribunal Constitucional afirmó que "no es jurídicamente indiferente manifestar la protesta o el sentimiento crítico utilizando medios o instrumentos inocuos para la seguridad y dignidad de las personas, que hacerlo incitando a la violencia o al menosprecio de las personas que integran la institución simbolizada [la Corona] o sirviéndose del *lenguaje del odio*<sup>15</sup>". Porque "quemar públicamente el retrato de los monarcas es un acto no solo ofensivo sino

11. Así en el ya citado caso Strawberry (STS n. 4/2017, de 18 de enero). También en esta línea el caso *Cassandra*, donde la Audiencia Nacional (Sentencia n.º 9/17, de 29 de marzo) se valió de argumentos similares para condenar por el delito de humillación a las víctimas a una joven de apenas dieciocho años que difundió por Twitter algunos viejos chistes sobre el atentado en el que murió el presidente franquista Carrero Blanco, decisión que fue revocada posteriormente por el Tribunal Supremo al entender, con buen criterio, que se trataba de mero "humor negro" sobre un "suceso histórico" (STS 95/2018, de 26 de febrero).

12. Así, expresamente, STS n. 812/2011, de 21 de julio.

13. Advierte sobre esa falta de atención por parte del Tribunal Constitucional español al componente discriminador propio del concepto internacional del "discurso de odio", Rey Martínez, 2015: 55; también Alcacer Guirao, 2016: 5. Una idea distinta respecto al supuesto de humillación a las víctimas del terrorismo mantiene Cancio Meliá/Díaz López, 2019: 204, quienes entienden que esta figura sí sería un caso de delito de odio aunque inadecuadamente situado entre los delitos de terrorismo, ya que se trataría, más bien, de una ofensa a un colectivo discriminado.

14. Sobre los criterios particularmente restrictivos que ha desarrollado el TEDH y también el TC español en materia de delitos de opinión, Cuerda Arnau, 2013: 222-229.

15. STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 4, cursiva añadida.

también *incitador al odio*, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio<sup>16</sup>". Otra vez una versión puramente subjetiva del discurso del odio que lo identifica sin más con todos los comportamientos que puedan suscitar un sentimiento de animadversión hacia un sector cualquiera de la población o incluso hacia personas o instituciones fuertemente arraigadas en el poder, como es el caso de la monarquía en el Estado español<sup>17</sup>. Una interpretación tan amplia que, como bien apuntó la Magistrada Adela Asúa en su voto particular, "desfigura el concepto del discurso de odio y distorsiona peligrosamente su alcance", porque "equiparar bajo el mismo concepto el discurso antimonárquico...con el discurso dirigido a fomentar la discriminación y la exclusión social de colectivos secularmente vulnerables, revela una lamentable utilización de conceptos acuñados sobre realidades dramáticas que en modo alguno admiten comparación con los insultos a una institución o a unas personas de tan alta relevancia pública<sup>18</sup>". Más adelante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos otorgó la razón a este y otros votos disidentes de la misma Sentencia al concluir que la doctrina del discurso del odio no puede utilizarse para proscribir una "manifestación simbólica de rechazo y de crítica política" como es la quema de una foto de los monarcas ya que no es el tipo de casos para los que se creó aquella figura, todos ellos identificados con actos de incitación a la violencia o a la hostilidad por motivos xenófobos o racistas, como las "declaraciones que negaban el holocausto, que justificaban una política pro nazi o que asociaban a todos los musulmanes con un acto grave de terrorismo<sup>19</sup>".

En esa versión restrictiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se basó la defensa del rapero Valtonic para recurrir otra condena por injurias a la corona, apelando a que sus canciones (sin duda plagadas de exabruptos contra la familia real) no podían incluirse en el proscrito "discurso del odio" –como hizo la Sentencia de instancia- porque no iban dirigidas contra ninguna minoría social, religiosa, nacional, étnica ni sexual, "como no lo es la monarquía". Un alegato inapelable al que, sin embargo, no respondió el Tribunal Supremo, que se limitó a desviar la atención hacia la jurisprudencia europea y constitucional sobre los límites entre

16. *Idem.*

17. Así también Alcácer Guirao, 2016: 4.

18. En la misma línea el voto particular del Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, quien habla de una "banalización del discurso del odio" por su uso para fundamentar la punición de actos que no se dirigen contra colectivos discriminados sino contra personas singulares.

19. Sentencia del TEDH de 13 de marzo de 2018 (*asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España*).

libertad de expresión y honor, concluyendo que las canciones “superan la mera crítica política (por muy hostil, hiriente y ofensiva que esta sea) del Monarca o de la Institución y se adentran en el ataque personal gratuito a su reputación como persona, afectando a los aspectos íntimos de su vida privada, atacando a su honorabilidad personal<sup>20</sup>”. Más allá de lo discutible de esta conclusión cuando se trata de una alta institución política que en un Estado democrático debería soportar la crítica ideológica por muy brutal que se presente en sus formas<sup>21</sup>, lo que aquí interesa destacar es cómo, una vez más, la jurisprudencia española hace un uso excesivo y descontextualizado de los delitos de odio prescindiendo por completo del componente discriminatorio que les concede sentido<sup>22</sup>.

Un camino peligroso para las libertades públicas que también ha servido para dar nueva vida en la realidad judicial española a los casi olvidados “delitos contra los sentimientos religiosos”, hoy rescatados por algunas asociaciones católicas en un intento (mucho más fructífero de lo

- 
20. STS 79/2018, de 15 de febrero. Además del delito de injurias al rey del art. 590.3 CP, el rapero fue condenado por enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas (art. 578 CP), junto a otras infracciones.
  21. Ya en la Sentencia del asunto Otegui Mondragón c. España, de 15 de marzo de 2011, el TEDH corrigió al Tribunal Supremo en su intento por proteger al monarca frente a cualquier crítica “oprobiosa” (véase STS n. 1284/2005, de 31 de octubre) al entender que el art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos apenas deja espacio para limitar la libertad de expresión cuando se trata de crítica política, con independencia de quién sea su receptor, sin que tenga cabida en el espíritu del Convenio conceder una protección privilegiada a los jefes de Estado. Por eso resulta aún más sorprendente que el Tribunal Supremo insista en su protección a toda costa del honor de los miembros de la corona como si de ciudadanos de a pie se tratara, hasta el punto de incurrir en el absurdo de apelar al derecho a la igualdad para justificar el delito de injurias al rey, cuando precisamente lo que se desprende del art. 490.3 es una sobreprotección del honor de la familia real reflejado en una penalidad que puede alcanzar los dos años de prisión frente a la pena de multa con la que se castiga el delito común de injurias (art. 209 CP). Dice el TS en su Sentencia 135/2020 (caso *Hasél*): “No se trata de que exista una barrera que no admita crítica la pertenencia a la monarquía, por sí, al menos, el establecimiento de un *plano de igualdad* en el sentido de que si un miembro de la monarquía es víctima de injuria o calumnia puede merecer esta conducta el reproche penal que marca el tipo penal del artículo 490” (cursiva añadida). También discute esa protección privilegiada del jefe del Estado proponiendo que al menos se equipare la sanción a la prevista para las injurias a otras instituciones democráticas: Roig Torres, 2020: 219 s.
  22. A lo que hay que añadir una interpretación descontextualizada y exagerada de la doctrina del TEDH sobre el papel del discurso del odio como límite de la libertad de expresión. En este sentido explica Portilla Contreras, 2016, pp. 390 y ss., que el tribunal europeo vincula generalmente ese límite con la aptitud de las conductas reprobadas para incitar a la violencia o la discriminación contra los grupos protegidos, exigencia que los tribunales españoles no tienen en cuenta habitualmente en sus resoluciones.

que cabía esperar) por criminalizar la crítica político-sarcástica hacia la jerarquía de la iglesia católica y sus dogmas patriarcales<sup>23</sup>. En los últimos años proliferan en España las denuncias contra representaciones artísticas o manifestaciones ciudadanas a las que se califica de profanación o escarnio de los dogmas o creencias del catolicismo con el argumento de que se trata de comportamientos de “odio religioso” incompatibles con las libertades ideológica y de expresión. Fue el caso, por ejemplo, de la querrela que presentaron dos asociaciones cristianas con motivo de un espectáculo organizado en la Universidad de Valladolid en el que un humorista ofrecía una visión sarcástica y anticlerical de algunos dogmas de la religión católica. Si bien la Audiencia Provincial de Valladolid acabó por ordenar el archivo de la causa<sup>24</sup>, ello no impidió que el artista fuese investigado en fase de instrucción como posible responsable de los delitos de escarnio (art. 525 CP) y de provocación al odio por motivos discriminatorios del art. 510 CP. Más sorprendente aún fue la condena en primera instancia de varias personas por el delito de profanación (art. 524 CP) con motivo de un acto reivindicativo feminista en la capilla de un campus universitario de Madrid<sup>25</sup>. Un ciudadano católico residente en Sevilla, junto a una asociación católica, provocaron también la investigación judicial de la *Drag Queen Sethlas* por los delitos de escarnio y provocación al odio por su actuación en la gala Drag del carnaval de Las Palmas de Gran Canaria de 2017, donde apareció representando primero a la virgen y luego a un cristo crucificado en el contexto de un espectáculo satírico, lo que provocó un largo periplo judicial que no finalizó hasta un año más tarde con el archivo definitivo de la causa por parte de la Audiencia Provincial de Las Palmas en julio de 2018<sup>26</sup>.

Pero, sin duda, la mejor muestra de la confusión que reina en la justicia española a la hora de valorar las manifestaciones públicas de crítica hacia la religión hegemónica lo encontramos en el famoso caso del “coño insumiso”, que ha dado lugar a resoluciones contradictorias por una performance consisten en simular una procesión de semana santa en el que varias mujeres recorrieron las calles de ciudades andaluzas (Sevilla y

23. Me he posicionado ampliamente al respecto en Lorenzo Copello, 2018:1287 ss.

24. Auto n.º 251/2011, de 9 de junio, de la AP Valladolid, Sección 2.ª.

25. En este acto varias activistas rodearon el altar de la capilla y se quedaron con el torso desnudo mientras proferían diversas consignas contra el machismo imperante en la iglesia católica. Fueron condenadas por Sentencia n.º 69/2016, de 18 de marzo, del Juzgado de lo Penal n.º 6 de Madrid. Esta sentencia fue finalmente revocada por la Audiencia Provincial de Madrid por entender que no concurrían los elementos del delito de profanación (Sentencia de 16 de diciembre de 2016).

26. El largo periplo de esta causa puede consultarse en: <https://www.laopinion.es/sociedad/2018/01/10/juez-admite-tramite-recurso-drag/840848.html>.

Málaga, respectivamente) portando una gran vagina de plástico cubierta con una mantilla, al tiempo que proferían consignas contra la conferencia episcopal. En el caso de Sevilla, el periplo judicial por el que tuvieron que pasar las mujeres acusadas por la asociación de abogados cristianos duró nada menos que cuatro años, con idas y venidas en diversas instancias judiciales, entre las que destaca la resolución de la Audiencia Provincial de Sevilla que reabrió la causa por un delito de escarnio del art. 525.1 CP con el argumento de que “bajo la libertad de expresión no se puede dar cobijo a conductas de ofensa, burla, menosprecio, amenazas e insultos contra personas o grupos o miembros de confesiones religiosas<sup>27</sup>”. No fue hasta dos años más tarde cuando finalmente el Juzgado de lo Penal n.º 10 de Sevilla<sup>28</sup>, en una resolución plagada de loas a la religión católica y de exaltación de la semana santa sevillana, entendió que no procedía condenar por el art. 525.1 CP al estar ausente el elemento subjetivo de lo injusto consistente en el ánimo de ofender los sentimientos religiosos<sup>29</sup>. Y, lo que es más importante a efectos de nuestro trabajo, el juzgador descartó igualmente la aplicación del art. 510.1 porque “el citado precepto castiga el hecho de fomentar y promover o incitar directa o indirectamente al odio y ello no ocurre en el presente caso por la sencilla razón que durante la celebración de la procesión del coño insumiso no se efectuaron por parte de las acusadas arengas ni proclamas de este tipo y es más, la realidad de pensamiento existente en la sociedad [respecto a la iglesia católica] antes y después de dicha procesión fue exactamente la misma”. A lo que añadió, en un intento por contentar de algún modo a la asociación acusadora aun a costa de incurrir en un peligroso planteamiento discriminatorio respecto de otras religiones, que ya podían agradecer las imputadas “la realidad del sentimiento cristiano, basado esencialmente en el perdón a diferencia de otras religiones en las que las consecuencias por realizar actos atentatorios contra la libertad religiosa de esa concreta religión serían muchísimo peores, y por ello la religión cristiana es un blanco fácil”.

27. Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla n.º 297/2017, de 28 de marzo.

28. Sentencia n.º 448/2019, de 9 de octubre.

29. Dice en este sentido la Sentencia: “Las acusadas participaron en una actividad de protesta que puede gustar o no, que puede ser considerada como una mamarrachada o no, que puede ser compartida o no, pero dicha actividad, absolutamente prescindible y gratuita en sus formas para este juzgador, tenía igualmente una finalidad concreta y era la protesta incardinada en el contexto social propio de aquellas fechas, que recordemos es un hecho notorio, que era el intenso debate social sobre el contenido del proyecto sobre la reforma de la regulación del aborto”. A lo que añade, mostrando una total ignorancia de las reivindicaciones del movimiento feminista, que “para efectuar estas protestas, *para ensalzar la feminidad*, para poner a la mujer en el sitio que le corresponde y que ciertamente merece, no es necesario, a juicio de este juzgador sacar a la calle una vagina de plástico” (cursiva añadida).

Peor suerte corrió la acusada en Málaga por el mismo tipo de performance anticlerical. El Juzgado de lo Penal n.º 10 de Málaga, en la Sentencia 214/2020, de 10 de noviembre, entendió concurrentes todos los elementos constitutivos del delito de escarnio del art. 525.1 del Código penal al comprobar, por un lado, que se había producido la ofensa a los sentimientos religiosos debido a que la parte acusadora (la asociación de abogados cristianos) “manifestó sentirse profundamente ofendida así como muchos miembros de esta asociación” y, por otro, al considerar igualmente concurrente el elemento subjetivo “pues la acusada, se burló y ofendió de forma intencionada, permanente y continuada” los ritos y dogmas de los católicos<sup>30</sup>. Por el contrario, el juzgador absolvió del delito del art. 510.1 CP con el curioso argumento de que “del relato de hechos probados no se desprende que los actos y expresiones de la acusada fuesen *dirigidas a odiar a los católicos o a considerarlos de peor condición* y menos aún a actuar de forma violenta contra ellos<sup>31</sup>”.

En suma, estamos asistiendo al renacer de la censura hacia la crítica religiosa bajo el temible paraguas de los delitos de odio interpretados de forma exagerada y totalmente ajena a las razones que les otorgan algún sentido como categoría jurídica.

La agravante de discriminación del art. 22.4.<sup>a</sup> del Código penal, por la que es posible aumentar la pena de cualquier delito cuando se cometa “por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación”, tampoco ha escapado al proceso expansivo que venimos describiendo. Como es sabido, la creación de este tipo de agravantes es una de las fórmulas más habituales en el derecho comparado para conceder a un hecho delictivo el carácter de delito de odio<sup>32</sup>, tendencia que en los últimos años ha entrado con fuerza también en el derecho español. El problema es que, una vez más, la jurisprudencia parece apostar por una versión subjetiva extrema de la circunstancia que atiende únicamente al sentimiento fóbico que motiva al autor y se desentiende de las características

30. Se le condenó a nueve meses de multa.

31. Este argumento es una buena muestra de la confusión que existe en torno al contenido del art. 510.1 CP, provocado en gran medida por la referencia al “odio” como elemento típico, lo que ha llevado a que en ámbitos menos especializados –y también, por lo visto, en algunos contextos jurídicos– se interprete que lo tipificado es el sentimiento de odio del autor hacia los grupos protegidos, una idea ciertamente errónea si se tiene en cuenta que el texto legal habla de “incitar al odio”, es decir, crear *en otros* ese sentimiento adverso y discriminatorio. Sobre este asunto volveremos más adelante.

32. Sobre la evolución de la normativa sobre *hate crimes* en los Estados Unidos de América, Shavers, 2014: 115 ss.

identitarias de la víctima<sup>33</sup>. Muy clara en este sentido es la Sentencia n.º 17/2018 de la Audiencia Nacional, de 1 de junio, por la que se condenó a varias personas por las agresiones a dos guardias civiles y sus parejas en la localidad de Alsasua (Navarra). El tribunal aplicó aquí la circunstancia agravante de discriminación al delito de lesiones por entender que los acusados actuaron guiados “por el odio...hacia la Guardia Civil y, por extensión, en este caso concreto, a sus novias”, lo que se interpreta como una “motivación ideológica” porque surge de la “radicalización, animadversión e intolerancia hacia determinados estamentos, bien sean políticos o de otra clase”, en concreto, por la “animadversión e intolerancia de los acusados hacia la Guardia Civil..., lo que provoca de forma directa la discriminación hacia ese grupo de personas pertenecientes a dichos estamentos....Se trata pues de una clara discriminación solo por razón de la pertenencia a un estamento o cuerpo policial”. Curiosa forma de entender la discriminación por motivos ideológicos si se tiene en cuenta que el art. 22.4.<sup>a</sup> CP expresamente habla de la ideología *referente a la víctima*. A partir del sentimiento de odio que el tribunal sitúa como eje de la agravante, se produce una sorprendente inversión del punto de mira que fundamenta la exasperación punitiva: no se trata ya de proteger la libertad ideológica *de la víctima* que es agredida por su forma de pensar discrepante<sup>34</sup> –cómo surge de la idea misma de “discriminación” que da sentido a esta circunstancia- sino de reprochar al autor un determinado posicionamiento ideológico que se interpreta como una manifestación de intolerancia y radicalización extremas. De esta manera, una agravante pensada para proteger a colectivos en situación de marginación o subordinación social puede acabar reforzando la tutela precisamente de quienes ocupan posiciones de poder más consolidadas, como es el caso, sin duda, de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado<sup>35</sup>. Bien es verdad que el Tribunal Supremo corrigió en este punto a la Audiencia Nacional recordando que la agravante del art. 22.4.<sup>a</sup> responde al “contenido propio

33. Sobre la preponderancia de la tesis subjetiva en la jurisprudencia española, Rebollo Vargas, 2018: 202.

34. En esta línea la STS n.º 314/2015, de 4 de mayo, en la que se aplicó la agravante a un grupo de neonazis que atacaron a los asistentes a un concierto por su ideología de izquierda antifascista.

35. En un sentido mucho más ajustado a la esencia de los delitos de odio véase el Auto n.º 322/2018 de la Audiencia Provincial de Lleida, que desestima una denuncia por un delito de incitación al odio (art. 510.1 CP) contra los maestros de un colegio público por supuesta provocación al odio contra la guardia civil. Con razón dice el tribunal que “conviene no perder de vista el origen y fundamento del precepto para limitar su alcance literal mediante una interpretación teleológica orientada al bien jurídico, ante los riesgos de que la doctrina sobre el discurso del odio pueda ser empleada para sancionar conductas muy alejadas de su ámbito aplicativo”.

del derecho antidiscriminatorio” que “otorga protección a personas vinculadas a colectivos discriminados que se encuentran en desventaja para un desarrollo en libertad de su vida” y que “es difícil argumentar una consideración de la Guardia Civil como colectivo vulnerable sin desnaturalizar la finalidad del precepto<sup>36</sup>”. Pero lamentablemente, como hemos visto, el alto tribunal no sigue la misma línea restrictiva en relación a otros preceptos del Código penal que se han reinterpretado últimamente como “delitos de odio”.

En conclusión, el rápido recorrido que hemos realizado por la jurisprudencia española en materia de conductas relacionadas con el “discurso del odio” –o, en términos más generales, con todos los hechos delictivos susceptibles de ser calificados como delitos de odio– pone de manifiesto la prevalencia de una versión puramente subjetivista que los identifica, en sus resultados, con cualquier acto presidido por un sentimiento de “intolerancia” radical o extrema, con independencia de las características del colectivo o personas a las que se dirija, dando lugar así al sorprendente resultado de utilizar estas figuras para conceder una protección penal reforzada a algunos de los grupos e instituciones asentados en la cúspide del poder político o con mayor reconocimiento social, como es el caso de la monarquía, la guardia civil, la iglesia católica o las víctimas del terrorismo<sup>37</sup>. Si se tiene en cuenta que los delitos de odio nacieron con la finalidad exactamente contraria, esto es, con el objetivo de tutelar a las minorías y grupos socialmente discriminados, parece llegado el momento de contrastar la deriva expansiva de la jurisprudencia española con los estándares internacionales sobre esta materia.

### III. ¿QUÉ SON LOS DELITOS DE ODIO?

La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) ha definido los delitos de odio como “toda infracción penal, incluidas las infracciones contra las personas y la propiedad, donde la víctima, el lugar o el objetivo se elijan por su real o percibida conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia a un grupo cuyos miembros tengan una característica, real o supuesta, como la raza, el origen nacional o étnico, el idioma, el color de la piel, la religión, el sexo, la edad, una discapacidad, la orientación sexual u otros factores similares”. Dentro del amplio espectro de delitos incluidos en esta categoría tienen cabida desde comportamientos

36. STS 458/2019, de 9 de octubre.

37. Con razón dice Sáez Valcárcel, 2018: 3, que el odio, un concepto no jurídico, “ha llegado a convertirse en elemento legitimador de violencia punitiva”.

que atentan contra bienes jurídicos de la comunidad internacional (como es el caso del genocidio o las conductas de limpieza étnica) hasta actos violentos de baja intensidad, pasando por los discursos racistas y xenófobos (incluida la difusión de propaganda de extrema derecha<sup>38</sup>).

Aún con todas sus imprecisiones, esta definición es un buen punto de partida para identificar los elementos básicos que caracterizan a los delitos de odio como categoría jurídica en la medida en que posee la suficiente amplitud para abarcar, por una parte, los delitos de expresión caracterizados como “discurso del odio” y, por otra, una variedad de agresiones contra las personas o la propiedad que tienen en común el hecho de basarse en prejuicios hacia determinados colectivos<sup>39</sup>. El grupo de casos al que mayor atención se ha prestado en el ámbito europeo es el primero, hasta el punto de que en 1997 el Comité de Ministros del Consejo de Europa se ocupó expresamente de perfilar su contenido, estableciendo que bajo el discurso de odio se entenderán comprendidas todas las formas de expresión pública “que difunden, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo y etnocentrismo agresivo, y de discriminación y hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante” (Recomendación R(97)20).

Pero, como hemos visto, más allá de los delitos de expresión que contemplan casi todas las legislaciones europeas, en los últimos tiempos también va ganando protagonismo la posibilidad de agravar la pena de cualquier delito –o, al menos, de los que atentan contra bienes jurídicos individuales– cuando la víctima del hecho pertenece a un grupo social afectado por prejuicios altamente extendidos en la comunidad, dando entrada así a la larga tradición norteamericana de *hate crimes*<sup>40</sup>. De hecho, en la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, destinada a apuntalar la obligación de los Estados de la Unión Europea de sancionar por vía penal el “discurso del odio”, ya se hacía referencia a aquellas otras formas de delitos de odio al establecer que

38. Véase OSCE, 2005, p. 10.

39. Landa Gorostiza (2018: 25) se refiere a los delitos de odio en sentido amplio, que abarcan, por un lado, los delitos de propaganda o de pura expresión (*hate speech*) y, por otro, los “delitos de actos de odio” (*hate crime* en sentido restringido).

40. Al respecto, Jacobs/Potter, 1998: 29-44. A diferencia de lo que ha sucedido en Europa, tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria de los Estados Unidos de América se muestran contrarias a la criminalización del puro “discurso de odio” por colisionar frontalmente con la libertad de expresión. Al respecto, De Pablo Serrano, 2014: 73 ss.

cuando se trate de conductas penales distintas de la incitación al odio o a la violencia por motivos racistas o xenófobos, “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la motivación racista y xenófoba se considere como una circunstancia agravante, o bien que los tribunales tengan en cuenta dicha motivación a la hora de determinar las sanciones” (art. 4).

Por tanto, en una primera aproximación, es posible incluir bajo el concepto de “delitos de odio” a una amplia gama de conductas violentas o que incitan a la violencia, cuyo elemento común reside en que están basadas en prejuicios<sup>41</sup> hacia ciertos colectivos señalados por alguna característica identitaria o condición personal, tales como la raza, el color, la ascendencia, el origen nacional o étnico, la edad, la discapacidad, la lengua, la religión o creencias, el sexo, el género, la identidad de género o la orientación sexual, entre otras<sup>42</sup>. Se trata, pues, de actos de discriminación<sup>43</sup> que encuentran su razón de ser en estereotipos y prejuicios fuertemente enraizados en la comunidad respecto a determinados grupos percibidos por la mayoría como indeseables o incluso peligrosos para la estabilidad y la cohesión social<sup>44</sup>. Basta volver la vista al origen de esta categoría en el ámbito internacional para confirmar esa vinculación con las minorías raciales, étnicas o nacionales, entre otras. No es casual que uno de los primeros instrumentos internacionales en los que aparece una referencia al discurso del odio sea la *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial* de 1965, cuyo art. 4 establece que los Estados partes “declararán como acto punible...toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico...”. Un camino semejante al que siguió un año después el *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos*, cuyo art. 20 dispone que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley<sup>45</sup>”.

41. Sobre el papel de los “prejuicios” en la configuración de los delitos de odio, Díaz López, 2013: 92 ss.

42. Es la enumeración recogida en la Recomendación General n.º 15 de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI) *sobre líneas de actuación para combatir el discurso de odio*, de 8 de diciembre de 2015.

43. Así, Rey Martínez, 2015: 54; Landa Gorostiza, 2018: 25.

44. En esta línea Parekh, 2012: 41.

45. Sobre la normativa internacional en esta materia, véase ampliamente, Gascón Cuenca, 2016: 23-73. Los instrumentos internacionales más recientes siguen el mismo camino. A modo de ejemplo, véase el art. 4 del *Protocolo adicional al Convenio sobre la*

También en los Estados Unidos de América el reconocimiento de una categoría específica de delitos de odio (*hate crimes*) encuentra su explicación en la toma de conciencia social sobre los efectos perversos de la discriminación ancestral de determinados sectores de la población por razones de raza, género u orientación sexual y la correlativa atención que entrados los años ochenta del siglo pasado fueron prestando, primero los medios de comunicación y más tarde el poder legislativo, a los crímenes motivados por prejuicios raciales, étnicos o religiosos<sup>46</sup>. Como dice Lawrence, “un delito de odio no se produce porque la víctima es *quien* es sino porque la víctima es *lo que es*”<sup>47</sup>.

No cabe duda entonces de que la idea de construir una categoría específica de “delitos de odio” (incluidas las distintas formas del discurso de odio) surge en el ámbito del Derecho antidiscriminatorio. Así lo corrobora la *Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia* (ECRI) en su ya citada Recomendación General n.º 15 cuando recuerda “que de la historia europea nace la obligación de memoria, vigilancia y de combatir el aumento del racismo, la discriminación racial, la discriminación basada en el género, el sexismo, la homofobia, la transfobia, la xenofobia, el antisemitismo, la islamofobia, la discriminación contra los gitanos y la intolerancia”, todas ellas formas evidentes de discriminación cuyo objetivo son grupos sociales excluidos o estigmatizados<sup>48</sup>.

Por eso, si bien es cierto que en los delitos de odio hay un componente de desprecio o rechazo frontal hacia un determinado colectivo, lo que les concede especificidad y justifica una respuesta punitiva intensa no es el sentimiento perverso del autor, su mera actitud interna –como sugiere el discutible uso de la palabra “odio”– sino las características del colectivo al que se dirigen, el hecho de que se trate de grupos marcados por el estigma de la diferencia. En otros términos, lo que caracteriza y otorga gravedad a los delitos de odio es su carácter de conductas discriminatorias<sup>49</sup>, en tanto reflejan y al mismo tiempo

---

*ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos* (BOE de 30 de junio 2015).

46. Así, con abundante información sobre el origen y desarrollo de los *hate crimes* en USA, Jacobs/Potter, 1998: 3 ss.

47. Lawrence, 2002: 9.

48. En España destaca de forma acertada ese componente discriminatorio el documento de la Dirección General de la Policía/ Mossos d’Esquadra *sobre Procedimiento de hechos delictivos motivados por el odio o la discriminación*, de 10 de marzo de 2010, donde se afirma que los delitos de odio constituyen “una forma de discriminación que vulnera los derechos humanos” (p. 4).

49. Así también, Fuentes Osorio, 2017: 4.

reproducen estereotipos y juicios negativos hacia grupos de personas señalados por sus “diferencias”, por ser ajenos al ciudadano pleno que la comunidad reconoce como modelo, como “norma”. Ya sea por su condición de extranjeros; por practicar una religión distinta a la mayoritaria; por formar parte de una etnia particular; por su color de piel; por su identidad de género o por el género sin más; la esencia de los comportamientos propios de los delitos de odio está en que la causa de la agresión se relaciona con alguna de las circunstancias diferenciales del colectivo afectado.

Es precisamente esa posición social relegada o incluso marginal del grupo atacado –sea en forma de agresión al colectivo o a alguno de sus miembros– la que imprime gravedad al hecho en tanto produce efectos añadidos que van más allá de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos normalmente afectados por cada delito (vida, integridad física, libertad, propiedad...) <sup>50</sup>. En primera línea aparece el atentado a la dignidad personal que entraña cualquier ataque motivado únicamente por el menosprecio de las señas de identidad de la víctima, el rechazo al “otro” a partir de una posición de superioridad asumida y refrendada por la propia agresión, cualquiera sea la forma que esta adquiere <sup>51</sup>. Pero, además, no se puede perder de vista el efecto intimidatorio que producen los actos de racismo y xenofobia sobre el colectivo en su conjunto y sobre cada uno de sus integrantes, lo que disminuye sus expectativas de seguridad y la posibilidad de ejercicio pleno de sus derechos fundamentales <sup>52</sup>. Con razón se ha dicho que este tipo de agresiones desincentiva la participación política del grupo discriminado y de sus miembros <sup>53</sup>, ahondando así su posición subordinada en la vida comunitaria. Por todo ello, los delitos de odio atentan también –o quizás, sobre todo– contra el derecho a la diversidad <sup>54</sup>, entendido como derecho al pleno desarrollo de la vida pública y privada sin temor a

50. Sobre los efectos añadidos que producen los delitos de odio sobre la propia víctima, sobre el colectivo diana y sobre la sociedad en general, véase Lawrence, 2002: 40 ss.

51. El Tribunal Constitucional ya se manifestó en este sentido en la temprana STC 214/1991, de 11 de noviembre (caso Violeta Friedman), en el que sostuvo que “el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia...son incompatibles con el respeto a la dignidad humana” (FJ. 8).

52. Lo relevante es que esa intimidación afecta directamente a las posibilidades de desarrollo pleno de los miembros del grupo discriminado –que es el objeto de la tutela penal– y no su supuesta potencialidad para afectar a la “paz pública” en general, como se ha sostenido en ocasiones. En este último sentido Osuna Cerezo, 2016: 64.

53. Así, Parekh, 2012: 48.

54. Sobre el desarrollo de los derechos vinculados a las minorías y la diversidad, Cisneros Ávila, 2018: 178 ss.

que las particularidades de identidad o las circunstancias personales puedan constituir un obstáculo para la integración social y el ejercicio de los derechos fundamentales tanto del colectivo como de las personas que lo componen<sup>55</sup>.

En síntesis, los delitos de odio solo adquieren algún sentido como categoría jurídico penal si se los observa desde el Derecho antidiscriminatorio, como una forma más de generar, mantener o profundizar situaciones de exclusión o marginación de determinados colectivos socialmente subordinados, con la consecuencia de reducir las posibilidades de conducción de vida autónoma de sus miembros. Si se les desliga de los grupos discriminados y se busca su esencia únicamente en un sentimiento de aversión o incluso de hostilidad hacia un grupo social cualquiera, sus perfiles se desdibujan y desaparece el motivo que concede legitimidad a una respuesta penal específica. Si el punto de mira se desplaza de las características de la víctima a los componentes emocionales que guían al autor –el sentimiento de “odio”, el móvil de desprecio, etc.– la legitimidad de estos delitos se derrumba y todo queda reducido a una supuesta mayor reprochabilidad por los motivos perversos que guían el acto, con la inevitable y siempre sospechosa asociación con el nefasto derecho penal de autor<sup>56</sup>.

Por lo que se refiere al derecho español, el discurso del odio como delito de expresión está recogido con más o menos fortuna en el art. 510 CP desde 1995. Es amplísima la doctrina que desde hace tiempo viene confrontando este precepto con los estándares internacionales para poner de manifiesto la exageración punitiva en la que ha incurrido nuestro legislador<sup>57</sup>, acrecentada de manera notable por la reforma de 2015<sup>58</sup>. Pero más allá de esta crítica mayoritaria –que sin duda comparto– lo preocupante es que la jurisprudencia no solo no ha puesto coto a esa política criminal expansiva, sino que ha desarrollado su propia doctrina subjetivista del discurso del odio para justificar la punición de una variedad de conductas que rozan libertades públicas tan esenciales como la libertad de conciencia o la libertad de expresión, tal como hemos visto en el repaso de la reciente aplicación judicial de los delitos de enaltecimiento del terrorismo, humillación a las víctimas, injurias a la corona y contra los sentimientos religiosos.

55. En la citada Recomendación General n.º 15, la ECRI recuerda que el discurso del odio provoca la pérdida de autoestima del colectivo atacado y pone en peligro su integración en la sociedad (apartado 22).

56. Ha indagado sobre estas consecuencias Alonso Álamo, 2012: 58-59.

57. Por todos, Portilla Contreras, 2016: 381 y ss.

58. Al respecto, Alastuey Dobón, 2016: 16 y ss.

#### IV. LOS RIESGOS DE UN CONCEPTO DESNATURALIZADO

La delgada línea que separa el discurso del odio del ejercicio legítimo de la libertad de expresión ha llevado a que una y otra vez se advierta desde diferentes instituciones internacionales sobre los riesgos de su uso abusivo y descontextualizado. Así, en un informe sobre el “odio religioso”, la *Comisión de Venecia* señala que “la aplicación de la legislación sobre odio debe hacerse con mesura para evitar un resultado en el que unas restricciones que se dirigen potencialmente a proteger a las minorías contra abusos, extremismos o racismo tengan el efecto perverso de acallar las voces opositoras y disidentes, silenciar a las minorías y reforzar el discurso y la ideología dominante en materia política, social y moral<sup>59</sup>”. En la misma línea, el *Comité para la eliminación de la discriminación racial* “subraya que las medidas encaminadas a vigilar y combatir el discurso racista no deben emplearse como pretexto para restringir las expresiones de protesta contra la injusticia, ni las de descontento social o de oposición” (Recomendación General n.º 35, de 26 de septiembre de 2013, III-20). Idéntica idea transmite la *Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia* (ECRI) en la ya citada Recomendación General n.º 15 cuando recuerda que en el Derecho internacional, la obligación de tipificar los delitos de odio se estableció para proteger a los miembros de los colectivos vulnerables, por lo que resulta inquietante comprobar que en algunos casos esos delitos se estén aplicando precisamente a esas personas como manera de “reprimir la crítica a las políticas oficiales, la oposición política o las creencias religiosas”.

Dos ideas surgen con claridad de estas advertencias internacionales. La primera: que el fin primordial y la única justificación para sancionar el llamado “discurso del odio” es la necesidad de proteger a las minorías frente al peligro de sufrir acoso y abusos derivados de su posición de vulnerabilidad social, una afirmación que puede extenderse sin dificultad a toda la categoría de “delitos de odio”, incluidas las agravaciones de pena aplicables a un delito común cometido por motivos discriminatorios; la segunda: que un uso abusivo y descontextualizado de esta categoría puede llevar al resultado exactamente contrario al perseguido, esto es, a silenciar la disidencia<sup>60</sup> y a reforzar las posiciones de poder del

59. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW: Report on the relationship between freedom of expression and freedom of religion: The issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred, aprobado en la 76.ª Sesión Plenaria, Venecia, 17-18 de octubre de 2008, apartado 58.

60. Advierte sobre el riesgo de un uso extensivo del art. 510 CP que conduzca a silenciar la crítica política y la disidencia (aunque en un sentido distinto al del texto), Alcácer Guirao, 2012: 19.

grupo dominante o incluso a “avivar temores de desintegración nacional y desarmonía social de las que se culpa a las minorías”, como indica Parekh recordando el caso del *apartheid* sudafricano<sup>61</sup>. No cabe duda, pues, que es imprescindible mantener el anclaje de los delitos de odio en el contexto del Derecho antidiscriminatorio para evita que sirvan como coartada para el avance del autoritarismo estatal y el correlativo debilitamiento de las libertades públicas.

Los delitos de odio únicamente adquieren sentido y utilidad como categoría analítica e instrumento de política legislativa si se los vincula con grupos socialmente discriminados. Es en ese contexto donde surge un objeto de protección relevante porque se pueden identificar unos efectos concretos sobre bienes jurídicos concretos: atentados a la dignidad personal<sup>62</sup> y al derecho a la diversidad, profundización de la estigmatización social y riesgo de segregación del grupo, reducción de las posibilidades de participación política; en suma, limitación de las expectativas de ejercicio pleno de los derechos humanos<sup>63</sup>.

Por el contrario, una versión exageradamente amplia que pretenda abarcar en el concepto de delitos de odio todo acto o manifestación pública de rechazo o animadversión hacia un grupo cualquiera de personas o incluso hacia instituciones fuertemente arraigadas en la estructura social (como las fuerzas de seguridad, la iglesia católica o la monarquía) desdibuja totalmente el concepto y hace imposible dotarlo de algún fundamento razonable. Así sucede, de hecho, en la jurisprudencia española predominante, donde se detecta una marcada tendencia a quedarse únicamente con el componente emocional de fobia hacia cualquier grupo o institución, sean cuales fueren sus características intrínsecas, apelando al odio únicamente como sentimiento de rechazo incondicionado<sup>64</sup>. De esta

61. Parekh, 2012: 53.

62. Particularmente claro respecto a la dignidad como objeto de tutela en la punición de conductas vinculadas al discurso del odio, Waldron, 2012: 105: “La dignidad...es precisamente lo que están llamadas a proteger las leyes sobre discurso del odio, pero no la dignidad en el sentido de algún nivel particular de honor o estima (o propia estimación), sino dignidad en el sentido del derecho básico de toda persona a ser respetada como un miembro pleno de la sociedad, como alguien a quien su pertenencia a un grupo minoritario no le descalifica para la normal interacción social”.

63. Sobre el bien jurídico en los delitos vinculados al discurso del odio, De Pablo Serrano/ Tapia Ballesteros, 2017: 3 y ss.

64. Por eso algunos autores, haciendo un paralelismo con los modelos de tipificación de los delitos de odio en los Estados Unidos de América, entienden que nuestra legislación ha optado por el “modelo de la hostilidad”, es decir, el que sitúa la esencia del delito en la animadversión del autor hacia el colectivo discriminado. Así, entre otros, Galán Muñoz, 2020: 48 s. En mi opinión el modelo adoptado por la jurisprudencia

manera, los delitos de odio, pensados para proteger las libertades de colectivos a los que se priva de voz propia por su estigmatización social, se desnaturalizan por completo, convirtiéndose en un poderoso instrumento de represión del discurso político crítico con el poder<sup>65</sup> y, en general, de cualquier manifestación disidente, sea verbal o por vías de hecho.

Es lo que ha pasado con el delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP), donde se apela a esa versión descontextualizada del discurso del odio para conceder legitimidad a unas figuras fuertemente criticadas en la doctrina porque suponen un adelantamiento excesivo de la intervención penal a costa de la libertad de expresión<sup>66</sup>. Sin el respaldo del discurso del odio la justificación de esta figura quedaría limitada, si acaso, a supuestos muy claros de incitación a la violencia terrorista<sup>67</sup>. Así lo interpreta la Sentencia de la Audiencia Nacional 12/2017, de 21 de marzo, –lamentablemente aislada– en la que de forma expresa se reconocen las grandes dificultades para encontrar un bien jurídico aceptable, “hasta el punto de que se ha acudido al concepto de discurso del odio, cuyo campo semántico se ha expandido convenientemente para integrar en su seno la alabanza y la justificación de acciones terroristas<sup>68</sup>”. La misma Sentencia llama la atención, con acierto, sobre la falta de precisión con la que habitualmente apelan nuestros tribunales a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de vincular el enaltecimiento del terrorismo con las conductas de odio. Basta un somero repaso a las resoluciones de esta corte de justicia, citada una y otra vez en las sentencias españolas, para comprobar que se trata siempre de contextos de gran tensión política e incluso de lucha armada que permiten interpretar los discursos de enaltecimiento del terrorismo como formas de incitación a la violencia<sup>69</sup>, situaciones que

---

española es aún más amplio ya que ni siquiera requiere que el “objeto” del odio sea un grupo socialmente discriminado.

65. Refiriéndose al delito de enaltecimiento del terrorismo sostiene, con razón, Mira Benavent, 2016: 111, que “está cada vez más llamado a cumplir un papel de control o de policía del pensamiento político disidente”. También en esta línea, Carbonell Mateu, 2018: 1417.
66. Los justifica, sin embargo, a partir del discurso del odio, aunque proponiendo una interpretación restrictiva, Bernal del Castillo, 2016: 21 y ss.
67. Ampliamente sobre el discurso terrorista, Cancio Meliá/ Díaz López, 2019: 107 ss.
68. Esta Sentencia, que llevó a la absolución de un tuitero que realizó diversos elogios a miembros de ETA fusilados en la dictadura, junto a consignas en favor de la banda armada, ha sido ratificada por la STS 52/2018, de 31 de enero.
69. Muchos de ellos vinculados con la lucha en el Kurdistán y con la acción armada del PKK. Así, el tan citado *Caso Siirek c. Turquía* (n.º 1), de 8 de julio de 1999 o también el *Caso Halis Dogan c. Turquía*, de 7 de febrero de 2006. Con todo, el TEDH tampoco ha seguido su propia doctrina de forma constante. Sobre los altibajos del alto tribunal

nada tienen que ver con el clima político y social en el que los jueces españoles vienen aplicando este delito.

La realidad española es tan distinta que lo que se consigue con la criminalización de tuiteros, artistas más o menos marginales y jóvenes contestatarios que difunden mensajes nostálgicos con la lucha armada o bromas de mal gusto sobre víctimas del terrorismo no es otra cosa que coartar su derecho a la protesta frente a una sociedad implacable que los ignora y los maltrata. Como bien dijo el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez en su voto discrepante con la ya citada STS 4/2017, ese tipo de actitudes “resultan ser fielmente expresivas de la subcultura de algunos grupos sociales, integrados preferentemente por sujetos jóvenes, duramente maltratados en sus expectativas de trabajo y vitales en general, por las crueles políticas económicas en curso desde hace ya un buen número de años. Forman, pues, parte de una manera difusa de reaccionar, de *contestar*...la cultura de un *establishment* del que, no sin razón, se consideran excluidos”. Los episodios violentos ocurridos como consecuencia del encarcelamiento del rapero Pablo Hasél en el mes de febrero de 2021 en varias ciudades españolas (sobre todo en Barcelona) son una buena muestra de esa realidad que describe con tanto acierto el magistrado.

## V. CONCLUSIONES

El análisis de la jurisprudencia española en materia de delitos de odio ha permitido comprobar que nuestros tribunales se han decantado por una concepción amplia de esa categoría de delitos que sitúa su injusto específico en un elemento subjetivo, en concreto, en la concurrencia de un sentimiento de hostilidad o animadversión hacia la víctima que juega como motivo del acto, relegando a una papel secundario y no esencial el hecho de que la víctima pertenezca a un grupo social discriminado. Así se desprende con claridad de la ya citada STC 177/2015 cuando expresa que si bien “es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado ‘discurso del odio’ son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas.... lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no comparten el ideario de los intolerantes” (FJ 4). Ese desplazamiento de la esencia de los delitos de odio hacia la actitud intolerante del autor del hecho es lo que permite

---

europé en esta materia, Rodríguez Montañés, 2012: 261 ss.; también Roig Torres, 2020: 79 ss.

a nuestros tribunales calificar como “delitos de odio” y, por tanto, como conductas no amparadas en la libertad de expresión, a una serie de figuras delictivas que nada tienen que ver con la tutela de grupos discriminados, como es el caso de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a sus víctimas, las injurias a la corona o los delitos contra los sentimientos religiosos.

Se produce así una tergiversación peligrosa de una categoría de delitos que en sus orígenes estaba pensada para proteger a los miembros de grupos sociales vulnerables y que, sin embargo, aplicada de forma excesiva y descontextualizada puede volverse precisamente contra los más débiles, poniéndose al servicio de los poderes hegemónicos para reforzar su posición preponderante a costa del silencio de cualquier voz disidente. No otra cosa sucede cuando apelando al “discurso fóbico” se penalizan las opiniones más o menos radicales en relación al terrorismo o las protestas contra la iglesia mayoritaria o los ataques a altas instituciones del Estado, como la monarquía o las fuerzas de seguridad.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALASTUEY DOBÓN, C. (2016). Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, n.º 18-14.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2012). Discurso del odio y discurso político. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, n.º 14-02, 1-32.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2016). Diversidad cultural, intolerancia y Derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, n.º 18-11, 1-55.
- ALONSO ÁLAMO, M. (2012). Sentimientos y Derecho penal. *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 106 - I, 2.ª época, 35-95.
- BERNAL DEL CASTILLO, J. (2016). El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del discurso del odio. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.º época, n.º 16.
- CANCIO MELÍA, M./ DÍAZ LÓPEZ, J.A. (2019). *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?* Aranzadi.
- CARBONELL MATEU, J.C. (2018). Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas más allá de la provocación y la injuria. En De la Cuesta-Aguado, Ruiz-Rodríguez, Acale-Sánchez, Hava-García, Rodríguez-Mesa,

- González-Agudelo, Meini-Méndez y Ríos-Corbacho (Coord.). *Liber amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Juan M.ª Terradillos Basoco* (pp. 1413-1432). Tirant lo Blanch.
- CISNEROS ÁVILA, F. (2018). *Derecho penal y diversidad cultural*. Tirant lo Blanch.
- CUERDA ARNAU, M.L. (2013). Libertad de expresión y crítica política a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Teoría y Derecho*, n.º 13/2013, 215-231.
- DE PABLO SERRANO, A. (2014). Todo a una carta: la libertad de expresión. El debate en torno al discurso extremo y al discurso de odio en la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos. En Pérez-Álvarez (Coord.). *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías*. Universidad de Salamanca.
- DE PABLO SERRANO, A. y TAPIA BALLESTEROS, P. (2017). Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal". *Diario La Ley*, n.º 8911, 1-13.
- DÍAZ LÓPEZ, J.A. (2013). *El odio discriminatorio como agravante penal*. Aranzadi.
- DOPICO, J. (2018). Desconciertos de Brandemburgo. *Boletín Libertad de Expresión, Juezas y Jueces para la Democracia*, mayo 2018, 14-17.
- FUENTES OSORIO, J.L. (2017). El odio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19-27, 1-52.
- GALÁN MUÑOZ, A. (2020). Delitos de odio, discurso de odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural? *Revista Penal*, n.º 46, 41-66.
- GASCÓN CUENCA, A. (2016). *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*. Aranzadi.
- JACOBS, J.B. y POTTER, K. (1998). *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*. Oxford University Press.
- LANDA GOROSTIZA, J.M. (2018). *Los delitos de odio*. Tirant lo Blanch.
- LAURENZO COPELLO, P. (2018). Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados. En De la Cuesta-Aguado, Ruiz-Rodríguez, Acale-Sánchez, Hava-García, Rodríguez-Mesa, González-Agudelo, Meini-Méndez y Ríos-Corbacho

- (Coord.). *Liber amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Juan M.<sup>a</sup> Terradillos Basoco* (pp. 1287-1300). Tirant lo Blanch.
- LAWRENCE, F.M. (2002). *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*. Harvard University Press.
- MIRA BENAVENT, J. (2016). Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo. En Portilla-Contreras y Pérez-Cepeda (Coord.). *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI* (pp. 102-114). Ratio Legis.
- MIRÓ LLINARES, F. (2018). Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos Cesar Stawberry y Cassandra Vera. En De la Cuesta-Aguado, Ruiz-Rodríguez, Acale-Sánchez, Hava-García, Rodríguez-Mesa, González-Agudelo, Meini-Méndez y Ríos-Corbacho (Coord.). *Liber amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Juan M.<sup>a</sup> Terradillos Basoco* (pp. 1433-1445). Tirant lo Blanch.
- MORILLAS CUEVA, L. (2011). *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial*. Dykinson.
- OSCE (2005). La lucha contra los delitos de odio en Europa. *Materiales didácticos*, n.º 5.
- OSUNA CERESO, M. J. (2016). Los delitos de odio (Análisis del artículo 510 del Código Penal: unos tipos penales con imprecisas fronteras). *Jueces para la Democracia*, n.º 86, 60-79.
- PAREKH, B. (2012). Is There a Case for Banning Hate Speech?. En Herz y Molnar (Coords.). *The Content and Context of Hate Speech*. Cambridge University Press.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2016). La represión penal del discurso del odio. En Álvarez-García (Coord.). *Tratado de Derecho penal español, Parte Especial* (pp. 379-412). Tirant lo Blanch.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2019). Rebelión ciudadana y sistema punitivo. Sobre la conversión del ejercicio de derechos en delitos e ilícitos administrativos. En Alonso-Rimo (Coord.). *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana* (pp. 321-355). Aranzadi.
- REBOLLO VARGAS, R. (2018). Controversias y propuestas interpretativas sobre la agravante de discriminación por razón de odio. En Landa-Gorostiza, Garro-Carrera (Coord.). *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española* (pp. 195-220). Tirant lo Blanch.

- REY MARTÍNEZ, F. (2015). Discurso del odio y racismo líquido. En Revenga-Sánchez (Coord.). *Libertad de expresión y discursos del odio* (pp. 51-88) Universidad de Alcalá.
- ROIG TORRES, M. (2020). *Delimitación entre libertad de expresión y “discurso del odio”*. Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (2012). *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*. Tirant lo Blanch.
- SÁEZ VALCÁRCEL, R. (2018) “La libertad de expresión. Apariencia y realidad”, *Boletín Libertad de Expresión, Juezas y Jueces para la Democracia*, mayo 2018, 3-5.
- SHAVERS, C. M. (2014). *Criminal Law Dealing with Hate Crimes*. Peter Lang D.
- WALDRON, J. (2012). *The Harm in Hate Speech*. Harvard University Press.