

Capítulo VII

La confusión de los delitos de odio

ALBERTO DAUNIS RODRÍGUEZ

*Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Málaga*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ¿QUÉ SON LOS DELITOS DE ODIO? III. ¿DEBE LA VÍCTIMA DEL DELITO PERTENECER A UN COLECTIVO DISCRIMINADO, VULNERABLE O VULNERABILIZADO PARA PODER ACTIVARSE EL DELITO DE ODIO? IV. ¿QUÉ PROTEGEN LOS DELITOS DE ODIO? V. ¿DEBE EXIGIRSE UN ELEMENTO SUBJETIVO EN LOS DELITOS DE ODIO? VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La aplicación e interpretación de los delitos de odio suscitan múltiples dudas e incertidumbres. En el presente trabajo abordamos algunas de ellas, muy especialmente, nos detenemos en qué debe entenderse por delito de odio, abogando por una concepción restrictiva en clave de derecho penal antidiscriminatorio. Asimismo analizamos otros elementos fundamentales para la comprensión de estos delitos, como el bien jurídico que pretenden salvaguardar y el significado o sentido que debe otorgarse a la motivación del autor que comete el delito.

PALABRAS CLAVE: Odio, dignidad humana, discriminación, minorías, colectivos vulnerables.

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos de odio se han convertido en una categoría de delitos que suscitan importantes incertidumbres y problemas de aplicación. La ausencia de una clara definición legal de tales delitos, su regulación dispersa en distintos preceptos, incluso, capítulos del código penal,

las varias reformas que han sufrido las figuras más importantes –tales como el art. 22.4 Cp o el art. 510 Cp– y la utilización de una técnica legislativa especialmente defectuosa, han generado múltiples problemas y obstáculos para llevar a cabo una clara y adecuada aplicación judicial de estas figuras. La confusión existente respecto a estos delitos, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, es especialmente patente: desde los delitos que deben considerarse dentro de esta categoría hasta el bien jurídico que pretenden salvaguardar son cuestiones que no se han resuelto aún de forma clara y unívoca. En las siguientes páginas intentó aportar algunas consideraciones que, como mínimo, sirvan para identificar los principales problemas interpretativos y aplicativos que rodean estos tipos penales.

II. ¿QUÉ SON LOS DELITOS DE ODIOS?

La aparición de los delitos de odio está muy relacionada con la actividad normativa en materia de lucha contra la discriminación y el racismo. No en vano, las primeras iniciativas en el ámbito internacional se enmarcan en lo que podemos denominar derecho antidiscriminatorio. Así, si seguimos el análisis que realiza GASCÓN (2021: 168 y ss) a la hora de aportar una definición internacional de delitos de odio, comprobamos la inescindible relación entre delitos de odio y derecho antidiscriminatorio.

De esta forma, una de las primeras herramientas en materia de delitos de odio, la Recomendación General núm.7 de Política General de la ECRI (Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia) del Consejo de Europa, recomienda a los Estados aprobar una legislación penal contra el racismo y la discriminación racial en los casos de incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación, insultos en público y difamación, o amenazas contra una persona o una categoría de personas por motivo de raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico.

Por su parte, la UE, a través de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal estipula una serie de obligaciones para los Estados de criminalizar determinados comportamientos cuando tengan una motivación racista y xenófoba.

Asimismo la OSCE entiende que se tratan de “comportamientos criminales cometidos por un motivo prejuicioso. Es este motivo el que caracteriza a los delitos de odio de otra tipología de crímenes. Un delito de odio

no es ninguna ofensa penal concreta. Puede consistir en actos de intimidación, amenazas, daños a la propiedad, agresión, asesinato o cualquier otro delito” (OSCE, 2009: 16).

En definitiva, no puede negarse que los orígenes de este tipo de delitos en el derecho internacional no es otro que las leyes antidiscriminatorias. No en vano, como recuerda LAURENZO (2021: 262), no fue una casualidad que la primera herramienta que exige a los Estados tipificar este tipo de comportamientos sea la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, la cual, en su art. 4 dispone que los Estados Partes “declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación”.

No obstante, a pesar de que en los orígenes –y al mismo tiempo su fundamento y justificación– este tipo de delitos de odio se encuadran en las legislaciones antidiscriminatorias, en la actualidad su aplicación judicial discurre por otros derroteros.

En efecto, en los últimos años se observa en distintos contextos, como el periodístico, el político y, sorprendentemente, el judicial, la utilización de la terminología “delitos de odio” para justificar, invocar o exigir la aplicación de determinados tipos penales que, a priori, poco o nada tienen que ver con las leyes penales antidiscriminatorias.

Siguiendo con la confusión de los operadores jurídicos sobre la propia categoría de los delitos de odio, llama la atención el catálogo que recoge la propia Fiscalía General del Estado, cuando en su Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código penal (en adelante, CFGE), lamentándose por la inexistencia de una categoría unívoca de delitos de odio, entiende como “manifestaciones de esta discriminación punible”: los delitos contra los sentimientos religiosos previstos en los arts. 522 a 524 Cp. Precisamente, unos delitos que estaban completamente en desuso pero que en los últimos años se ven revitalizados bajo el “paraguas” de los delitos de odio, como también viene criticando desde hace años LAURENZO (2018: 1287-1300), quien entiende que la “poderosa iglesia” católica no puede convertirse en sujeto pasivo de los delitos de odio al no pertenecer a un colectivo discriminado (2021, 259).

Siguiendo este planteamiento, el que identifica delitos de odio con la necesidad de proteger a colectivos discriminados, no entraría, dentro de

la categoría de delitos de odio ningún tipo penal destinado a proteger a personas que no formen parte de un colectivo discriminado. En consecuencia, no podrían considerarse delitos de odio ni las injurias a la corona, ni el enaltecimiento al terrorismo. En cambio, son dos grupos de delitos que en los últimos años se vienen aplicando con especial vigor al entenderse, paradójicamente, como graves manifestaciones de odio.

Respecto a los primeros, destaca la ya famosa STC 177/2015, de 22 de julio, cuando afirma que “quemar en público, en las circunstancias descritas, la fotografía o la imagen de una persona comporta una incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza. En definitiva, quemar públicamente el retrato de los monarcas es un acto no sólo ofensivo sino 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 odio¹”.

Por lo que se refiere a los segundos, han sido varias las sentencias: una de las más citadas es la STS núm. 623/2016, de 13 de julio, que condena a una mujer a un año de prisión por emitir a través de su cuenta de twitter una serie de mensajes, entre los que destacamos: “Viva Eta militar”. “Lucha es el único camino. Dale duro hasta ganar”. “Carrero Blanco ministro naval tenía un sueño: volar y volar, hasta que un día eta militar hizo su sueño realidad”. ¿Cómo monta Irene Villa a caballo? Con velcro”. El Tribunal Supremo entiende que tales expresiones, que implican una alabanza o justificación de acciones terroristas, forman parte del denominado “discurso del odio”, el cual “no está protegido por la libertad de expresión ideológica”. “No se penaliza aquí el chiste negro, se penaliza la humillación que está inserta en el discurso de odio pues una de las

1. No menos conocido es el voto particular de la magistrada Adela Asúa Batarrita, al que se adhiere el magistrado Valdés Dal-Ré, en el que expresa tajantemente su discrepancia “cuando la sentencia fundamenta el sentido del fallo en el entendimiento de que la quema de la foto real fue expresión de un verdadero discurso del odio, y a la vez exteriorización de una amenaza y de provocación a la violencia. Interpretación que a mi juicio, no solo carece totalmente de sustento fáctico, sino que desfigura el concepto del discurso del odio y distorsiona peligrosamente su alcance”. Continúa afirmando la magistrada, “calificar la quema del retrato real como una expresión del discurso del odio, como se hace en la actual Sentencia, no puede considerarse sino un ejercicio errático en la búsqueda de una cobertura jurídica que se antoja imposible, tratando de justificar de cualquier manera la desestimación del presente recurso de amparo. Equiparar bajo el mismo concepto el discurso antimonárquico –aquí y ahora– con el discurso a fomentar la discriminación y exclusión social de colectivos socialmente 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”.

facetas de la humillación consiste en la burla, que no está recreada en este caso con chistes macabros con un sujeto pasivo indeterminado, sino un bien concreto y referido a unas personas a quien se identifica con su nombre y apellidos”.

Con independencia de que ambos grupos de comportamientos deban merecer o no respuesta penal, lo que parece claro es que no estamos ante colectivos discriminados que merezcan una mayor salvaguarda por parte del derecho penal o, expresado de otra forma, ante comportamientos que por ir dirigidos a colectivos discriminados conlleven un mayor desvalor.

En este punto podemos afirmar que los delitos de odio como parte integrante de las leyes penales antidiscriminatorias han perdido su esencia y se han llegado a desnaturalizar, ya que, cualquier persona puede ser víctimas de los mismos, sin que necesariamente pertenezcan a un colectivo discriminado, minoritario o vulnerable.

En puridad, esta categoría de delitos de odio no existe como tal. No hay ningún capítulo o sección en el código penal que recoja todos los delitos de odio. Y, tradicionalmente se hablado, más que de delitos de odio, de delitos antidiscriminatorios o de leyes penales antidiscriminatorias.

Dentro de las normas penales antidiscriminatorias, podemos encontrarnos con los siguientes grupos de delitos:

En primer lugar, destacan lo que podríamos denominar como el “núcleo” de los delitos de odio, al ser las primeras normas penales antidiscriminatorias y las que mayor aplicación tienen en la práctica forense. Me estoy haciendo referencia a la agravante genérica del art. 22.4 Cp y a los delitos de discurso de odio, injurias colectivas y apología del genocidio contenidos en el art. 510 Cp.

El art. 22.4 Cp supone el eje central del derecho penal antidiscriminatorio y, por ende, de los denominados delitos de odio. En virtud de este precepto se considera una circunstancia agravante “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la étnica, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

En efecto, es una de las fórmulas preferidas por las instancias internacionales y en general por los tipos penales de los ordenamientos nacionales para responder a los comportamientos discriminatorios, mediante una mayor respuesta penal de aquellos delitos de la parte especial que se cometan sobre víctimas pertenecientes a colectivos discriminados.

Por su parte, el art. 510 Cp ha adquirido especial protagonismo en los últimos años por venir a criminalizar el denominado discurso de odio, aunque también acoge otras figuras penales que “sin hacer mucho ruido” están aplicándose con mayor frecuencia en la práctica forense, fundamentalmente, el tipo de injurias colectivas. En puridad, el art. 510 Cp es el que por primera vez recoge expresamente el término “odio” dentro de una norma penal, al sancionar fomentar, promover o incitar directa o indirectamente “al odio, hostilidad, discriminación o violencia”. No obstante, el art. 510 Cp no solo castiga la incitación al odio sino que persigue otros tipos de comportamientos.

Siguiendo a LANDA, en el artículo 510 Cp se recogen hasta seis tipos penales: 1) art. 510.1 a) Incitación al odio; 2) art. 510.1 b) Difusión de incitación al odio; 3) art. 510.1 c) Apología de crímenes de derecho penal internacional; 4) art. 510.2 a) Injurias colectivas; 5) art. 510.2 b) Difusión de injurias colectivas; y 6) art. 510.2 c) Apología de delitos de odio.

Finalmente, nos encontramos con otro grupo de tipos penales que formarían parte también del derecho penal antidiscriminatorio al considerarse claramente “manifestaciones de discriminación punible” (utilizando términos de la FGE: 2019), los cuales, serían: 1) art. 170.1) Torturas por razón de discriminación; 2) art. 314) Discriminación en el ámbito laboral; 3) art. 511) Denegación discriminatoria de servicios públicos; 4) art. 512) Denegación de prestaciones en el ámbito de la actividad profesional o empresarial; 5) art. 515.4) Delito de asociación ilícita para promover o incitar a la discriminación.

Recapitulando, bajo la categoría de leyes penales antidiscriminatorias, podemos encontrar tres grupos de preceptos:

En primer lugar, la agravante genérica del art. 22.4 Cp que es la primera y más utilizada fórmula para responder a los comportamientos discriminatorios. En segundo lugar, el art. 510 Cp, donde se recogen los delitos de odio en sentido estricto, al utilizarse el término “odio” para tipificar una de las conductas. En tercer lugar, una serie de normas penales en las que se castiga expresamente determinados comportamientos discriminatorios: los arts. 170.1 Cp, 314 Cp, 512 Cp y 515.4 Cp.

Junto a estos tres grupos de delitos, en los últimos años se vienen también entendiendo como delitos de odio una serie de comportamientos que no necesariamente atentan contra colectivos discriminados sino que el acento se pone más bien en el sentimiento de odio, rechazo, hostilidad que despliega el sujeto activo que comete el delito. Nos estamos refiriendo fundamentalmente, a los delitos contra los sentimientos religiosos previstos en los arts. 522 a 524 Cp; el delito de injuria a la corona del art. 419 Cp y

el delito de enaltecimiento al terrorismo del art.578 Cp. En última instancia, nos encontramos que bajo la categoría de “delitos de odio” también podrían considerarse cualquier tipo de delito que se hubiese cometido por el odio, animadversión o rechazo que profese su autor a la víctima por su pertenencia a un determinado colectivo. Es decir, agredir a un sujeto por el hecho de ser torero, guardia civil o peluquero sería también delito de odio, si el odio, menosprecio o animadversión que se el sujeto activo tiene a los toreros, guardias civiles o peluqueros es el motor que desemboca la agresión.

En definitiva, desde esta perspectiva son delitos de odio aquellos delitos cometidos por el odio que el autor profesa sobre su víctima por pertenecer a un determinado colectivo, siempre y cuando, el motivo del odio, animadversión u hostilidad coincida con los que el legislador ha seleccionado en el art. 22.4 Cp (raza, ideología, religión....).

Este proceso por el que han transitado los delitos de odio y la deriva de su categorización o definición aparece claramente expuesta en la CFGE (2019: 23) al afirmar: “El origen del delito de odio está relacionado con la protección a los colectivos desfavorecidos, pero la vulnerabilidad del colectivo no es un elemento del tipo delictivo que requiera ser acreditado, sino que el legislador, haciendo ese juicio de valor previo, al incluirlo en el tipo penal, ha partido de esa vulnerabilidad intrínseca o situación de vulnerabilidad en el entorno social. Tampoco lo es el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo. Así una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacia tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos”.

Sin duda, resulta especialmente llamativo que, de una parte, se exprese que el legislador toma como referencia una cierta “vulnerabilidad intrínseca o situación de vulnerabilidad” de determinados colectivos pero, al mismo tiempo, se incluya dentro de estos grupos supuestamente vulnerables a los nazis. En puridad, el legislador no ha señalado los colectivos que pretende proteger la norma, sino que, más bien, ha concretado los motivos que debe guiar la acción del autor. Y como viene advirtiéndose, una interpretación literal de los arts. 22.4 y 510 Cp nos llevaría a criminalizar comportamientos con independencia de que la víctima sea o no un colectivo vulnerable. En este sentido, la propia FGE vuelve a defender la aplicación del delito contenido en el art. 510 Cp para salvaguardar a colectivos muy diversos y no necesariamente discriminados o vulnerabilizados. En concreto, la inclusión de la “ideología” como uno de las motivaciones punibles amplía aún más si cabe la posibilidad de aplicar tanto el delito contenido en el art. 510 Cp, como como la agravante del art. 22.4 Cp: “la ideología incluiría cualquier creencia en una determinada forma

de organización política del Estado: ya sea con el mantenimiento del actual Estado español como monarquía parlamentaria, su transformación en un Estado totalitario, su mutación en República federal, su disolución y creación de otros Estados independientes, o cualesquiera otras formas de organización política. Ello, no obstante, la ideología puede exceder del ámbito exclusivamente político. En efecto, puede también referirse al sistema social, económico e incluso al cultural. Es cierto que la ideología referida a estas facetas puede y suele tener su cauce de expresión a través de la ideología política, pero no tiene por qué ser siempre así. Cabe la posibilidad, a modo de ejemplo, de que el sujeto pasivo sea un grupo ecologista, un grupo feminista o una organización de protección de los derechos de los trabajadores o de defensa de los inmigrantes, todos ellos sin adscripción política expresa" (CFFG, 2019:28).

Esta excesiva ampliación de la agravante discriminatoria (22.4 Cp) y del delito de incitación al odio (art. 510), así como la activación "en clave de odio" de otros delitos, tales como las injurias a la Corona (419 Cp), el enaltecimiento del terrorismo (art. 578 Cp) o en general de cualquier delito (homicidio, lesiones...) motivado por el odio, ha llevado a un importante sector de la doctrina a denunciar la existencia de una "manipulación de los delitos de odio" para salvaguardar instituciones o intereses que en ningún caso pueden considerarse colectivos ni discriminados ni vulnerables o vulnerabilizados². Desde estas posiciones se defiende, precisamente para evitar cualquier tipo de expansión de estos tipos penales, una interpretación restrictiva en "clave discriminatoria". LAURENZO lleva desde hace años alertando sobre la necesidad de restringir, limitar y acotar estos delitos³. En su trabajo más reciente hasta la fecha (2021: 274), advierte que la clave de la interpretación no puede residir en la formulación gramatical de la norma sino más bien en lo que se quiere proteger con los delitos de odio: "qué se puede proteger con una categoría específica de delitos caracterizados por la agravación de la respuesta penal o, en su caso, por la punición específica de ciertas conductas basadas en prejuicios. Por algo se han elaborado finas teorías sobre la configuración y sentido del bien jurídico, por algo se ha reconocido mayoritariamente que en un Estado democrático no puede haber intervención penal donde no se pueda justificar la necesidad de tutela de un bien jurídico, por algo existe el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (por muy debilitado que se encuentre últimamente)". Esta es precisamente también la posición que defiende en mi último trabajo publicado en el año 2021, en

2. En este sentido, véase LAURENZO (2019:453-468) donde se aborda de forma monográfica esta manipulación de los delitos de odio.

3. Véase sus trabajos de 2018 y 2019 citados en la bibliografía.

el que, adhiriéndome a LAURENZO, entiendo que solo puede aplicarse el delito contenido en el art. 510 Cp y la agravante contenida en el art. 22.4 Cp cuando se afecte al bien jurídico protegido en la norma, que no es otro que el derecho a no ser discriminado.

Desde la anterior perspectiva, se vuelve a poner el acento en determinados colectivos que al ser minorías, colectivos vulnerables o vulnerabilizados, merecen una mayor salvaguarda penal. Estaríamos, por tanto, ante una interpretación de estos delitos en “clave de discriminación”, en la cual, si partimos de que el art. 510 Cp constituye –junto con el art. 22.4 Cp– lo que se viene a denominar como el núcleo del derecho penal antidiscriminatorio⁴ no parece descabellado, ni tampoco incompatible con el principio de legalidad, entender que el sujeto pasivo solo puede estar comprendido por individuos que pertenezcan a grupos discriminados. No, en vano, como recuerda REY (2015, 54) “el odio no deja de ser la munición ideológica de la discriminación”. En definitiva, los delitos de odio solo tienen sentido cuando responden a comportamientos que sufren colectivos discriminados y siempre que dicha discriminación encaje en algunas de las tasadas por la norma. Por tanto, habrá que verificar o probar dos circunstancias: de una parte, que concurre alguna de las motivaciones discriminatorias y, de otra parte, que se actuó sobre un sujeto discriminado. Esta última condición choca frontalmente con la forma de entender los delitos de odio de la FGE y de algunos tribunales, los cuales, no exigen tal pertenencia de la víctima a un colectivo discriminado. Pero, el hecho de que el sujeto activo actué por motivos discriminatorios no convierte al objeto de su acción en un colectivo discriminado. Porque, la discriminación se caracteriza no solo por el trato desigual que confiere el sujeto activo al sujeto pasivo sino también por la concurrencia en este último de una serie de circunstancias que hacen que sea considerada inferior, aunque, obviamente, no lo sea en realidad. Por tanto, la víctima es discriminada por determinados factores de índole social, económico y político que han convertido al grupo en desfavorecido frente al resto. Un término que suele utilizarse para referirse a estos colectivos es el de “minorías” que, debido a múltiples y variadas causas, se encuentran en una situación de desventaja en la sociedad frente a la “mayoría”⁵. Se trata de un término que debe usarse con determinadas cautelas, ya que, el acento no debe ponerse en su inferioridad numérica sino más bien en el menor o prácticamente nulo

-
4. Como advierte ALASTUEY (2016: 10, cita 33), la mayoría de la doctrina encuadra el delito de discurso de odio dentro del derecho penal antidiscriminatorio. La autora recoge en las citas 32 y 33 de su trabajo una abundante lista de autores en este sentido.
 5. Sobre esta cuestión, véase, GARCÍA ÁLVAREZ; 2004, 40, quien además aporta abundante bibliografía al respecto.

poder o capacidad de acceso a determinadas prerrogativas, servicios o, incluso, derechos de los que sí disfrutaban plenamente las mayorías. Expresado en otros términos, son colectivos cuya posición desventajosa no radica en su interioridad numérica sino en el lugar que ocupan en la sociedad (LAURENZO, 1995, 222). O, como afirma TAPIA, la discriminación se produce únicamente sobre las minorías, cuya consideración no depende del número de personas afectadas, sino de la “soledad” en la que se encuentra un grupo de sujetos por ostentar alguna de las referidas características legítimas que les sitúan en una posición de inferioridad, o incluso de marginación, otorgándoles un trato peyorativo, lo cual afectará a las posibilidades de acceder en igualdad de condiciones a las oportunidades que se presentan para la generalidad de los individuos⁶.

Esta interpretación restrictiva “en clave de discriminación” supondría, sin duda, una clara limitación de los denominados delitos odio y evitaría la tan criticada expansión de los mismos, ya que, no podría aplicarse a aquellos casos en los que el sujeto pasivo o la víctima no forma parte de un colectivo discriminado.

No obstante, esta última interpretación –necesaria por restringir la aplicación desmesurada y expansiva de los delitos de odio– podría conducir a soluciones polémicas o, al menos, discutibles, como analizamos en el apartado siguiente.

6. Para TAPIA (2020, 1902), la Fiscalía General mezcla dos argumentos que parecen tener relación, pero que en realidad no la tienen, y provoca una conclusión errónea. Resulta incontestable que el origen de los delitos de odio (delitos anti-discriminatorios) se encuentra en la existencia de una serie de colectivos que por sus características físicas, ideológicas o sociales se sitúan en una posición de vulnerabilidad dentro de la sociedad. Pero la vulnerabilidad del colectivo sí debe ser acreditada, sobre todo porque el legislador ha optado por referirse de forma neutra a las circunstancias que pueden configurar un delito de odio. No tendría sentido calificar como delito de odio o delito anti-discriminatorio una agresión a un varón caucásico, por ejemplo, en el centro de cualquier ciudad española, por mucho que el motivo de la agresión sea, precisamente, su sexo y su etnia. Consideramos que no sería admisible porque, en este supuesto, el bien jurídico lesionado no podría ser el valor no ser discriminado ya que los varones caucásicos en España no se encuentran en una posición de desventaja dentro de la sociedad y esta agresión no va a empeorar su situación, como colectivo. Obviamente, se habrá lesionado su integridad física y, eventualmente, en atención a cómo hubieran transcurrido los hechos podría considerarse que concurre un delito contra la integridad moral, pero no un delito de odio (entendido como delito anti-discriminatorio). Admitir esto sería vaciar de contenido el valor no ser discriminado como bien jurídico protegido y equipararlo a la igualdad. Por estos mismos motivos, y no por los que refiere la Circular de la Fiscalía, la agresión o incitación al odio hacia una persona de ideología nazi no puede calificarse de delito de odio. No se trata del valor ético de la ideología del sujeto, sino de la ausencia de lesión al bien jurídico protegido por los delitos de odio. Las personas que tienen esta ideología, si bien son minoritarias, no representan una minoría.

III. ¿DEBE LA VÍCTIMA DEL DELITO PERTENECER A UN COLECTIVO DISCRIMINADO, VULNERABLE O VULNERABILIZADO PARA PODER ACTIVARSE EL DELITO DE ODIOS?

Permítaseme contarles una anécdota: en mis últimas vacaciones de verano, cuando paseaba por una de las avenidas peatonales de Ceuta, me crucé con un grupo de chic@s y estando a la altura de ell@s, uno le dijo a otra: “yo soy completamente “heterófobo”. “No soporto a los heteros”. Posiblemente, el hecho de oír el término “heterófobo” por primera vez, hizo que me girase de forma sorpresiva para mirar al chico en cuestión, el cual, también me miró. ¿Qué hubiese sucedido si en lugar de volver a girarnos y seguir nuestro camino, el chico se hubiese abalanzado sobre mí y, al grito de “muerte al hetero”, me hubiese golpeado hasta hacerme perder un ojo?. Tanto para la jurisprudencia mayoritaria, como para la FGE, estaríamos ante un delito de lesiones del art. 149 Cp agravado mediante el art. 22.4 Cp al haberse cometido el delito por motivos discriminatorios relacionados con la orientación sexual. ¿Es lógica esta solución desde la perspectiva de un derecho penal antidiscriminatorio que protege a minorías? La respuesta es obvia: no está fundamentada la agravación de la pena, ya que responde únicamente a una fobia propia del sujeto activo. Y, no puede obviarse que los motivos del agresor no pueden determinar la respuesta del derecho penal. Como recuerda CAMARA, el odio puede ser un sentimiento muy negativo y reprochable, pero su criminalización no se compatibiliza bien con el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos del Derecho penal (2017: 198).

Son varias las sentencias en las que ya se ha sancionado como delitos de odio comportamientos que no recaen sobre colectivos discriminados sino que responden básicamente a la motivación discriminatoria del sujeto activo. Expresado, en pocos términos, se castiga al “hater” (que su traducción del inglés vendría a ser “odiador”) por el hecho de serlo, con independencia de que sus víctimas pertenezcan o no a un colectivo discriminado. Así, llama la atención la SAP de Madrid, sección 17.^a, núm. 132/2020, de 2 de marzo, cuando aplica el art. 510 Cp al individuo que vierte en una cuenta de la red social Facebook con 13 seguidores expresiones claramente difamatorias contra: musulmanes suníes, españoles, andaluces, homosexuales, mujeres y finalmente políticos de ideología de derechas. La resolución condenatoria se centra exclusivamente en el tipo de insultos y amenazas que profiere el sujeto activo sin referirse en ningún momento a los colectivos a los que va dirigido, los cuales, no deberían equipararse. Expresado de otra forma, la Audiencia viene a equipar los insultos y amenazas que pueda sufrir un individuo homosexual con

los que pueda sufrir otro por el hecho de ser español o de derechas. De forma parecida, la SAP Valencia, sección 4.ª núm. 282/2020, de 13 de julio, que aborda el caso en el que personas catalanas que se manifestaban a favor de la independencia de Cataluña agreden a una pareja que portaban banderas españolas. Concretamente, golpean a la mujer y le profieren los siguientes insultos: fascistas, asesinos, puta fascista, española de mierda. La propia resolución advierte que es la ideología la que fundamenta la aplicación de la circunstancia agravante del art. 22.4 Cp: “No se trata de una agravación residual, la circunstancia tiene su propia autonomía y precisa de la concreta prueba de los hechos que la componen, que en el caso no ofrece dudas, habiendo descrito la misma defensa de la acusada lo ocurrido con la frase *dos personas de ideologías opuestas es lo que ha habido*, reconociendo con ello que el motivo del ataque contra dos personas a las que no conocía la agresora era exactamente por haber exhibido la bandera de España, símbolo de unas ideas políticas, sociales y culturales no compartidas por ella”.

Así las cosas, la expansión de los delitos de odio podría desembocar en situaciones claramente absurdas: cazadores exigiendo incluir como delito los “ataques de odio” de los animalistas (como la Organización Nacional de Cazadores que reclamaba en un comunicado la “existencia de una necesidad real de proteger a colectivos vulnerables diana –cazadores, pescadores, toreros y taurinos y, en general personas que trabajan con animales– de ataques gratuitos de colectivos radicales animalistas”). No en vano, ya se denunció a un sujeto por proferir expresiones especialmente rechazables y posiblemente injuriosas a un torero pero que afortunadamente no fueron finalmente sancionadas como delito de odio, pues, los toreros ni la tauromaquia se encuentran recogidos dentro de las causas discriminatorias de la norma. La absolución de la SAP Segovia, sección 1.ª, núm. 23/2020, de 13 de marzo era, por tanto, más que evidente. En cambio, resulta, como mínimo, llamativa la posición del ministerio fiscal quien llega a impugnar la sentencia absolutoria del juzgado penal afirmando que los toreros y el mundo de la tauromaquia sí tienen cabida entre los grupos y colectivos que recoge el art. 510 Cp, pero sin llegar a concretar donde deberían incluirse: “el mundo del toro es un colectivo compacto en el tiempo y en el espacio, con convicciones propias, tanto étnicas como morales de la vida”.

Hasta aquí parece no haber duda de que los delitos de odio no pueden aplicarse únicamente por motivos discriminatorios y, menos aún, cuando tales motivos no aparecen ni siquiera claramente identificados.

7. Recuperado del periódico *La Vanguardia*, 11 de junio de 2020.

“No obstante, la cuestión puede tornarse más compleja en determinadas situaciones o casos. Imaginemos que un terrorista islámico mata a una persona en la puerta de una iglesia católica por el mero hecho de profesar la religión católica. Dos días después, el mismo terrorista islámico mata a una persona en la puerta de una sinagoga por el mero hecho de profesar la religión judía. No cabe duda que ambos supuestos pueden calificarse como un delito de asesinato con una pena de 15 a 25 años. No obstante, la horquilla penológica en la que se moverá el segundo de los casos será la correspondiente a la mitad superior, es decir, de 20 a 25 años, mientras que, en el primero de los supuestos, la pena podrá aplicarse también en la mitad inferior, esto es, de 15 a 25 años. No puede negarse u ocultarse que, a simple vista, la cuestión puede resultar como mínimo llamativa: mientras que en un caso la pena podría ser de 15 años, en el otro, por el mero hecho de profesar la víctima otra religión, la pena podría llegar a los 25 años. Ciertamente, tal diferencia penológica solo es una posibilidad extrema (puede suceder también que los jueces castiguen los hechos con una pena idéntica o muy similar: 20 años) pero, ¿cómo puede explicarse esta diferencia penológica para supuestos tan similares? Pues, solo puede hacerse partiendo de las bases o fundamentos del derecho penal antidiscriminatorio. Y, nuevamente, es necesario citar a LAURENZO que lleva desde hace años defendiendo esta posición restrictiva. Para esta autora, la esencia de los delitos de odio, su carácter diferencial, no está en un sentimiento perverso sin más, en un estado anímico de aversión hacia un grupo cualquiera de personas. Lo que les da sentido como categoría jurídica y permite justificar la intervención penal –o, en su caso, la agravación de la respuesta punitiva– son las características del grupo social al que se dirige la conducta, el hecho de que se trate de colectivos que por algún elemento identitario tiene un difícil de reconocimiento que debilita sus posibilidad de ejercicio pleno de los derechos fundamentales. Esta situación de vulnerabilidad de partida –generada por una sociedad que los marca con el estigma de la diferencia– es la que concede gravedad a los ataques hacia esos grupos o hacia sus integrantes. Ante todo, porque atentan directamente con la dignidad de las víctimas, al plasmar estereotipos y prejuicios que ahondan en el menosprecio de sus señas de identidad –etnia-nacionalidad, creencias religiosas, etc.–; pero, además, por su efecto amenazante sobre todo el colectivo, que ve reducidas sus expectativas de seguridad (como sucede con los discursos racistas o xenófobos que incitan a la violencia) o directamente cercenando el ejercicio de un derecho fundamental (por ejemplo, cuando se quema un local que cumple las funciones de mezquita o se despide a una mujer de su centro de trabajo por usar el velo islámico). La esencia de los delitos de odio se encuentra, pues, en el rechazo hacia el diferente... Y también aquí reside la razón

de su tipificación penal, sea como delitos específicos, –así, la incitación al odio del art. 510 CP– o en la forma de circunstancia agravante aplicable a cualquier infracción penal que suponga un acto de menosprecio hacia un colectivo discriminado, como se recoge en el art. 22.4 CP. Lo que justifica estas figuras es la necesidad de protección reforzada de ciertos grupos, por la minusvaloración social de alguna circunstancia que les distingue del modelo normativo aceptado, están especialmente expuestos a sufrir violencia u otros actos de discriminación” (2018, 1294). Por tanto, siguiendo este razonamiento, que es la base del derecho penal antidiscriminatorio, solo puede aplicarse la agravante del art. 22.4 Cp en el segundo de los asesinatos, en el que la víctima profesa una religión que durante décadas ha sido perseguida y minusvalorada en nuestra sociedad y, en general, en las sociedades de nuestro entorno. No puede aseverarse dicha situación de discriminación respecto de la religión católica, que no solo ha sido mayoritaria sino también ha contado y cuenta con un importante papel y poder en las instituciones y agencias de poder⁸.

Sin embargo, para el supuesto que venimos analizando, el tribunal en cuestión hubiese aplicado, muy probablemente, la agravante de discriminación en los dos asesinatos. En efecto, en los últimos años se constata la aplicación de la agravante del art. 22.4 Cp atendiendo a la motivación discriminatoria del sujeto activo, eliminando el requisito de pertenencia de la víctima a un colectivo discriminado. Muy especialmente, se observa esta tenencia en los supuestos de aplicación de la agravante por “motivos ideológicos”. Así, se aplicó la agravante del art. 22.4 Cp por discriminación ideológica en el tristemente conocido asesinato en el metro de Madrid de un menor de edad que se desplazaba hacia el barrio de Usera para oponerse a una manifestación en contra de la inmigración, a manos un individuo de ideología fascista que también se dirigía a la misma manifestación aunque con opuestas pretensiones. La STS 360/2010, de 22 de abril, no duda en aplicar la agravante: “el propósito del acusado de asistir a la manifestación convocada por la ultraderechista Democracia

8. En el mismo sentido, TAPIA (2021, 323): Bajo nuestro punto de vista es imprescindible que el sujeto pasivo forme parte de un colectivo que constituya una minoría, entendida desde la “soledad” en la que se encuentra un determinado grupo por ostentar alguna de las circunstancias previstas en el catálogo del precepto, y que los sitúa en una posición de inferioridad o incluso marginación dentro de la sociedad. Si tenemos en cuenta que los delitos antidiscriminatorios surgen y tienen su máximo desarrollo precisamente como respuesta a la ideología nazi, no puede sostenerse su protección argumentando que constituyen un colectivo que parte de una posición de desventaja. Obviamente, esto no supone que los ataques a personas de ideología nazi deban considerarse impunes, pero tampoco podrán constituir un delito de odio, en el sentido de un delito antidiscriminatorio racista, xenófobo u homófobo.

Nacional *contra el racismo antiespañol*; la estética neonazi que exhibía aquél; los gritos *Sieg Heil*, de acentuada tradición nazi, proferidos por aquél tras apuñalar a la víctima, a la vez que saludaba al estilo romano; la utilización de la palabra ‘guarros’ para referirse a los antifascistas, término despectivo que utilizan los fascistas para referirse a sus oponentes ideológicos, según algunos de los referidos testigos y el jefe policial del Grupo XXI, evidencian la ideología del acusado y, frente a ella, la radicalmente contraria de la víctima, no cuestionada por su izquierdismo, avalan de modo inapelable la conclusión del Tribunal sentenciador al expresar que las extremas discrepancias de pensamiento constituyeron el móvil que guió la agresión del acusado contra la víctima, como se desprende inequívocamente del comportamiento del acusado al situarse junto a una de las puertas de entrada al vagón, con la navaja escondida, esperando ‘serenamente’ la entrada de sus oponentes ideológicos, utilizando el nimio pretexto de ser preguntado por su sudadera para asestarle sin más la puñalada mortal”.

Más recientemente, se aplica también la agravante por motivación ideológica al asesinato de un joven (que solía portar tirantes con los colores de bandera de España) que mantiene una discusión con el agresor, en la que, el primero le llama “sudaca y que debía volver a su país por ser extranjero”, y el segundo le dice “facha y fascista y que ese era un barrio antifascista, que no querían nazis en el barrio, y que no era bienvenido”. Tras dicha discusión, el culpable abandonó el local pero minutos después accedió al mismo de forma rápida para golpear fuertemente con el puño la parte inferior trasera de la cabeza de la víctima que, como consecuencia del golpe, cayó al suelo desplomado semiinconsciente. Estando en el suelo la víctima, el condenado le siguió golpeando hasta que lo dejó inconsciente, falleciendo días después de la agresión. La STJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª, núm. 21/2021, de 25 de marzo, confirma la pena impuesta y la aplicación de la agravante por motivos discriminatorios (ideología) al entender que “el acusado atribuyó desde un principio a la víctima la condición de miembro de la extrema derecha (o facha o nazi, en lenguaje coloquial), con independencia de que realmente lo fuera o no. Esa consideración de la víctima por el agresor como miembro de una ideología concreta y deleznable –para el– fue la que determinó que se acercara y que entablara con aquél una conversación que discurrió, en los que se conoce por las propias explicaciones que dieron los interlocutores a otras personas, en torno a la pertenencia a esa ideología. En un breve lapso de tiempo mantuvieron otro encuentro y, a continuación, sin solución de continuidad prácticamente, cuando el acusado se marchaba, volvió a entrar en el local de forma rápida para acometer a la víctima por la espalda.

En definitiva, el motivo por el cual el agresor selecciona a la víctima es por tener una ideología específica, tan rechazable para él que le lleva a agredirle brutalmente. La atribución de esta ideología es la que opera como mecanismo discriminación". Y, concluye la sentencia: "resulta indiferente a efectos de la aplicación de la agravación que verdaderamente la víctima profese esa ideología que se le atribuye, por la cual es agredida".

De alguna forma, este fundamento cuarto de la sentencia citada ejemplifica una especie de tercera vía o forma de interpretar los delitos de odio. En efecto, hasta el momento he abordado dos formas de entender los delitos de odio: de una parte, una interpretación restrictiva en "clave de discriminación", que exige que la víctima del delito pertenezca a un colectivo discriminado, vulnerable o vulnerabilizado; de otra parte, una interpretación extensiva en "clave de odio", que descansa o bascula en el sentimiento de odio, rechaza o animadversión del sujeto activo hacia el sujeto pasivo. Pues bien, se abre una tercera vía interpretativa en "clave de odio discriminatorio", que se centra en el sentimiento de odio, animadversión o rechazo del sujeto activo que con su acción persigue atentar contra la víctima por pertenecer a un determinado colectivo, eso sí, con independencia de que tal colectivo puede considerarse vulnerable o no. En este sentido, LÓPEZ DÍAZ (2018: 17) advierte que la redacción típica de muchos delitos que se catalogan como de "odio" no habla sin más de "discriminaciones" sino, en cambio, de "motivos discriminatorios", lo que, lleva al autor a entender "posible conferir un papel bidireccional a la noción de discriminación (no sólo a la que padece el grupo tradicionalmente discriminado). Desde esta perspectiva, sería 'discriminatorio' (por la motivación discriminatoria del autor) un delito cometido por un sujeto perteneciente a una minoría tradicionalmente discriminada contra, por ejemplo, una víctima hombre, blanco y heterosexual". Esta fórmula interpretativa vendría a coincidir según LAURENZO (2021: 272) con uno de los dos modelos que se discuten en los Estados Unidos de América para dar contenido a los *hate crimes*, en concreto, con el *animus model*, que sitúa la esencia de estos delitos en un elemento estrictamente subjetivo: el sentimiento de odio u hostilidad que motiva la realización del hecho delictivo, detrás del cual existe un prejuicio relacionado con alguna características de identidad de la víctima que juega como detonante del ánimo hostil.

En última instancia, esta interpretación en clave de "odio discriminatorio" descansaría en la salvaguarda del principio de igualdad que garantiza a todos los ciudadanos el derecho a no ser agredidos por los que son, por lo que configura su personalidad. Y así se llegaría "al principio genérico de igualdad que permite identificar el objeto de tutela de los

delitos de odio con las características que definen la identidad personal de cualquier ciudadano o ciudadana, con independencia de si esas características están o no relacionadas con identidades colectivas históricamente discriminadas” (LAURENZO, 2021: 275).

De esta forma, desembocamos en la cuestión del bien jurídico protegido que, sin duda, constituye otras de las principales incertidumbres y polémicas alrededor de este grupo de delitos.

IV. ¿QUÉ PROTEGEN LOS DELITOS DE ODIOS?

En términos generales, parece obvio afirmar que el bien jurídico que pretende salvaguardar un tipo de derecho penal que se denomina anti-discriminatorio no puede ser otro que el “derecho a no ser discriminado” por el mero hecho de ser diferente, es decir, se protege el derecho a ser diferente (MACHADO, 2002: 100), a no ser tratado de forma peyorativa, injusta o despreciativa y, ante todo, a recibir el trato que merece legalmente (GARCÍA ALVAREZ, 2004:58, 257).

Tal y como se ha configurado, el bien jurídico tiene una conexión directa con determinados derechos fundamentales reconocidos en la constitución española:

De una parte, parece innegable la conexión del derecho a no ser discriminado con la idea de igualdad consagrada tanto en el art. 14 CE, como en el propio art. 1 CE, donde se erige a la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (DE VICENTE: 2010: 113).

No obstante, el bien jurídico protegido no puede residir en el derecho o principio de igualdad, sino más bien, en el derecho a no ser discriminado por ser diferente. La matización es importante, ya que, la discriminación se caracteriza fundamentalmente porque el trato desigual se produce debido a determinados *caracteres diferenciales* de la víctima. El derecho penal no puede perseguir o castigar determinados comportamientos que suponga un trato desigual genérico sin más, basado en un mero prejuicio arbitrario del sujeto activo. Para ello se disponen otras herramientas del ordenamiento jurídico, pero el derecho penal como última ratio debe reservarse a comportamientos que profundicen en dicha discriminación que sufre la víctima de forma estructural. En última instancia, cuando se habla de conductas discriminatorias también se está haciendo referencia a la idea de dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10 CE). Porque el hecho de tratar, de forma injusta, peyorativa o despreciativa a determinadas personas por el

hecho de ser diferente supone negarles su condición de seres humanos iguales a los demás, lo que sin duda afecta a su dignidad personal (LAURENZO, 1996, 236).

De esta última perspectiva, se ha preferido destilar o concretar algo más la idea del bien jurídico relativo al derecho a no ser discriminado para centrarse en la derivada que produce el ataque discriminatorio en la dignidad de la persona⁹. Esta es la posición de la propia CFGE (2019: 7) cuando afirma que “una adecuada exégesis del origen y fundamento de los delitos de odio no puede obviar que la igualdad y la no discriminación sólo pueden ser consideradas como una expresión de la propia dignidad humana”. De esta forma, concluye: “a la hora de abordar cualquier asunto de esta naturaleza, los/las Sres./Sras. Fiscales habrán de valorar si la conducta del sujeto activo supone no solo un trato desigual o discriminatorio, es decir, una diferencia de trato que no responde a una justificación objetiva, razonable, necesaria y proporcionada, pues no toda discriminación reúne las características específicas que la cualifican como expresiva de un delito de odio. Para que concurra una infracción de odio será necesario, además, que la acción u omisión sólo pueda ser entendida desde el desprecio a la dignidad intrínseca que todo ser humano posee por el mero hecho de serlo. Supone, en definitiva, un ataque al diferente como expresión de una intolerancia incompatible con la convivencia”.

Respecto a lo que venimos denominando el núcleo del derecho penal antidiscriminatorio —es decir, el art. 22.4 Cp y el art. 510 Cp—, el derecho a no ser discriminado (o, si se prefiere, la dignidad) aparece también como bien jurídico salvaguardado, pero no como único, ya que, además se reconoce la existencia de otro bien jurídico colectivo o supraindividual que en este caso apuntaría no ya a la víctima concreta que recibe la ofensa, sino al colectivo al que pertenece. Porque, el sujeto que incita en las redes sociales a matar a los “moros de mierda” o a dar palizas a los menores extranjeros no solo está tratando de forma diferente a estos colectivos por el hecho de ser inmigrantes o extranjeros, sino que también está generando en todo el colectivo un sentimiento de miedo, amenaza e inseguridad, lo que en última instancia puede llegar a determinar el propio comportamiento o proyecto de vida de los integrantes del colectivo discriminado. De igual forma, el individuo que golpea en el metro a un homosexual por el mero hecho ser homosexual, no solo está tratando de forma desigual

9. Concretan el bien jurídico relativo al derecho a no ser discriminado en la idea dignidad: LAURENZO (1996: 236. La misma, 2019:11). BORJA (1999: 334), quien además también identifica una dimensión colectivo del bien jurídico relativa al orden público, CÁMARA ARROYO (2017: 172), GUERRI FERNÁNDEZ (2015: 5).

a la víctima por su condición sexual, sino que además está afectando al resto de homosexuales que suelen viajar en metro, quienes tienen más que motivos fundados para temer por su integridad física. Expresado de otra forma, las normas previstas en los arts. 22.4 y 510 Cp no solo castigan la discriminación que supone tratar a un individuo de forma diferente por pertenecer a un colectivo tradicionalmente discriminado, sino también el miedo, amenaza e inseguridad que provoca el comportamiento para el resto de miembros del colectivo.

En consecuencia, puede afirmarse que el art. 510 Cp contiene un delito pluriofensivo: de una parte, se atenta contra la dignidad humana y/o al derecho a no ser discriminado del individuo que sufre el comportamiento discriminatorio; pero, además, estos comportamientos afectan al todo el colectivo discriminado generando una sensación de intranquilidad, desasosiego, amenaza, inseguridad y/o miedo.

En realidad, podríamos decir que el propio derecho a no ser discriminado tiene una doble perspectiva, de una parte, individual que afecta al sujeto en concreto que sufre el acto discriminatorio y, de otra parte, colectiva, ya que el comportamiento repercute negativamente en el colectivo discriminado al que pertenece la víctima¹⁰.

La dimensión individual del derecho a no ser discriminado se concreta en la dignidad personal como bien jurídico; mientras que en la dimensión colectiva, la doctrina plantea diversas opciones. Así, LAURENZO, en el año 1996, ya afirmaba que, además de la dignidad personal, las figuras penales que configuran el derecho penal antidiscriminatorio pretenden salvaguardar también el modelo de convivencia plural y multicultural del que parte la constitución española. La autora opta por este bien jurídico en lugar de la paz pública o la seguridad, ya que, no solo restringe el objeto de protección a la agravante discriminatoria del art. 22.4 Cp y al delito de incitación al odio del art. 510 Cp, sino también apunta al resto de tipo penales (1996: 239).

10. RODRÍGUEZ YAGÜE (2007:55) "identifica adecuadamente esta doble dimensión del derecho a no ser discriminado: la prohibición de la discriminación no pretende únicamente erradicar la marginación sino algo más, salvaguardar la dignidad humana. Pero, en segundo lugar, porque ese comportamiento repercute en la situación del colectivo al que la persona discriminada pertenece, contribuyendo a perpetuar al grupo en la situación de desventaja en la que ya se encuentra. Las consecuencias de cada acto de discriminación no finalizan en la lesión concreta al derecho del individuo que es sometido a un tratamiento de tal naturaleza sino que se prolongan hasta alcanzar al colectivo, formado por los sujetos que presentan las mismas características físicas o sociales de aquél y que por ellas, y como grupo social, es sistemáticamente tratado de manera diferenciada".

Recientemente, GARCÍA ÁLVAREZ (2019: 159) tras la reforma del Código penal del año 2015, también apunta a un bien jurídico colectivo o supraindividual muy próximo al derecho a no ser discriminado: “el derecho del grupo a que no se perpetúe su desigualdad social, o a que no se altere su igualdad respecto al colectivo social”.

Por su parte, LANDA defiende, desde el año 1999, aunque con algunas breves variaciones en sus últimos trabajos, que el bien jurídico contenido en el art. 510 Cp son “las condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos especialmente vulnerables” (238-240)¹¹. “Hablar de *condiciones de seguridad existencial* se justifica porque el discurso del odio en un sentido amplio (violencia, discriminación, hostilidad, menosprecio...) busca minar las bases mismas de la convivencia en una sociedad democrática abogando por enfrentar a unos grupos contra otros”. Porque, azuzando el enfrentamiento, amedrentando, humillando, menoscabando o marginando a un determinado colectivo, se le lanza el mensaje de que difícilmente van a poder disfrutar y ejercer sus derechos. En última instancia, el contenido del art. 510 Cp “despliega mensajes antinormativos que potencialmente quiebran las garantías normales del ejercicio de derechos civiles, políticos, económicos o culturales de personas que por pertenecer a un determinado colectivo ejercerán auto-restricción de derechos en clave preventiva y, de no hacerlo, será a costa de un ejercicio en condiciones difíciles que pesará como una losa y les situará en un plano de desigualdad inasumible en términos democráticos” (2018a, 58-60).

Como habrá advertido el lector, cuando LANDA habla de condiciones de seguridad existencial no está haciendo referencia, o al menos exclusivamente, a la idea de seguridad ciudadana, en el sentido de evitar sufrir determinados delitos personales, sino que utiliza un concepto mucho más amplio de “seguridad existencial”. El propio autor advierte las diferentes dimensiones del término, albergando tanto los bienes o derechos que pueden lesionarse o ponerse en peligro a través de actos violentos o intimidatorios, como la vida, la salud o la libertad. Además, se recogen derechos de otra naturaleza, tales como, “renuncias a la libertad ambulatoria, a la participación política, a la expresión de la propia identidad, a la normal recepción y disfrute de prestaciones educativas o sanitarias en plenitud”.

En puridad, es esta última dimensión de “las condiciones de seguridad existencial” de la que habla LANDA la que más encaja con el bien jurídico contenido en el art. 510 Cp, al menos en su tipo básico, donde se sanciona el discurso de odio. Porque, debe notarse que cuando los comportamientos afecten o pongan en peligro la vida o salud de las personas, por

11. Se adhiere expresamente a esta posición ALASTUEY (2016, 19).

fomentar actos violentos deberá aplicarse el subtipo agravado previsto en el numeral 4.^a que sitúa la pena en su mitad superior cuando los hechos “resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los participantes del grupo”.

En realidad, el bien jurídico defendido por LANDA, sobre todo, cuando se refiere a la participación política, a la expresión de la propia identidad o al derecho y disfrute de prestaciones educativas o sanitarias en plenitud como condiciones de seguridad existencial, se aproxima o asemeja a los defendidos por LAURENZO –cuando hace referencia al modelo de convivencia plural y multicultural del que parte la constitución española– o por GARCÍA ÁLVAREZ –cuando habla de condiciones de igualdad–. En última instancia, en mi opinión, estos autores están haciendo referencia al derecho a no ser discriminado y como consecuencia de ello a que los integrantes de tales colectivos puedan disfrutar sin ningún tipo de obstáculo de todos y cada uno de los derechos previstos en la constitución española para los ciudadanos.

Partiendo de la anterior afirmación, sorprende, en cambio, que LANDA admita la posibilidad de que el delito no solo proteja a colectivos discriminados: “la referencia a los grupos o colectivos especialmente vulnerables no implica que las prohibiciones penales solo puedan proyectarse sobre grupos vulnerables (...) cabe también proyectar el artículo 510 sobre colectivos –sean minoritarios o no, incluso mayoritarios– aunque no sean vulnerables” (2019a, 58). Entendemos que el autor ha preferido realizar una interpretación más apegada a la propia literalidad de la norma, donde ciertamente no se hace ningún tipo de referencia a que la acción recaiga sobre colectivos discriminados, sino más bien a las razones que impulsan dicha acción. No obstante, el propio autor parece matizar su posición más adelante cuando, al advertir que los tribunales están aplicando los delitos de odio para la protección de las instituciones, sugiere la posibilidad de que el artículo 510 Cp solo se aplique para tutelar colectivos vulnerables y “derivar desde el principio a otros tipos penales una eventual protección institucional” (LANDA, 2018a, 103).

En definitiva, creo que la clave reside en no confundir el derecho a la igualdad o principio de igualdad con el derecho a no ser discriminado por ser diferente. Diferencia que ha sido claramente superada y aclarada en la doctrina constitucionalista y laboralista. Porque, mientras que el principio de igualdad o derecho a la igualdad rechaza cualquier trato arbitrario, el derecho a no ser discriminado o el principio de no discriminación, también contenido en el art. 14 CE, enlaza con valores inherentes a la dignidad de la persona humana y parte de la constatación de la existencia en la sociedad de grupos o colectivos de personas “sistemática y

tradicionalmente marginados”, con lo que su vulneración supone, no sólo situar a sectores de la población en situaciones desventajosas carentes de razonabilidad, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE. C (NOGUEIRA, 2012, 17).

V. ¿DEBE EXIGIRSE UN ELEMENTO SUBJETIVO EN LOS DELITOS DE ODIOS?

Sin duda, una de las cuestiones más polémicas que ha suscitado la aplicación este tipo de delitos –y que al mismo tiempo afecta de forma determinante en el uso desmesurado de los mismos– es si debe exigirse, además del dolo, una especial motivación en el sujeto activo a cometer el delito movido por razones de fobia, animadversión u odio a la víctima sobre la que actúa.

El elemento subjetivo de motivación del comportamiento basado en el odio tiene especial relevancia o transcendencia también para la CFGE (2019: 26): “el sujeto ha de actuar con conocimiento y voluntad de cometer el hecho típico (dolo), pero solo es responsable penalmente si, como se expuso anteriormente, la conducta se realiza por un motivo de odio o discriminación contra un determinado grupo o alguno de sus integrantes (motivación). Se trata de un elemento subjetivo tendencial que se ha introducido en la descripción típica de la acción y que, como tal, ha de concurrir para que ésta pueda ser perseguida penalmente”.

A priori, la exigencia de probar la existencia de un elemento subjetivo, además del dolo, puede sugerir una buena herramienta o fórmula para la deseada restricción en la aplicación de tales delitos de odio. No obstante, tal interpretación restrictiva solo se alcanzaría si viniese acompañada de una limitación de los colectivos que pueden formar parte del sujeto pasivo, cuestión que, como ya hemos visto, no hace, precisamente, la FGE.

Lamentablemente esta parece ser la posición mayoritaria de la jurisprudencia. En este sentido, se manifiesta la sección 1.^a de Tribunal Supremo, cuando afirma en sus sentencias núms. 47/2019, de 4 de febrero y 646/2018, de 14 de diciembre, que “el elemento que caracteriza a los delitos de odio es el ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión del hecho agresivo. El ánimo consiste en la animadversión hacia la persona, o hacia colectivos, que unificados por el color de su piel, por su origen, su etnia, su religión...”.

Debe advertirse que en esta cuestión la jurisprudencia no es unánime, ya que, la STS, sección 1.^a, núm. 72/2018, de 9 de febrero, afirma que no

se requiere un dolo específico, siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que ha de ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas.

Se hace necesario salvaguardar o preservar la “razón de ser” de estos delitos de odio, que no es otra que proteger a grupos discriminados frente a ataques discriminatorios. Se prefiere el criterio interpretativo que pone el acento en el mayor desvalor de resultado que produce el comportamiento cometido por motivos discriminatorios (es decir, en los efectos), más que en el elemento subjetivo o en la motivación del comportamiento del autor. LAURENZO es quien defiende por primera vez esta posición al analizar la incorporación al código penal del año 1995 de la agravante genérica de discriminación, proponiendo la posibilidad de “explicar la circunstancia a partir de un desvalor adicional de resultado, dando prioridad, no al móvil discriminador en sí mismo, sino al efecto que el delito realizado con esa motivación produce en el sujeto pasivo. Desde esta perspectiva la mayor penalidad se explicaría, porque, además de lesionar el bien jurídico protegido por el delito cometido, se afecta otro bien jurídico adicional, concretamente el derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro (1996, 181)”.

Más recientemente, LANDA (2018a:124) que se adhiere expresamente a la anterior posición, pone el acento también en los efectos que el delito causa al colectivo al que pertenece la víctima objeto de la agresión: se afecta a las condiciones de seguridad existencia del colectivo al que pertenece el sujeto contra el que se ha cometido el delito. Especialmente esclarecedor es el ejemplo que propone el autor citado para explicar su posición: “Quien mata a homosexuales por serlos y de tal forma que la conducta permite una lectura social intersubjetiva de que efectivamente se mata por la condición de ser homosexual, lanza un mensaje en términos sociales de amenaza a todo aquel que sea homosexual. El colectivo homosexual de un barrio, ciudad, país, en que se profieren agresiones contra la integridad física o la vida de sus miembros resultará sin duda intimidado, lo que repercutirá también de forma dramática en una afección grave de las condiciones por poder disfrutar de las condiciones de igualdad de los bienes sociales¹²”.

12. Adhiriéndose a Landa, apunta también a un desvalor adicional de la conducta para su justificación, HORTAL (2012: 46) para quien “en los delitos cometidos por motivos discriminatorios se legitima también un bien jurídico que trasciende a la propia víctima y que le dotaría de un plus de antijuridicidad que reforzaría la legitimidad de este incremento punitivo: el sentimiento de tranquilidad del colectivo lesionado a resultas de la agresión –en sentido amplio– racista, islamofóbica u homofoba y el riesgo de su repetición en un futuro”.

De forma similar se expresa DOPICO, cuando advierte que los comportamientos que dan lugar a la agravante contenida en el art. 22.4 Cp afectan no solo al objeto material sobre el que recae el mismo sino al colectivo al que pertenece, al enviarles un mensaje coactivo e intimidatorio, que socava sus expectativas de indemnidad, llegando a concluir que “la aplicación de la agravante es una respuesta cualificada a un cuestionamiento cualificado (infracción + amenaza tácita de futuras infracciones) de la vigencia de las expectativas de ciertas personas que, por lo demás, es idóneo para afectar a sus esfera de libertad” (2004, 168).

En consecuencia de lo anterior apuntado, resulta más apropiado entender la motivación, no como un elemento subjetivo, sino como “un elemento objetivo del comportamiento que explicita el factor de identificación del grupo al que pertenece el individuo contra el que se dirige la conducta provocadora” (GARCÍA ÁLVAREZ, 260).

VI. CONCLUSIONES

Sin duda, estamos ante una categoría de delitos especialmente compleja que presenta importantes dudas e incertidumbres. En este trabajo he intentado poner de manifiesto las más relevantes, apuntando, además, cuáles pueden ser las fórmulas para solucionar las mismas.

En primer lugar, se ha advertido de la complejidad a la hora de establecer una categoría unívoca de delitos de odio, alertándose sobre la expansión de esta definición y categoría que llegaría abarcar desde las tradicionales leyes penales antidiscriminatorias –art. 22.4 Cp, art. 170.1 Cp, art. 314 Cp, art. 511 Cp; art. 512 Cp, art. 515.4)– y los delitos de odio en sentido estricto –art. 510 Cp–, para albergar cualquier tipo de comportamiento motivado por un sentimiento de animadversión, odio o rechazo. Desde esta perspectiva, cualquier tipo de comportamiento podría ser considerado delito de odio por el simple hecho de que el culpable actúe con una determinada motivación, lo cual, no solo supondría un quebranto del ya tan vapuleado principio de ultima ratio de derecho penal, sino, también, de la propia forma de atribución de responsabilidad penal, alcanzando al propio principio de responsabilidad por el hecho, al aproximarse peligrosamente al derecho penal de autor. Es por ello por lo que entendemos necesario seguir interpretando los delitos de odio “en clave de discriminación”, es decir, atendiendo a los colectivos discriminados a los que se afecta con este tipo de comportamientos.

Precisamente, esta expansión de los delitos de odio que lleva a criminalizar cualquier comportamiento basado en el menosprecio, la hostilidad, el odio, lleva incluso a poner en riesgo la concepción y naturaleza de las propias leyes penales antidiscriminatorias o, expresado de otra, a desnaturalizar las mismas, por entender que éstas no solo van dirigidas a salvaguardar a los colectivos discriminados, sino a cualquier tipo de colectivo, sea o no minoritario, que sea objeto de un ataque, injuria u ofensa. Es, por ello, que se ha abordado el bien jurídico que se protege en estos tipos penales, que no puede ser otro que el “derecho a no ser discriminado”, el cual, aunque no puede identificarse con el principio de igualdad, aunque ambos deriven del art. 14 CE.

Finalmente, para evitar esta expansión de los delitos de odio, las motivaciones o motivos deben verificarse en los efectos que producen en los colectivos a los que van dirigidos la acción, profundizando, más aún si cabe, en su situación de vulnerabilidad o discriminación.

VII. 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, 18-14.
- CÁMARA ARROYO, S. (2017). El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Vol. LXX.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2021). Fórmulas para una interpretación restrictiva de los delitos de odio en Lorenzo Copello (coord.) y Daunis Rodríguez (coord.) *Odio, prejuicio y derechos humanos*. Comares.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2018). El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del código penal. *Tirant lo Blanch*.
- DÍAZ LÓPEZ, J. A. (2013). El odio discriminatorio como agravante penal. *Aranzadi*.
- DÍAZ LÓPEZ, J. A. (2018). Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio. *Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*.
- DOPICO AYER, J. (2004). Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena. *Anuario Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LVII.

- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2019). Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 124, 24 de mayo, 55655 - 55695. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2004). El derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes. *Tirant lo Blanch*.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2017). La restricción del derecho a la libertad de expresión por el Derecho penal: el artículo 510.1 del Código penal y las conductas relacionadas con el fenómeno del “discurso del odio”. Evolución y aplicabilidad. En Del-Carpio-Delgado, J (coord.) y García Álvarez, Pastora (coord.) *Derecho penal: la espada y el escudo de los Derechos Humanos*. Tirant lo Blanch.
- GASCÓN CUENCA, A. (2021). El concepto de delito de odio y de discurso de odio en el ámbito internacional y regional europeo. En Laurenzo Copello, P (coord.) y Daunis Rodríguez, A (coord.). *Odio, prejuicio y derechos humanos*. Comares.
- GÓMEZ MARTÍN, V. (2016). Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18, 18-20.
- GÜERRI FERNÁNDEZ, C. (2015). La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. *In Dret*, 1/2015.
- HORTAL, J. C. (2012). La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4.º CP): una propuesta restrictiva de interpretación. *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 108, 31-66.
- LANDA, J. M. (1999). *La intervención penal frente a la xenofobia (Problemática general con especial referencia al “delito de provocación” del artículo 510 del Código penal)*. Universidad del País Vasco (Euskal Herriko Unibertsitatea).
- LANDA, J. M. (2018a). *Los delitos de odio*. Tirant lo Blanch.
- LANDA, J. M. (2018b). El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del art. 510 CP. En Landa, J.M (dir.) y Garro, E (Dir.). *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española* (pp. 221-260). Tirant lo Blanch.
- LAURENZO, P (1996). La discriminación en el código penal de 1995. *Estudios penales y criminológicos*, n.º 19.

- LAURENZO, P. (2018). Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados. En Paz de la Cuesta y otros (Coords.). *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basco*. Tirant lo Blanch.
- LAURENZO, P. (2019a). La manipulación de los delitos de odio. En Portilla, G (Dir.) y Velásquez, F (Dir.). *Un juez para la democracia. Libro Homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez* (pp.451-466). Dykinson.
- LAURENZO, P. (2019b). La diversidad cultural bajo el prisma de la política criminal. *Studi sulla questione criminale*, XIV, n.º 3.
- LAURENZO, P. (2021). No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados “delitos de odio”. En Laurenzo Copello, P (Coord.) y Daunis Rodríguez, A (coord.). *Odio, prejuicio y derechos humanos*. Comares.
- MACHADO RUIZ, D. (2002). *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 CP*. Tirant lo Blanch.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2021). El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente. *Lan Harremanak*, n.º 25.
- OSCE (2009). *Hate Crime Laws A Practical Guide*. OSCE/ ODIHR.
- PORTILLA, G. (2016). La represión penal del “discurso del odio”. En Álvarez García, F.J. *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial, IV. Delitos contra la Constitución* (pp. 381-413). Tirant lo Blanch.
- REY MARTÍNEZ, F. (2015). Discurso de odio y racismo líquido. En Revenega Sánchez, M (dir.). *Libertad de expresión y discurso de odio. Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, n.º 12, Edita Universidad de Alcalá y Defensor del Pueblo.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, A. M. (2007). *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código penal)*. Editorial Bomarzo.
- TAPIA BALLESTEROS, P. (2020). Discurso de odio: España ante el TEDH, en GORJÓN BARRANCO. En Concepción, M (dir.). *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*. Aquilafuente/Ediciones Universidad de Salamanca.
- TAPIA BALLESTEROS, P. (2021). Los titulares del bien jurídico en los delitos de odio. En Laurenzo Copello, P (Coord.) y Daunis Rodríguez, A (Coord.). *Odio, prejuicio y derechos humanos*. Comares.