

# El odio como delito

**Juan Luis Fuentes Osorio**

*Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Jaén*

---

FUENTES OSORIO, Juan Luis. El odio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2017, núm. 19-27, pp. 1-52. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-27.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 19-27 (2017), 17 dic]

RESUMEN: El «delito de odio» no es una categoría homogénea. Su nacimiento y evolución ha estado determinada por tres factores: la presencia de una aversión discriminatoria, las necesidades preventivas de los colectivos vulnerables y la defensa de los valores de la comunidad puestos en cuestión. Estos factores han modificado progresivamente el concepto de odio a efectos penales y dado lugar a subgrupos de delitos de odio. De manera muy genérica se puede distinguir tres: el odio como circunstancia agravante por discriminación, como ratio de una anticipación penal por la amenaza de daño que contiene y como lesión de la paz pública o de la moral social mayoritaria. La evolución de los tipos de odio y su identificación como amenaza y especialmente como lesión arroja un doble riesgo: de aplicación ilimitada y selectiva.

PALABRAS CLAVE: delito de odio, discurso de odio, incitación al odio, agravante por discriminación, motivos discriminatorios.

ABSTRACT: «Hate crime» is not a homogeneous category. Its birth and evolution has been determined by three factors: an action that contains a discriminatory aversion, the protection of vulnerable groups and the defense of community values. These factors have progressively changed the concept of hatred and generated sub-groups of hate crimes: hatred as an aggravating circumstance (discrimination), as a reason for a previous criminal response because of the threat of harm it contains and as harm to public peace or to the majority social morality. This evolution of the hate crime and its identification as a threat and especially as a harm poses a double risk: unlimited and selective application.

KEYWORDS: hate crime, hate speech, incitement to hatred, discrimination as aggravating circumstance, discriminatory motives.

Fecha de publicación: 17 diciembre 2017

---

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Odio como aversión agravante. 3. Odio como amenaza de daño futuro. 3.1. El peligro diluido: odio como clima predictivo. 3.2.- La ocultación del juicio de peligro diluido: la creación de un bien jurídico abstracto. 4. Odio como lesión. 4.1. Odio y la sensación de seguridad del colectivo y la comunidad. 4.1.1. Clima de hostilidad e inseguridad. 4.1.2. Favorecimiento del clima de hostilidad o inseguridad. 4.1.3. La búsqueda de límites. 4.2. Odio y los sentimientos morales mayoritarios. 5. ¿Otro ejemplo de política criminal ciega? 6. Conclusiones. Bibliografía

## I. Introducción

El odio es un concepto muy popular en el contexto criminológico<sup>1</sup>. Se utiliza (inicialmente por la tradición anglosajona<sup>2</sup>) como un elemento calificador de una clase de comportamientos desviados<sup>3</sup> (agresiones, insultos, amenazas, negación de prestaciones, etc.) que tienen en común su posicionamiento hostil contra ciertos colectivos<sup>4</sup>. Los «*delitos de odio*» se refieren inicialmente a delitos clásicos agravados por la motivación del sujeto activo y/o por la selección discriminatoria del sujeto pasivo<sup>5</sup>. La problemática de su sanción reside en determinar los motivos del odio, justificar que no se está sancionando al sujeto por su forma de ser (machista, xenófoba, etc.) sino por el desvalor adicional de su conducta<sup>6</sup> y precisar si solo comprende a aquellos colectivos caracterizados como «vulnerables»<sup>7</sup>. Ahora bien, las graves consecuencias que tienen las conductas motivadas por el odio sobre los colectivos, la sociedad y el sistema democrático obligan a plantearse la necesidad de actuar antes de que se produzca una lesión. Surge así una primera variante de los delitos de odio, los «*delitos de favorecimiento e incitación al odio*». La respuesta penal se centra en comportamientos no lesivos (no se pueden subsumir en un delito base) pero que muestran esta motivación hostil y discriminatoria y, por ello, crean un clima criminógeno. A partir de esta necesidad preventiva la problemática se amplía y obliga a justificar dogmáticamente el adelantamiento de la actuación penal y la preferencia por este mecanismo de actuación frente a otros de distinta naturaleza. La complejidad no acaba ahí. Los delitos de odio se vuelven sobre sí mismos para resolver todas estas cuestiones conflictuales. El término odio supera la mera función descriptiva de una clase de delitos y se convierte en un criterio autorreferencial: es la ratio que permite crear e interpretar los delitos de odio e, incluso, el objeto sobre el que se construye el concepto de daño que fundamenta su criminalización. Para justificar el delito de odio se crea el «*odio como delito*»: actuar penalmente por los efectos sociales negativos del odio mediante tipos que se consuman materialmente con actos que son una manifestación de odio.

Tras el desarrollo de los medios de comunicación y especialmente con la llegada de Internet el delito de odio se ha concentrado en una de sus formas de comisión, en el «*discurso del odio*»: declaraciones intimidatorias, denigrantes, hostiles, etc.

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el contexto del Proyecto de Investigación: «Incitación a la violencia y discurso del odio en Internet. Alcance real del fenómeno, tipologías, factores ambientales y límites de la intervención jurídica frente al mismo» (Ref.: DER2014-53449-R).

<sup>2</sup> Vid. DÍAZ LÓPEZ, 2013, p. 68; GÓMEZ MARTÍN, *et al.* 2015, pp. 169 y s.

<sup>3</sup> Definición extensiva que incluye infracciones de normas de carácter social, administrativo y penal (próximo MINISTERIO INTERIOR, 2013, p. 1; ÍDEM, 2014, p. 6).

<sup>4</sup> Vid. SALINERO, 2013, p. 287, n. 66; MIRÓ, 2016, pp. 104 y ss.

<sup>5</sup> Vid. LAWRENCE, 2006, p. 1; IGANSKI, 2008, p. 18.

<sup>6</sup> Vid. LAURENZO, 1996, pp. 231 y s., 272 y ss.; DOPICO, 2004, pp. 144 y ss.; SALINERO, 2012, pp. 288 y s.

<sup>7</sup> Vid. al respecto DÍAZ LÓPEZ, 2013, pp. 110 y ss.

con una motivación discriminatoria<sup>8</sup>. La persecución penal de estas expresiones responde a los aspectos indicados y añaden una nueva dificultad, el enfrentamiento con la libertad de expresión.

El proceso de creación de los delitos de odio se articula, en consecuencia, en torno al concepto de odio. Y este puede ser al mismo tiempo una motivación discriminatoria, una necesidad preventiva, una forma de puesta en peligro de un colectivo y, directamente, un daño social. ¿Cómo se puede justificar el recurso al derecho penal, precisar la limitación de libertades que implica y conocer su alcance concreto cuando se utiliza a la carta una emoción (un concepto vago y ambiguo a efectos penales<sup>9</sup>) y en diferentes fases del proceso de determinación de la responsabilidad penal?

El objetivo de este trabajo consiste, por consiguiente, en analizar el significado que desde un punto de vista penal tiene el recurso al odio en la construcción y justificación de los tipos penales definidos como delitos de odio. Esto se efectuará mediante una relectura del delito de odio en tres niveles (agravante, amenaza, lesión) según la influencia que el término desarrolla en la descripción de la estructura de su injusto.

## 2 . Odio como aversión agravante

El odio se define lexicográficamente como la antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea<sup>10</sup>. Desde el punto de vista penal hay tres elementos relevantes en esta definición: un sentimiento aversivo del autor sobre un sujeto/s, el deseo de que sufra un daño, una indeterminación: del motivo de la aversión, del daño y su alcance, del sujeto afectado.

El elemento esencial del odio es el factor emotivo. Es una emoción de enemistad, rechazo, hostilidad<sup>11</sup> a un sujeto u grupo. Sin embargo, el odio en su sentido penal no se vincula con cualquier clase de ánimo hostil<sup>12</sup>, tiene que ser discrimina-

<sup>8</sup> Vid. IGANSKI, 2008, p. 2; CUEVA FERNÁNDEZ, 2012a, p. 438; DÍAZ LÓPEZ, 2013, pp. 78 y ss.; GÓMEZ MARTÍN *et al.*, 2015, p. 35; LÓPEZ ORTEGA, 2017, pp. 50 y s. No obstante, REY MARTÍNEZ, 2015, pp. 56 y ss. reclama invertir la relación entre ambos: el delito de odio debería ser una especie del discurso del odio. En caso contrario se tendría que interpretar «el odio del discurso del odio» como el «odio del delito de odio» que según el autor equivale a una amenaza. Esta interpretación le resulta insatisfactoria porque no incluye expresiones racistas y discriminatorias cotidianas. Al autor se le puede responder que la definición penal del odio del delito de odio no se tiene que limitar a la amenaza, como expondré más adelante.

<sup>9</sup> Vid. ALCÁCER, 2016, p. 3.

<sup>10</sup> Definición de odio, diccionario RAE. Vid. al respecto DÍAZ LÓPEZ, 2013, pp. 61 y ss.

<sup>11</sup> Los Principios de Camden sobre la libertad de expresión y la igualdad del 2009 describen los términos «odio» y «hostilidad» (principio 12): «se refieren a emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión del grupo objetivo». La ECRI (2016, Memorádum) sostiene la misma definición de odio (7.m) pero precisa que la ««hostilidad» se refiere a una manifestación del odio más allá de un mero estado de ánimo» (7.p).

<sup>12</sup> Vid. DÍAZ LÓPEZ 2013, p. 97.

torio<sup>13</sup>. Dicho de otro modo, la aversión se convierte en odio penal únicamente cuando esta tiene su origen en un motivo rechazado por la sociedad ya que puede conducir a un trato diferente y perjudicial de personas, grupos e instituciones. Odio equivale, por tanto, a «aversión discriminatoria»<sup>14</sup>. Este aspecto está presente en numerosas definiciones legales de odio o delitos de odio. Por ejemplo, *The College of Policing's Hate Crime Operational Guidance* define los delitos de odio como «cualquier delito en el que la víctima o cualquier otra persona percibe que está motivado por una hostilidad o prejuicio» por la raza, religión, orientación sexual, discapacidad y transgénero<sup>15</sup>. Del mismo modo, *The Home Office* describe el delito de odio como «cualquier delito que está motivado por una hostilidad por razón de la raza, religión, orientación sexual, discapacidad y transgénero»<sup>16</sup>.

En la medida en que el odio equivale a hostilidad por un motivo discriminatorio se puede hablar de una sinonimia entre *hate crime* y *bias crime*<sup>17</sup>. Ahora bien, el término «odio», aunque es más llamativo e impactante, puede generar confusión ya que su uso lexicográfico (como aversión) oculta la redefinición que se produce en el ámbito penal (aversión discriminatoria) y deja una puerta abierta a su uso extensivo desvalorando otros ánimos distintos al discriminatorio. La utilización del término «discriminación» sería mucho más precisa y aportaría mayor seguridad jurídica<sup>18</sup>.

¿Cuáles son estos motivos? Son muy variados: raza, origen, nacionalidad, religión, ideología, clase social, género, sexo, orientación sexual, salud, etc. En el ámbito europeo la Decisión Marco 2008/913/JAI de 28 de noviembre de 2008 en su Consideración (9) señala que «el concepto de «odio» se refiere al odio basado en la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico». Del mismo modo el Ministerio del Interior de España define los delitos de odio como «(...) todas aquellas infracciones penales y administrativas cometidas contra las personas

<sup>13</sup> Así lo indica de manera expresa el MINISTERIO DEL INTERIOR, 2016, p. 3: «La terminología «delitos de odio» viene a definir a una categoría de conductas que presentan como factor denominador y común la presencia de un elemento motivador, el odio y la discriminación». En el mismo sentido SECRETARIA ESTADO SEGURIDAD, 2015, p. 60.

<sup>14</sup> Vid. OSCE 2009, pp. 16 y s.; DÍAZ LÓPEZ 2013, p. 243; GÓMEZ MARTÍN *et al.*, 2015, p. 33.

<sup>15</sup> HOME OFFICE, 2016, p. 39.

<sup>16</sup> HOME OFFICE, 2016, p. 12.

<sup>17</sup> La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, asimila ambos delitos: «(...) si se trata de un delito por motivos de odio, prejuicios o discriminación» (considerando 56). También mantienen esta identificación DÍAZ LÓPEZ, 2013, p. 103; IGANSKI, 2008, p. 4.

No obstante, hay concepciones de los delitos de odio más amplias, que superan la discriminación al incluir los ataques contra la integridad moral (vid. SECRETARIA ESTADO SEGURIDAD, 2015, p. 63) y el enaltecimiento del terrorismo (vid. REY MARTÍNEZ, 2015, p. 85; STS 600/2017 de 25 de julio). En este último caso bien porque odio se asocia con «discurso del odio» que incluye diversas manifestaciones no cubiertas por la libertad de expresión e ideológica, bien porque se califique el terrorismo como una forma de intolerancia que busca el exterminio de los que tienen otros planteamientos, vid. STS 224/2012 de 3 de marzo (f.d. 3).

<sup>18</sup> Vid. IGANSKI, 2008, p. 4: el legislador, al menos en el ámbito anglosajón, ha preferido no utilizar el término «hate», sino «prejudice», «bias» o «hostility». REY MARTÍNEZ (2015, p. 53 y s.) defiende cambiar «discurso del odio», expresión «tan rotunda como desorientadora», por «discurso discriminatorio».

o la propiedad por cuestiones de «raza», etnia, religión o práctica religiosa, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, por razones de género, situación de pobreza y exclusión social o cualquier otro factor similar, como las diferencias ideológicas»<sup>19</sup>. Se abre, por tanto, un primer nivel de decisión sobre la criminalización del odio: hay una selección, no todos los posibles motivos discriminatorios son recogidos en los delitos de odio. Aunque esta limitación puede ser la consecuencia de una imposibilidad fáctica (que puede ser resuelta mediante la creación de cláusulas abiertas<sup>20</sup>), no se debe perder de vista que hay motivos cuya introducción resulta problemática en cada país porque no provocan rechazo social o, incluso, porque se trata de una sociedad con una estructura socio-cultural que no aprecia (o, mejor dicho, no valora) que haya un problema de discriminación en ese aspecto<sup>21</sup>. La no inclusión de un motivo traslada el mensaje de que ciertas formas de discriminación son menos reprochables y que ciertos colectivos merecen una menor protección<sup>22</sup>.

Aparte de ello, la dificultad también puede hallarse en la resistencia a aplicar la agravante: se le puede quitar relevancia social y/o individual al contenido discriminatorio de la conducta e incluso se pueden producir situaciones de discriminación o racismo inconsciente socialmente compartido<sup>23</sup>.

Por otro lado, la identificación de odio como aversión, definida, a su vez, por la concurrencia de unos motivos discriminatorios, plantea el siguiente dilema: ¿los delitos de odio se aplican automáticamente cuando se constate la presencia del ánimo discriminatorio? El rechazo de este automatismo ha obligado a centrar el debate sobre el odio en la búsqueda de un anclaje objetivo. Existe un acuerdo: esta aversión actúa como agravante respecto a una conducta delictiva que ya ha sido realizada. A partir de aquí la discusión se sitúa en determinar cuándo concurre esta agravante (¿basta el motivo discriminatorio o la víctima debe tener una conexión con un colectivo protegido?) y cuál es su fundamento (¿se puede separar de la culpabilidad y encontrar una base objetiva?)

<sup>19</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR, 2014, p. 6; ÍDEM, 2015, p. 3.

<sup>20</sup> Se pueden crear cláusulas abiertas referidas a «cualquier otro motivo reprochable». Estas cláusulas generan dudas a propósito del principio de legalidad ya que su contenido será variable y dependerá del rechazo social a un motivo en un determinado momento histórico, lo que genera una evidente inseguridad jurídica, vid. VERKHOVSKY, 2016, p. 33.

<sup>21</sup> «El conservadurismo y la inercia de la legislación son factores que juegan un relevante importante papel: una parte notable de la sociedad puede considerar que es importante que la ley tenga en cuenta nuevas características [motivos discriminatorios], pero otra parte no menos significativa de la sociedad pueden oponerse a este paso», VERKHOVSKY, 2016, 27. Vid. también LAWRENCE 2006: 4.

<sup>22</sup> «Por ejemplo, no todos los estados [de la Unión] recogen la orientación sexual en su definición de *bias crimes*, mandando así el mensaje de que un delito cometido por un prejuicio contra un gay es menos reprochable que el cometido por un motivo racial. Sea este el objetivo perseguido o no, ello implica que ciertos grupos se merecen mayor protección», LAWRENCE, 2006, p. 4.

<sup>23</sup> REY MARTÍNEZ (2015, pp. 79 y ss.) define esta situación como neo-racismo invisible o racismo líquido.

(i) Los motivos discriminatorios nos dan una doble información: sobre el ánimo subjetivo discriminatorio del autor y sobre el colectivo afectado<sup>24</sup>. Esto se debe a que los motivos coinciden con las características de personas que pertenecen a colectivos identitarios<sup>25</sup>. Los delitos de odio se pueden construir exigiendo ambos aspectos o dando prioridad a uno de ellos. Según la decisión adoptada aparecen tres modelos<sup>26</sup>: en el *hostility model* se desvalora la comisión del delito contra una persona por alguno de los motivos discriminatorios indicados legalmente<sup>27</sup>; en el *discriminatory selection model*, en cambio, se desvalora la selección de la víctima porque posee algunas de las características protegidas, pero no se demanda motivación<sup>28</sup>; finalmente el modelo mixto exige los dos factores<sup>29</sup>. Con todo, el factor discriminatorio, ya sea como motivación, ya sea como característica definitoria del grupo, estará siempre presente en cualquier definición del odio (como amenaza o como lesión). Esto es, el odio siempre tiene un componente de «aversión discriminatoria».

Se puede pensar que esta distinción es irrelevante porque ambos aspectos siempre coinciden. No es así. Si se analiza la casuística de este tipo de delitos nos podemos encontrar situaciones en las que la motivación discriminatoria no coincida (por error u otra causa) con una víctima que posea estas características. Por ejemplo, por motivos homófobos se agrede a un heterosexual que se posiciona a favor de la legalización de los matrimonios homosexuales o se golpea a un sujeto creyendo erróneamente que es homosexual<sup>30</sup>. El delito de odio se podrá aplicar si se requiere únicamente la motivación, que puede dirigirse contra cualquier miembro de la sociedad<sup>31</sup>. La dificultad reside en acreditar ese ánimo<sup>32</sup>. Por el contrario, si la motivación no es el factor determinante se simplifica la aplicación porque no hay que probar el ánimo<sup>33</sup> sino que el ataque ha recaído sobre el colectivo definido por

<sup>24</sup> Vid. JACKS/ADLER, 2015, pp. 64 y ss.; ALCÁCER, 2016, p. 39.

<sup>25</sup> Vid. VERKHOVSKY, 2016, pp. 20 y ss., 27.

<sup>26</sup> Vid. OSCE 2009, pp. 46 y ss.

<sup>27</sup> Denominado *animus model* por DÍAZ LÓPEZ que defiende que es el presente en el art. 22.4ª CP (2013, pp. 115, 131 y s., 143 y ss.)

<sup>28</sup> Vid. LAURENZO, 1996, p. 230; LEVIN, 1999, pp. 8, 19; LAWRENCE, 2006, p. 1; OSCE 2009, p. 16; GÓMEZ MARTÍN *et al.*, 2015, p. 34; TAMARIT, 2016, p. 1979; ALCÁCER, 2016, p. 39; VERKHOVSKY, 2016, pp. 24 y ss.

<sup>29</sup> Vid. DÍAZ LÓPEZ, 2013, pp. 217 y s.

<sup>30</sup> Vid. al respecto LAURENZO, 1996, p. 276.

<sup>31</sup> A favor GÓMEZ MARTÍN *et al.*, 2015, p. 171. Así la SECRETARIA ESTADO SEGURIDAD (2015, p. 62) en el *Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio* que afirma que la agravante de motivos discriminatorios se aplicará cuando se pruebe que concurre este motivo y con independencia de «(...) la cualidad personal del sujeto pasivo, entidad o colectivo objeto del trato discriminatorio o el hecho de que el sujeto activo actúe erróneamente por dicha cualidad».

Vid. críticamente al respecto LAURENZO, 1996, pp. 277 y ss.; DOPICO, 2004, p. 162; HORTAL, 2012, pp. 49 y ss.

<sup>32</sup> Vid. GÓMEZ MARTÍN *et al.*, 2015, p. 90.

<sup>33</sup> Vid. OSCE 2009, pp. 48 y s.

las características asociadas a los motivos discriminatorios<sup>34</sup>, sin embargo, quedarían sin sanción estos ejemplos ya que las víctimas no forman parte en sentido estricto del grupo<sup>35</sup>. Para evitarlo el concepto de colectivo se amplía. Por un lado, se define por la pertenencia real o percibida/supuesta<sup>36</sup>, por otro, se extiende a todos los miembros «indirectos» mediante conceptos como sujeto «asociado con», «conectado con», «afiliado con» el colectivo<sup>37</sup>.

Una correcta precisión del desvalor de la aversión (que evite falsos positivos y negativos) exige la concurrencia de ambos factores. No obstante, para impedir una reducción del ámbito de aplicación de la agravante en los casos problemáticos deberían incorporarse los criterios de ampliación del colectivo descritos<sup>38</sup>.

(ii) El «odio» aporta un factor discriminatorio y se sanciona penalmente porque presenta un desvalor que va a permitir diseñar un injusto. ¿Cómo se puede tipificar este desvalor?<sup>39</sup> La técnica legislativa habitual es la creación de una causa de agravación por motivos discriminatorios que mueven la conducta del autor del delito y/o por la selección discriminatoria de la víctima. Esta puede ser genérica y, por tanto, aplicable a cualquier delito<sup>40</sup>. También se puede recoger de forma expre-

<sup>34</sup> Vid. LAURENZO, 1995, pp. 281 y s.

<sup>35</sup> Vid. LAURENZO, 1995, p. 283; SALINERO, 2013, p. 305, que no admite la aplicación de la agravante cuando, aunque el sujeto actúa por una motivación discriminatoria, hay un error en las cualidades de la víctima, que no pertenece al colectivo discriminado.

<sup>36</sup> Vid. VERKHOVSKY, 2016, p. 25; HOME OFFICE, 2016, p. 39. Así, dentro del modelo «discriminator» el Comité de Ministros de la OSCE (Decisión n. 4/03) define delito de odio como «toda infracción penal, incluidas las cometidas contra las personas o la propiedad, donde el bien jurídico protegido, se elige por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo. Este grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su «raza», real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, u otro factor similar» (utilizo la traducción de LÓPEZ ORTEGA, 2017, p. 50). Del mismo modo el MINISTERIO DEL INTERIOR (2016, p. 3) señala que «(...) cualquier persona puede ser objeto de un delito de odio, con independencia que la base de la conducta hostil y discriminatoria, el odio, esté o no fundada, desde la perspectiva del responsable, en hechos reales o percibidos, es decir, independientemente de que la víctima pertenezca al grupo al que va dirigida la agresión».

<sup>37</sup> Vid. VERKHOVSKY, 2016, p. 26. Según el *Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio* (SECRETARIA ESTADO SEGURIDAD, 2015, p. 73) la «discriminación y odio por asociación» es un indicador de polarización (indicio racional de criminalidad en los delitos de odio): «La víctima puede no pertenecer o ser miembro del grupo objetivo, pero puede ser un activista que actúa en solidaridad con el colectivo. Igualmente, puede darse el caso de que la víctima se hallase en compañía de algunos de los miembros del grupo vulnerable. En definitiva, se trata de víctimas que sin pertenecer a un colectivo minoritario son deliberadamente escogidas por su relación con el mismo».

<sup>38</sup> Esta doble exigencia está presente en el art. 510 CP. Más dudas surgen en lo que atañe a la agravante del art. 22.4 CP: interpretada desde el planteamiento mixto (SAP Madrid 717/2010 de 28 de julio) o del ánimo (DÍAZ LÓPEZ 2013, p. 218, porque el art. 22.4 CP «habla de motivos [discriminatorios] y no de efectos [discriminatorios]»; SALINERO, 2013, p. 305).

<sup>39</sup> Vid. LEVIN, 1999, p. 19; SALINERO, 2013, pp. 286 y s.; DÍAZ LÓPEZ, 2013, p. 131; GÓMEZ MARTÍN, 2012, pp. 105 y s.; GÓMEZ MARTÍN *et al.*, 2015, pp. 34, 196; VERKHOVSKY, 2016, p. 21.

<sup>40</sup> P.ej., la Decisión Marco 2008/913/JAI establece en su art. 4 que «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».

sa (determinado un marco penal específico) para delitos concretos<sup>41</sup>. Con todo, da igual cuál sea el objeto lesionado (delito base). El odio es un sinónimo de lesión que ya tiene relevancia penal<sup>42</sup>, pero a la que se le añade un desvalor discriminatorio adicional<sup>43</sup>. Por esta razón, no se han planteado en este nivel problemas de justificación de una anticipación de la tutela penal mediante el recurso al odio.

Tres precisiones. Los códigos penales pueden integrar tipos penales denominados expresamente «delitos de odio». De este modo se transmite de manera más accesible a la sociedad, que posiblemente no entienda el funcionamiento de las agravantes genéricas, el mandato normativo. Se puede afirmar, por consiguiente, que esta forma de tipificación busca incrementar, en comparación con la agravante genérica, los efectos preventivo-generales positivos de la legislación<sup>44</sup> y transmitir la capacidad del legislador para hacer frente al problema (leyes reactivas) de manera accesible al auditorio destino. Por otra parte, los delitos de odio no se reducen a tipificar una lesión base agravada de manera específica por la discriminación, el objetivo puede ser igualmente dar una respuesta penal anticipada mediante tipos autónomos cuya consumación no requiere una auténtica lesión base del objeto de tutela, amparándose únicamente en el desvalor que aporta el odio. Si bien en estos casos se buscará una justificación adicional por la vía del peligro o la lesión como explicaré en los puntos 3 y 4<sup>45</sup>. Por último, el delito de odio no dispone en España de un reconocimiento expreso en el Código Penal, ahora bien, de acuerdo con la identificación entre odio y discriminación se pueden integrar dentro de esta categoría, utilizando la distinción entre «motivo de discriminación» y «selección discriminatoria de la víctima», los siguientes delitos<sup>46</sup>:

- Contienen el odio como animo aversivo discriminatorio: arts. 510.1.a-b, 515 CP.
- Agravados por la concurrencia de motivos discriminatorios como circunstancia genérica (art. 22.4 CP) o específica (art. 174, 314, 510.2.a, 510.2.b, 511, 512 CP).

<sup>41</sup> Vid. DÍAZ LÓPEZ, 2013, p. 131. A favor de esta última opción LAURENZO, 1996, pp. 287 y s.: «(...) si la especial desvaloración surge de su puesta en relación con otro ilícito penal de caracteres distintos, entonces sería más coherente vincular la agravante con injustos específicos».

<sup>42</sup> Vid. OSCE 2009, p. 16; DÍAZ LÓPEZ, 2013, pp. 172 y ss., 188 y ss.; GÓMEZ MARTÍN *et al.*, 2015, p. 34.

<sup>43</sup> Vid. DÍAZ LÓPEZ, 2013, pp. 172 y ss., 188 y ss.; SALINERO, 2013, pp. 286 y ss.; GÓMEZ MARTÍN *et al.*, 2015, p. 34; VERKHOVSKY, 2016, pp. 20 y s.

<sup>44</sup> Vid. SALINERO, 2013, p. 287; VERKHOVSKY, 2016, p. 22.

<sup>45</sup> GÓMEZ MARTÍN (2012, pp. 105 y s.) y GÓMEZ MARTÍN *et al.* (2015, p. 196) distinguen dos modelos de sanción del odio: mediante una agravación o a través de tipos que punen la incitación a la violencia, discriminación u odio.

<sup>46</sup> GÜERRI (2015, p. 5) realiza una clasificación que coincide con la que expongo en la determinación de los delitos abarcados, pero con un criterio de sistematización diferente. Dentro de los delitos de odio incluye los delitos de odio en sentido estricto («infracciones penales en las cuales la víctima ha sido escogida en razón de su pertenencia a un grupo despreciado, rechazado u odiado por el perpetrador») y los «delitos de discriminación por entrar dentro del ámbito de actuación del SDOD» (Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona).

- Protegen al colectivo con relación a un motivo discriminatorio concreto: delitos de genocidio o de lesa humanidad (art. 607, 607 bis, 510.1.c CP), delitos contra los sentimientos religiosos (arts. 522-526 CP).
- Agravados por afectar a un grupo vulnerable: arts. 170.1, 197.5 CP.

¿Cómo se fundamenta este desvalor? Dar respuesta a esta cuestión será el objetivo de este trabajo a partir de este momento. El fundamento de la agravación por el carácter discriminatorio del ataque puede situarse desde una perspectiva del merecimiento<sup>47</sup> en el injusto o en la culpabilidad<sup>48</sup>. En la culpabilidad lo relevante es la motivación especialmente reprochable del sujeto activo<sup>49</sup>. Este planteamiento es objeto de crítica porque se aproxima a un derecho penal de autor que pune la ideología y forma de pensar del sujeto<sup>50</sup>. En el injusto lo importante es el daño que genera actuar con esta motivación: lesión de la igualdad<sup>51</sup>, de la libertad –del colectivo y sus miembros individuales-<sup>52</sup>, la integridad física –daño psicológico<sup>53</sup>–, el riesgo de nuevas agresiones y de desorden civil<sup>54</sup>, el sentimiento de tranquilidad del colectivo afectado<sup>55</sup>, etc. Ahora bien, la base objetiva de la discriminación no solo evita este rechazo, además da autonomía al odio ya que le permite alejarse de la primera premisa, la necesidad de que se realice una conducta delictiva por el autor. De este modo posibilita la superación del modelo de la agravación y deja la puerta abierta a las otras dimensiones del odio: como amenaza o como lesión.

### 3. Odio como amenaza de daño futuro

Si nos concentramos en la amenaza de daños futuros, el odio se utiliza para referirnos a situaciones en las que se ponen en peligro bienes jurídicos relacionados con el colectivo diana de la aversión o con los individuos que los integran. En concreto, el odio actúa *como ratio de la decisión político criminal de la anticipación de la tutela de penal* por las necesidades de protección de estos grupos: el ánimo aversivo (odio) explicita un riesgo de daño futuro, hay que evitar que se produzcan graves conductas lesivas. Es una razón para criminalizar conductas que no lesionan o que no representan una puesta en peligro, materialmente relevante, del concreto

<sup>47</sup> También podría construirse desde un planteamiento utilitarista (como medida disuasoria, para garantizar la protección de ciertos colectivos, para incrementar la sensación de seguridad) vid. DÍAZ LÓPEZ, 2013, pp. 149 y ss.

<sup>48</sup> Vid. al respecto LAURENZO, 1996, pp. 275 y ss.; DOPICO, 2004, pp. 144 y ss.; HORTAL, 2012, pp. 40 y ss.; SALINERO, 2013, pp. 280 y ss.

<sup>49</sup> Vid. BUSTOS/HORMAZABAL, 1999, p. 410; ARIAS EIBE, 2007, p. 237.

<sup>50</sup> Vid. LAURENZO, 1996, pp. 277 y s.; HURD/MOORE, 2004, pp. 1128 y s.; DOPICO, 2004, pp. 146 y ss., 151 y s.; HORTAL, 2012, pp. 43 y ss.

<sup>51</sup> Vid. LAURENZO, 1996, p. 281; DÍAZ LÓPEZ, 2013, pp. 188 y ss.; SALINERO, 2013, p. 286; GÓMEZ MARTÍN *et al.*, 2015, p. 171.

<sup>52</sup> Vid. DOPICO, 2004, p. 167; SALINERO, 2013, pp. 291, 294.

<sup>53</sup> Vid. LEVIN, 1999, pp. 17 y s.; SALINERO, 2013, p. 293; TAMARIT, 2016, pp. 1979 y s.

<sup>54</sup> Vid. LEVIN, 1999, pp. 16, 18.; SALINERO, 2013, pp. 292, 294.

<sup>55</sup> Vid. HORTAL, 2012, p. 46.

objeto de tutela<sup>56</sup>. Esto es, posibilita la incorporación de delitos de peligro abstracto, delitos preparatorios y delitos de tentativas de participación. La actuación penal en estos supuestos requiere empero una justificación, en sede de la estructura del injusto, *de su relevancia objetiva*. Ello se realiza de dos formas: mediante un juicio de peligrosidad diluido; a través de un bien jurídico abstracto. Sobre ellas va a influir, de nuevo, el concepto de odio<sup>57</sup>.

### 3.1. *El peligro diluido: odio como clima predelictivo*

Para determinar la relevancia penal de un comportamiento analizamos desde una perspectiva material si la conducta ha producido un daño en el objeto de tutela recogido por el tipo penal o si muestra *ex ante* capacidad lesiva directa. Este juicio de peligro se diluye cuando no se exige esta potencialidad lesiva directa, sino que se considera suficiente que muestre capacidad para favorecer o facilitar una actividad delictiva posterior, aunque no pueda conducir sin una nueva intervención, propia o de un tercero, a un resultado lesivo (peligrosidad mediata y condicional).

Por ejemplo, se ha defendido que las tentativas de inducción son peligrosas porque la comunicación de la intención criminal ayuda a superar los reparos de un sujeto al tiempo que genera vínculos y obligaciones recíprocas o porque favorece la aparición de una interdependencia funcional que hace viable el desarrollo de un plan criminal que no se puede ejecutar de forma aislada<sup>58</sup>.

El odio como juicio de peligrosidad diluido se construye sobre una doble presunción: la conducta que manifiesta un ánimo aversivo puede crear climas de enemistad, hostilidad o antipatía; estos climas son predelictivos, es decir, pueden conducir a la producción de futuros delitos<sup>59</sup>. Así, mediante este doble juicio de potencialidad causal (respecto a la hostilidad y al daño<sup>60</sup>), se afirma que estadísticamente son conductas criminógenas que se asocian con la posterior realización de

<sup>56</sup> No responderán a esta problemática los ataques consumados contra los bienes jurídicos protegidos (p.ej., A insulta, con expresiones de contenido homófobo, a B, homosexual). Cuando ello sucede no hay puesta en peligro en un sentido material sino una lesión con la agravante de ánimo discriminatorio (dicho de otro modo, estamos en el primer supuesto: aversión discriminatoria como agravante).

<sup>57</sup> Si trasladamos este debate a un contexto anglosajón por estas dos vías se persigue justificar la respuesta penal frente a conductas («ofensas») que no producen daño, en sentido estricto, pero respecto a las cuales existe una necesidad actuación penal. Sobre los principios del daño o de la ofensa y la sanción del discurso del odio, vid. MIRÓ, 2015, pp. 1 y ss.; 16 y ss.; ALCÁCER, 2016, pp. 40 y s.

<sup>58</sup> Vid. al respecto FUENTES, 2007, pp. 57 y s.

<sup>59</sup> Este doble juicio se aprecia de forma clara en la STC 235/2007, de 7 de noviembre (f.d. 9) y STS 259/2011 de 12 de abril (f.d. 1.7). Vid. GERCKE, 2015, marg. 130/1; TURIENZO, 2015, pp. 16, 20; REY MARTÍNEZ, 2015, pp. 69.

Pertenece, por tanto, a los *delitos de clima*, que penalizan conductas que únicamente favorecen o fomentan la realización de una futura conducta criminal (ALASTUEY, 2016, pp. 18; ALCÁCER, 2016, pp. 50).

<sup>60</sup> Vid. críticamente al respecto LAURENZO, 1996, pp. 252, 264 y s.; POST, 2009, pp. 135 y s.; BAKER, 2009, pp. 147 y s.; BAKER/ZHAO, 2013, pp. 626 y s., 644 y s.; PORTILLA, 2015, pp. 725 y ss.; ALCÁCER, 2016, pp. 50 y ss.; BENNETT, 2016, p. 526. Los delitos de clima se rechazan porque vinculan «invocaciones agitatorias genéricas con conductas delictivas concretas cuyo enlace normativo se presume», LANDA GOROSTIZA 1999, p. 702.

actividades delictivas o que poseen las características de estados que desencadenan estas conductas delictivas posteriores.

La técnica legislativa clásica desde este enfoque ha sido crear delitos autónomos de odio, especialmente referidos a formas de incitación al odio.

Existen numerosos ejemplos de ello en la normativa internacional.

El art. 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 indica 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 (...)».

El art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 señala 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».

Los Principios de Camden mantienen que «todos los Estados deberán aprobar legislación que prohíba cualquier promoción del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (expresiones de odio)» (12.1)<sup>61</sup>.

La Decisión Marco 2008/913/JAI de 28 de noviembre de 2008, en su art. 1 se establece la obligación por parte de los estados de sancionar: «a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico»<sup>62</sup>.

El art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que el ejercicio de las libertades de expresión y opinión «(...) podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para (...) la prevención del delito (...)».

Una posible explicación de esta decisión político criminal puede hallarse en que estos comportamientos presentan muchas similitudes con las tentativas de inducción pública a sujeto indeterminado (en otras palabras, la provocación al delito del art. 18 CP). Supuestos de anticipación de la tutela penal recogidos de manera poco

<sup>61</sup> Se precisa, además, que «ii. El término «promoción» se entenderá como requiriendo la intención de promover públicamente el odio contra el grupo objetivo. iii. El término «incitación» se refiere a declaraciones sobre grupos nacionales, raciales o religiosas que puedan crear un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra las personas que pertenecen a dichos grupos» (12.1).

<sup>62</sup> También obliga a la sanción de otras conductas vinculadas con la apología pública, la negación o la trivialización flagrante (i) de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional; (ii) de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, pero siempre que «puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo» (art. 1.c y d).

conflictiva<sup>63</sup> por la mayoría de los códigos penales (por ejemplo, se acepta que son peligrosas ya que representan la puesta en marcha de un proceso causal autónomo e impredecible sobre el que se ha perdido el dominio desde el instante de la incitación<sup>64</sup>).

El uso del odio asociado con la creación de un clima predelictivo para justificar una anticipación de la tutela penal, en concreto, la sanción de provocaciones al delito, deja ciertas cuestiones sin resolver: ¿Qué bienes están en peligro? ¿Únicamente las incitaciones públicas pueden crear este clima?

(i) ¿Qué potenciales delitos? Hay una absoluta indeterminación en el objeto. Dicho de otro modo, el odio refleja un riesgo genérico de lesión de cualquier bien jurídico por la creación de un clima hostil mediante la manifestación del ánimo aversivo. Por este motivo, la primera propuesta de limitación cuando se parte de esta concepción del odio es reducir su alcance a ciertos objetos de tutela: la libertad, la igualdad, la integridad personal, la integridad moral<sup>65</sup>. Incluso así, las expresiones de odio siguen presentando una indeterminación del daño futuro respecto a estos bienes, esto imposibilita acudir al delito de amenazas.

(ii) Para poder aplicar estos delitos, se debilita la conexión causal directa entre las manifestaciones aversivas y la posterior conducta delictiva<sup>66</sup>. Se sigue el siguiente proceso: en un primer momento, la relevancia objetiva de una manifestación aversiva consiste en que ha creado un clima hostil que está conectado con la comisión de delitos. Ahora bien, como queremos responder antes de que tenga lugar el resultado lesivo se mantiene que debe analizarse si el clima hostil *tiene capacidad* para causar futuros delitos. Posteriormente ante la dificultad que tiene probar cuándo se crea el clima hostil podemos mantener que es suficiente con que la conducta sea idónea para generar este clima que debe tener, así mismo, capacidad para producir un delito<sup>67</sup>. Finalmente, *si aceptamos que una simple acción no*

<sup>63</sup> Un análisis crítico en FUENTES, 2007, pp. 184 y ss.

<sup>64</sup> Vid. críticamente al respecto FUENTES, 2007, pp. 57 y s.

<sup>65</sup> Vid. PORTILLA, 2015, pp. 725 y ss. En esta línea, la STC 235/2007, de 7 de noviembre se vincula con «actos específicos de discriminación» (f.d. 9); STS 259/2011, de 12 de abril habla de «actos específicos de violencia, odio o discriminación» (f.d. 1.7).

En contra LAURENZO, 1996, pp. 253 y ss. que mantiene que se «(...) trata de provocar a «la discriminación, al odio o la violencia» y ninguno de estos tres términos presupone por sí mismo una conducta delictiva».

También se intenta centrar, y en exclusiva, en la libertad de expresión: estos climas de hostilidad persiguen la creación de un clima de silencio. Representan una amenaza, una puesta en peligro de la libertad de expresión (y de la deliberación democrática), FISS, 1996, pp. 22 y ss. La libre expresión aparece doblemente: es «el valor amenazado por la regulación y (...) el contravalor que esta promueve», FISS 1996, p. 24. Vid. igualmente CUEVA FERNÁNDEZ, 2012a, p. 449.

<sup>66</sup> Vid. críticamente BENNETT, 2016, pp. 525 y s.

<sup>67</sup> Vid. STC 235/2007, de 7 de noviembre (f.d. 9): «(...) provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos

*puede tener esta doble capacidad, que la idoneidad concurre cuando el comportamiento sea un factor que favorezca la creación del clima hostil<sup>68</sup> y que cuando se fomenta el clima se promueve el posterior delito (es decir, que estos climas hostiles son siempre predelictivos) se puede afirmar que esta exigencia objetiva del injusto está presente en cuanto el comportamiento simplemente refleje un ánimo aversivo discriminatorio.*

La doctrina y jurisprudencia se han situado en distintas fases de este proceso. Por un lado, los defensores del peligro concreto insisten en el segundo aspecto del doble juicio (respecto al clima y a su carácter predelictivo) y demandan una puesta en peligro del colectivo<sup>69</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia no exigía para aplicar los arts. 510.1 y 607.2 CP un peligro concreto de lesión<sup>70</sup> porque consideraba suficiente la manifestación de aversión discriminatoria como favorecedora de un clima predelictivo<sup>71</sup> o demandaba un peligro potencial de producción del resultado lesivo<sup>72</sup>. No obstante, al precisar este último juicio de idoneidad se mantenía que debía haber un peligro *cierto* de creación del clima de hostilidad que pueda concretarse en actos de violencia, odio o discriminación<sup>73</sup>. Ello se podía interpretar como un doble juicio respecto al clima y los potenciales bienes jurídicos afectados (de peligro concreto y de idoneidad respectivamente) o como uno solo conexo con el segundo aspecto, de modo que la certeza de peligro implicaba una exigencia de peligro concreto<sup>74</sup>.

Por consiguiente, este enfoque no se circunscribe, per se, a las incitaciones públicas a la comisión de delitos, que definidas en un sentido estricto insisten más en la «capacidad» para influir en la comisión del posterior delito, también puede

*específicos de discriminación»* (cursivas añadidas). En el mismo sentido STS 259/2011 de 12 de abril (f.d. 1.7).

LAURENZO (1996, p. 252) sostiene que en el antiguo art. 510 CP había una doble anticipación: «ni siquiera es necesario que la conducta provocadora cree un peligro directo para alguno de ellos [scil. miembros individuales del grupo], sino que basta con que sea idónea para originar una hostilidad que, a su vez, puede – y solo puede- concretarse en un acto de discriminación».

<sup>68</sup> ALASTUEY (2016, p. 17) defiende que tras la reforma del 2015 «(...) ya ni siquiera se castiga la creación del clima que puede favorecer estos actos [hostiles, violentos o discriminatorios] – por la sencilla razón de que una incitación individual no puede crearlo, a no ser que el contexto social sea propicio-, sino que es objeto de intervención penal la mera promoción del clima o, dicho de otra manera, la antesala del clima».

<sup>69</sup> Vid. LANDA GOROSTIZA, 1999, p. 708; ALCÁCER, 2012, pp. 17 y s.

<sup>70</sup> Insisten en ello PORTILLA, 2015, pp. 734 y ss.; TAMARIT, 2016, p. 1981.

<sup>71</sup> AAP Madrid 399/2012 de 16 de mayo: «(...) la conducta típica del artículo 510 no requiere, que sea posible como resultado del mensaje, un acto agresivo contra cualquier miembro de la asociación contra la intolerancia, pues la afrenta viene a constituir la acción difusora de expresiones que inciten al odio, a la discriminación o a la violencia respecto de aquellos a los que se alude en el artículo 510», f.d. 3; en el mismo sentido SAP Santa Cruz de Tenerife 104/2014 de 7 de marzo).

<sup>72</sup> Vid. STS 259/2011 de 12 de abril, f.d. 1.8; SAP Barcelona 104/2013 de 1 de febrero f.d. 7 y 8.

<sup>73</sup> Vid. STS 259/2011 de 12 de abril, f.d. 1.7 y 9; STC 235/2007 de 7 de noviembre, f.d. 9.

<sup>74</sup> Por este motivo CUEVA FERNÁNDEZ, 2012b, p. 105 afirma que cuando se hace esta identificación se demanda en realidad un peligro concreto: «(...) exige [la STS 259/2011 de 12 de abril] de forma muy rigurosa la existencia de un riesgo indudable para los colectivos atacados, pues de lo contrario entiende que el tipo no resultaría aplicable. Esta es la tendencia del Alto Tribunal, en una línea similar a la del TC en su Sentencia 235/2007 (...)».

englobar sin dificultad, en cuanto que favorecen un clima hostil predelictivo, la sanción de conductas que facilitan, fomentan o promueven estas incitaciones (hablamos, por tanto, de complicidad o incitación a la tentativa de incitación pública) y de otras acciones u expresiones que no tienen parentesco con la incitación<sup>75</sup>.

La escasa lesividad de los comportamientos incluidos dentro de estas categorías no se aprecia cuando nos centramos en las necesidades preventivas que dan origen a los mismos y los justificamos con la técnica de los delitos de peligro abstracto. Su exigua ofensividad salta a la vista cuando se cambia el enfoque y se analiza su naturaleza desde la perspectiva de la intervención delictiva. Si se conecta la incitación al odio, entendida en un sentido amplio, con bienes jurídicos individuales se aprecia que incluye formas de incitación directa e indirecta intentadas, así como participaciones en estas formas de participación intentada y participaciones en estas participaciones en estas tentativas de participación. Así definidos percibimos con total claridad la inmensa distancia que separa a estas conductas de la lesividad material. Aún más evidente cuando se tiene en cuenta que la relevancia de la clasificación de una conducta como tentativa de participación (en la que incluso falta el resultado propio o resultado primero) reside en que, según la teoría de la participación dominante (teoría del ataque accesorio al bien jurídico), es impune.

Tres cuestiones deben quedar claras a partir de lo expuesto. En primer lugar, no es necesario incluir en la descripción típica estos comportamientos. Sobre este aspecto volveré más adelante cuando trate el odio como lesión<sup>76</sup>. En segundo lugar, el alcance posible del injusto construido sobre el odio como amenaza se acota tanto mediante la selección de los bienes, como a través de la selección de las conductas. De manera que tienen un posicionamiento restrictivo aquellos autores que concretan los potenciales objetos y se concentran en el juicio de peligro sobre ellos, y así defienden que la represión del odio únicamente puede ser aceptada para responder ante las conductas más graves asociadas con procesos que conducen a lesiones de estos bienes: incitaciones directas a la discriminación y la violencia<sup>77</sup>. Y, además, que fomentar, promover e incitar son todos sinónimos de incitar. A partir de estas restricciones los delitos de odio se conciben como incitación al odio, especie de provocación al delito<sup>78</sup>, incitación pública a sujeto indeterminado a la discriminación y a la realización de agresiones contra la libertad, la integridad

<sup>75</sup> Vid. críticamente PORTILLA, 2015, pp. 717, 721, 723 y ss.; BENNETT, 2016, p. 524; TAMARIT, 2016, pp. 1981 y s. PORTILLA, 2015, p. 728: «(...) cuando se sanciona como incitación al odio la emisión de opiniones que contienen cierta animadversión hacia determinado colectivo (...), no se está sancionando la puesta en peligro de la igualdad o la seguridad del grupo sino el peligro de peligro abstracto para la igualdad y seguridad del grupo».

<sup>76</sup> Vid. punto 4.2.3.

<sup>77</sup> Vid. GÓMEZ MARTÍN, 2012, p. 117; PORTILLA, 2015, pp. 717, 726 y ss.; CUERDA ARNAU, 2015, p. 719; GÓMEZ MARTÍN *et al.*, 2015, p. 35.

<sup>78</sup> Vid. DEL ROSAL BLASCO, 2016, p. 1287; STS 259/2011 de 12 de abril (f.d. 1.2); SSAP Islas Baleares 312/2013 de 10 de diciembre (f.d. 5); Barcelona de 5 de marzo de 2008 (f.d. 5). Respecto a esta exigencia antes de la reforma vid. LANDA GOROSTIZA, 2012, pp. 311 y ss. En contra LAURENZO, 1996, pp. 264 y s.

física y la integridad moral por motivos discriminatorios<sup>79</sup>. En tercer lugar, que la redacción de tipos que incluyen múltiples formas de favorecimiento de un clima hostil-predelictivo persigue utilizar el principio de legalidad para impedir estas exégesis restrictivas<sup>80</sup>.

La libertad de expresión alcanza informaciones o ideas que ofenden o inquietan<sup>81</sup>. No obstante, las sociedades democráticas pueden estimar necesario sancionar expresiones que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio<sup>82</sup>. Dentro de estas conductas los planteamientos más restrictivos, y que mantienen un mayor alcance de la libertad de expresión, son aquellos que identifican discurso del odio con la incitación a la comisión de actividades delictivas concretas<sup>83</sup>. Así, la ECRI<sup>84</sup> expone de manera clara y reiterada que la sanción del discurso del odio (por vía administrativa y penal) se debe limitar, para no interferir con el derecho a la libertad de expresión «a los casos más graves de discurso de odio, es decir, aquellas que tienen por objeto incitar a otras personas a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a los que va dirigido, o cabe razonablemente esperar que se produzca tal efecto». En el ámbito estadounidense se señala, desde la perspectiva de la exigencia del *imminence standard*<sup>85</sup> y el *Brandenburg test*<sup>86</sup> que el gobierno puede sancionar una expresión si está dirigida a incitar o causar una inminente acción ilegal y ello es probable (intención + idoneidad)<sup>87</sup>.

En España la apología del genocidio (y del terrorismo) también desde la perspec-

<sup>79</sup> Crítico REY MARTÍNEZ, 2015, p. 52, porque por esta vía es muy difícil su aplicación, se debería sancionar como una forma de «(...) difamación racial, esto es, el ataque al honor y la dignidad de las víctimas (que no es ya la previsión de un ataque futuro, sino la lesión directa e inmediata de bienes jurídicos esenciales), o, de aplicar los tipos penales que protegen la integridad moral (...)». Por ello defiende que «la incitación a los delitos de odio no requiere necesariamente el llamamiento a un acto de violencia concreto ni a cualquier otro delito posterior» (REY MARTÍNEZ, 2015, p. 75).

<sup>80</sup> También tratare esta cuestión en próximas páginas al compartir problemática con el odio como lesión (punto 4.2.3).

<sup>81</sup> Vid. SSTEDH Handyside contra Reino Unido 1976\6 (49); STEDH Sürek contra Turquía 1999\28 de 8 de julio (58); Féret contra Bélgica 2009\82 de 16 de julio (61).

<sup>82</sup> Vid. STEDH Müslüm Gündüz contra Turquía 2003\81 de 4 de diciembre (40); Féret contra Bélgica 2009\82 de 16 de julio (64). La Recomendación Comité de Ministros del Consejo de Europa núm. R (97) 20 del 30 de octubre de 1997 mantiene que el discurso del odio abarca «toda forma de expresión que *propague, incite, promueva o justifique* el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en el nacionalismo y el etnocentrismo agresivo, discriminación y hostilidad contra minorías, inmigrantes y personas descendientes de emigrantes» (cursiva añadida).

<sup>83</sup> «Pese a la hipotética prohibición de cualquier expresión que pueda engendrar el odio por discriminación, la realidad es que, según la interpretación que viene realizando el TEDH, no suelen condenarse las expresiones de odio salvo cuando éstas contribuyen de forma directa a la discriminación o violencia», PORTILLA 2015: 729.

<sup>84</sup> ECRI, 2016, Memorándum, punto 148, 173.

<sup>85</sup> La punición del discurso, superando los límites que marca la primera enmienda, requiere que el daño sea inminente (*imminence standard*): debe existir una estrecha conexión causal entre lo manifestado y el posterior hecho ilegal. *Imminence standard* «no permite restricciones en la libertad de expresión basadas en la posibilidad de violencia», BENNETT, 2016, p. 525.

<sup>86</sup> Brandenburg contra Ohio, 395 US 444 (1969).

<sup>87</sup> Vid. BENNETT, 2016, p. 529.

tiva del clima predelictivo se interpretan de una forma estricta (aunque más amplia) para respetar la libertad ideológica y de expresión, de forma que únicamente podrán ser objeto de sanción cuando las manifestaciones, aunque sean de mal y gusto y generen rechazo, se puedan considerar como una forma de «incitación indirecta» o de justificación equivalente a la provocación al odio o a la violencia<sup>88</sup>.

Las cosas así, se puede evitar la aplicación de delito de odio porque no sea una incitación o porque no se vincule con un delito concreto de los indicados<sup>89</sup>. Aunque se limita la punición, no se debe perder de vista que incluso en ese caso el «daño» se elabora con una *conexión* con las futuras conductas de terceros motivados por la incitación, que no es necesario que se produzcan<sup>90</sup>. Además, supone la sanción autónoma de formas de participación y, en la medida que no exigimos ni que se cree esa resolución, ni que se lleve a cabo, se encuentran en la fase de tentativa<sup>91</sup>. Ello nos permitiría reproducir todas las críticas realizadas en el contexto español respecto a la punición de los actos preparatorios y las tentativas de participación y añadir una nueva: la incitación al odio es un modo de evitar la normativa propia de la provocación del art. 18 CP<sup>92</sup>. Por ejemplo, representa una sanción de participaciones intentadas sin respetar la bajada de grados prevista en los arts. 17 y s. CP<sup>93</sup>, con una pena superior a la prevista para las formas de autoría del delito principal de referencia<sup>94</sup>.

### 3.2. *La ocultación del juicio de peligro diluido: la creación de un bien jurídico abstracto*

Se castiga el odio como la manifestación del ánimo aversivo que crea (o favorece) un clima predelictivo, pero su relevancia penal se justifica mediante su cone-

<sup>88</sup> «(...) resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP)», STC 235/2007 de 7 de noviembre (f.d. 9).

<sup>89</sup> Vid. p.ej. SAP Barcelona de 10 de diciembre de 2013 (caso García Albiol); STS 259/2011 de 12 de abril (caso Kalki).

<sup>90</sup> Se imputa al generador del clima la futura conducta delictiva acorde con esa idea que aún no ha sido practicada por tercero y, así, olvida que «cuando la incitación es tan genérica todavía falta una decisión posterior «libre» y plenamente imputable de actuar según la actitud (...) que el agitador ha contribuido a generar o despertar» (LANDA GOROSTIZA, 1999, p. 701).

<sup>91</sup> Vid. ALCÁCER, 2012, p. 17 (que utiliza la expresión: «actos preparatorios de un acto preparatorio»); GÓMEZ MARTÍN, 2012, p. 96; PORTILLA, 2015, p. 727.

<sup>92</sup> Así en un sentido crítico PORTILLA, 2015, pp. 723, 725.

<sup>93</sup> Vid. críticamente GÓMEZ MARTÍN, 2012, p. 109.

<sup>94</sup> Vid. GÓMEZ NAVAJAS, 1999, p. 1842; LANDA GOROSTIZA, 2001, pp. 133 y s.; ALASTUEY, 2016, p. 11. Un ejemplo de ello sería la relación entre los marcos punitivos previstos en el art. 510 CP (se castiga con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de 6 a 12 meses a los que provocaren a la discriminación) y el 512 CP (se castiga con una pena de «inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años»). De este modo, para una tentativa de inducción a la realización de una conducta discriminatoria se prevé un marco punitivo superior al recogido para una de las posibles formas de autoría consumada.

xi3n con un bien jur3dico abstracto, normalmente la paz p3blica<sup>95</sup>. Es una decisi3n l3gica ya que la creaci3n de un riesgo objetivo de comportamientos lesivos es una posible definici3n de la paz p3blica. Este nuevo objeto se utiliza para poder justificar que el odio es un comportamiento lesivo y no una simple puesta en peligro (situaci3n que ser3 tratada en el siguiente cap3tulo). Sin embargo, no siempre se consigue. A veces esta definici3n de la lesi3n de la paz p3blica realmente oculta el juicio de peligro diluido del clima predelictivo. As3 sucede cuando para precisar en qu3 momento concurre este riesgo se establece una relaci3n con un objeto concreto de referencia (por ejemplo, la vida o integridad personal) y se indica que la lesi3n de la paz p3blica tiene lugar con el comportamiento que atenta contra estos bienes jur3dicos. Se afirma, en definitiva, que las conductas que lesionan o ponen en peligro ciertos bienes jur3dicos son las formas de lesi3n de la paz p3blica. De este modo estamos protegiendo objetos concretos, mientras que el bien abstracto act3a como mecanismo de legitimaci3n. Es decir, no se lesiona o se pone en peligro la paz p3blica «(...) sino aquellos bienes jur3dicos que se protegen mediante las normas penales ya existentes»<sup>96</sup>. Por este motivo, aunque exista un bien aut3nomo abstracto que permita convertir el odio en lesi3n en realidad sigue planteando una cuesti3n de amenaza<sup>97</sup>.

Por ejemplo, G3mez Mart3n *et al.*<sup>98</sup> mantienen que el «art. 510 no ser3a un delito de peligro abstracto contra bienes jur3dicos individuales (el derecho a la igualdad, no discriminaci3n y dignidad de sujetos concretos), sino uno de lesi3n de un bien jur3dico mixto individual-colectivo: el derecho fundamental a la igualdad y la protecci3n de determinadas minor3as vulnerables frente a actuaciones id3neas para iniciar procesos agresivos y de hostilidad contra aquellas».

#### 4. Odio como lesi3n

Si nos concentramos en los efectos que genera la manifestaci3n aversiva *con independencia de su relaci3n de ofensividad con otros bienes jur3dicos*, el odio adquiere un objeto propio de tutela. Ya no se sanciona la aversi3n manifestada porque cree un clima predelictivo peligroso respecto a ciertos bienes jur3dicos (vida, libertad, igualdad, ect.) La indeterminaci3n del da3o que contiene la amenaza aversiva nos permite construir la relaci3n de ofensividad con otro objeto, la paz p3blica. Ya no hay que utilizar un juicio diluido de peligrosidad. No se sustituye el da3o (como lesi3n o capacidad lesiva directa) por la peligrosidad condicional y mediata como par3metro de lesividad m3nima de la respuesta penal. Ahora hay que

<sup>95</sup> Sobre los conceptos de paz p3blica y su aparici3n en Alemania vid. FISCHER, 1988, pp. 160 y ss.

<sup>96</sup> FISCHER, 1988, p. 163. Vid. en el mismo sentido SCHR3DER 1985, pp. 11, 21, 23.

<sup>97</sup> Cr3ticamente ALTENHAIN (2013, marg. 130/3) defiende que el § 130 StGB establece una conexi3n entre odio y paz p3blica que recoge, en realidad, una variante de delitos de peligro abstracto. En consecuencia, la paz p3blica ampara una protecci3n anticipada de la integridad f3sica, la vida y la libertad

<sup>98</sup> G3MEZ MART3N *et al.*, 2015, pp. 215.

comprobar si la aversión discriminatoria lesiona las concepciones autónomas de la paz pública: la moral de la comunidad o el sentimiento de seguridad y tranquilidad del auditorio<sup>99</sup>.

#### 4.1. *Odio y la sensación de seguridad del colectivo y de la comunidad*

En la justificación de la criminalización de los delitos de odio se argumenta con frecuencia, de manera parecida a como sucede con los delitos de peligro abstracto, que contienen un daño social entendido como la lesión o puesta en peligro del sentimiento de seguridad de los colectivos<sup>100</sup>, de la paz pública<sup>101</sup> o la seguridad jurídica pública<sup>102</sup>. Este planteamiento se caracteriza por la conversión de algunos de los posibles motivos para justificar la protección de un bien jurídico concreto, a saber, la seguridad en el disfrute de la vida o de la integridad personal, etc. por ciertos grupos, la expectativa de seguridad del colectivo y de la comunidad en el uso de ciertos derechos y libertades, en el objeto concreto protegido por los delitos de odio. A este nuevo objeto autónomo se le denomina paz pública.

Ya no se tutela un bien valioso para la comunidad, sino que para la comunidad era valiosa la protección de un bien y así se responde ante conductas que no afectan al objeto concreto sino a la demanda de respecto asociada a su valor social, lo que se plasma en una expectativa jurídica de mantenimiento de su estado<sup>103</sup>. Esta expectativa se lesiona mediante manifestaciones que la amenazan y que por ello

<sup>99</sup> Una distinción entre el odio como amenaza y como lesión «moral» aparece en MIRÓ (2016, p. 98) que en el análisis de la diversas formas de comunicación de violencia y odio en internet diferencia entre la comunicación violenta (incitación a la violencia, amenazas, ofensas al honor o la dignidad de las personas concretas, comportamiento ofensivo o vejatorio contra un colectivo) y el discurso del odio o *hate speech* (forma de violencia moral, «aquella que resulta de la causación de un daño no físico o de una ofensa a intereses morales dignos de tutela de personas concretas o de una colectividad»). Según este autor dentro de los daños morales se incluye el daño o la ofensa mediante el discurso de derechos reconocidos a personas individuales, grupo social o toda la colectividad (MIRÓ, 2016, p. 103). De este modo daño moral se conecta con la *ofensa* de diversos bienes jurídicos concretos: honor, integridad moral, sentimientos religiosos (MIRÓ, 2016, pp. 103 y s.)

<sup>100</sup> Vid. LANDA GOROSTIZA, 1999, pp. 711 y s.

<sup>101</sup> STEDH Féret contra Bélgica 2009\82 de 16 de julio, que indica que el discurso del odio «(...) representa un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos» (73). Del mismo modo, las SSTC 214/1991, de 11 diciembre (f.d. 8), 235/2007, de 7 de noviembre (f.d. 3 y 5), señalan que las expresiones humillantes y denigrantes a colectivos, así como las capaces de producir sentimientos de hostilidad o poner en peligro la convivencia pacífica de los ciudadanos, no deben quedar amparadas por la libertad de expresión.

<sup>102</sup> Vid. ALTENHAIN, 2013, marg. 130/12. El art. 10.2 del Convenio de Europeo de Derechos Humanos establece que el ejercicio de libertades de expresión y opinión «(...) podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden (...)».

<sup>103</sup> FISCHER (1988, pp. 163 y s.) critica una concepción subjetiva-normativa de la paz pública identificada con la protección de la legitimación del derecho penal, con «el consenso valorativo de la sociedad» que determina la elección normativa. De este modo la capacidad para lesionar la paz se refiere a la *punibilidad* (*Strafwürdigkeit*) del comportamiento, que se convierte en elemento del tipo. Pero así no se protege un bien jurídico sino el criterio en función del cual se puede probar si un objeto puede ser bien jurídico.

perturban su existencia, generan intranquilidad, disminuyen la seguridad en el disfrute de los bienes jurídicos (todas percepciones subjetivas del colectivo afectado o la comunidad). De manera muy sencilla: el miedo al daño social que produce una acción que, con independencia de su relación de ofensividad con otros objetos de tutela (respecto a los cuales puede ser una conducta no lesiva), expresa un ánimo aversivo discriminatorio, se convierte en daño. Esto implica, en el contexto de los delitos de odio, castigar la acción aversiva que crea un clima de hostilidad o inseguridad. Ello contiene un riesgo: la posibilidad de punición de cualquier comportamiento que contenga una manifestación discriminatoria.

En la justificación de la creación de los delitos de peligro se recurre a la espiritualización o inmaterialización de objeto tutelado principal. Ello se consigue mediante la superposición de un objeto secundario que coincide con la ratio de tutela (p.ej., el *derecho a disfrutar* con cierta seguridad del bien jurídico o el derecho a *la existencia no turbada* del bien jurídico), que se anexa a la formulación del bien jurídico original, que de este modo se inmaterializa, abstrae su objeto (p.ej., pasa de la protección de la vida al *derecho a disfrutar con seguridad de la vida*). Así, se ha sostenido que los delitos de peligro abstracto garantizan la «certeza de la existencia» del bien jurídico<sup>104</sup> o la «seguridad jurídicamente garantizada en el disfrute del bien jurídico»<sup>105</sup>. Por consiguiente, el objeto protegido pasa a ser la disponibilidad segura que tiene el sujeto sobre su patrimonio, sobre su vida, etc.<sup>106</sup> Mientras que en los juicios diluidos de peligrosidad se intenta justificar que la conducta contiene un peligro penalmente relevante respecto a un bien jurídico concreto, para lo cual se acude a la peligrosidad mediata o estadística. En el segundo caso, el objeto del bien jurídico penalmente amparado se inmaterializa de tal forma que el ámbito de la relevancia objetiva se amplía sin límite. La diferencia entre ambos procedimientos reside, por tanto, en que por la primera vía (la dilución del peligro) se afirma que el comportamiento puede ser penalmente perseguido, pero, aunque sea objetivamente relevante, no contiene la totalidad del injusto posible. O sea, se reconoce que es una conducta que contiene cierta cuantía peligro que demanda una sanción penal pero que todavía no ha consumado el tipo. La segunda, en cambio, desdibuja la diferencia entre el motivo de amparo y el objeto de protección: aunque insista en la presencia de un objeto material, realmente confunde el objeto del bien jurídico con el motivo que obliga al legislador a proteger cierto interés socialmente valioso. Al extender el objeto del bien jurídico hasta confundirlo con su ratio<sup>107</sup>, produce un cambio cualitativo y cuantitativo en el injusto: una conducta penalmente relevante

<sup>104</sup> CRAMER, 1962, pp. 65-69.

<sup>105</sup> KINDHÄUSER 1989, pp. 226 y s., 280 y ss., 336 y s.; ÍDEM, 1994, pp. 199 y s.

<sup>106</sup> MARX 1972, p. 68.

<sup>107</sup> Con ello se acercan a las *concepciones inmatrimales* del bien jurídico que mantenían que el juicio de valor, que determinaba en atención a un criterio de valoración preestablecido qué es un bien jurídico, era así mismo el objeto del bien jurídico y no la realidad valorada. De este modo lo que debía ser protegido era la exigencia de respeto derivada de ese juicio de valor.

es la que disminuye esa seguridad en el disfrute del bien jurídico (o tenga capacidad para ello); todo comportamiento que produzca ese efecto será un ataque consumado. Ello conduce a un concepto extensivo de autor pues cualquier intervención (primaria o secundaria) puede producir directamente ese resultado y no puede distinguir entre fases de ejecución, ni entre niveles de peligro. De este modo *se puede justificar la represión penal de casi cualquier conducta*<sup>108</sup> (simplemente bastaría demostrar que el comportamiento que queremos castigar atenta contra ese estado de «segura disponibilidad») y con la sanción propia de la autoría consumada.

#### 4.1.1. *Clima de hostilidad e inseguridad*

¿Cuándo se produce una lesión de la paz pública, de la seguridad del colectivo o de la tranquilidad en el disfrute de los bienes? Se puede afirmar su concurrencia cuando la comunicación aversiva crea un determinado clima social. La conducta con un contenido discriminatorio genera (i) un ambiente, un clima o estado de ánimo u opinión desfavorable (de desprecio, *hostilidad* intolerancia) contra un colectivo<sup>109</sup> y/o (ii) provoca un estado o clima de *inseguridad* o intranquilidad. En el primer supuesto se tiene en cuenta el daño reputacional<sup>110</sup> del colectivo y el posible cambio en su valoración social: comienza a considerarse (o consolida la impresión) como un grupo social diferente y «dañino» (por ser vagos, por consumir recursos, por ser peligrosos, etc.) Ello sirve de base para potenciar el discurso discriminatorio, el rechazo social e incluso para la adopción de políticas discriminatorias<sup>111</sup> y puede dar lugar a una sensación de rechazo en el grupo. Odio equivale a «clima hostilidad o de opinión desfavorable». En el segundo, en cambio, nos detenemos en el efecto emotivo que tiene ese clima: puede generar una sensación de temor o inseguridad en el colectivo afectado (tanto respecto a su integridad física como a sus posibilidades de desarrollo personal y político en la sociedad) y

<sup>108</sup> ZIESCHANG, 1998, p. 355.

<sup>109</sup> Referencia a la hostilidad recogida en el art. 510 CP tras la reforma del 2015. Concepto que no estaba previsto en la Decisión Marco 2008/913/JAI, vid. RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, 2014, p. 168.

<sup>110</sup> Vid. al respecto WALDRON, 2012, p. 5; ALCÁCER, 2016, pp. 19, 38. La ECRI (2016: Memorandum, punto 30) describe con claridad el carácter lesivo que el discurso del odio tiene para la sociedad: «El discurso de odio perjudica a la sociedad en su conjunto. No solo tiene un impacto negativo en el carácter del discurso público. *Es más importante el clima de hostilidad e intolerancia* que genera, así como la predisposición a aceptar o excusar la discriminación y la violencia, que divide a la sociedad, socava el respeto mutuo y amenaza la coexistencia pacífica. Así se pone en riesgo el pluralismo que es un requisito esencial para una sociedad democrática» (cursiva añadida).

Así la STS 259/2011 de 12 de abril afirma que «(...) si bien la libertad ideológica y la libertad de expresión protegen la libre expresión de las ideas, incluso aunque resulten rechazables y molestas para una generalidad de personas, no alcanza a cobijar bajo su protección la utilización del menosprecio y el insulto contra personas o grupos, o *la generación de sentimientos de hostilidad contra ellos*» (f.d. 1.6, cursiva añadida).

<sup>111</sup> Vid. WALDRON, 2012, pp. 88, 94; ALCÁCER, 2016, p. 46.

en la sociedad (al menos en parte de esta)<sup>112</sup>. Ambos climas son interpretaciones (objetiva/subjetiva, en el primer caso, o subjetivas, en el segundo<sup>113</sup>) de la paz pública o social. No obstante, la paz pública se suele identificar con el clima de inseguridad<sup>114</sup>.

Esta relación entre odio y expectativa de seguridad se dibuja igualmente desde un enfoque funcionalista-sistémico. El discurso discriminatorio de odio lesionaría la expectativa de confianza (de la vigencia de las normas desde la perspectiva del afectado<sup>115</sup>), cuando se vulnera una norma de flanqueo que impide la realización de conductas «amenazantes»<sup>116</sup>, es decir, el sujeto debe manifestar con su declaración hostil y discriminatoria una amenaza a la expectativa de indemnidad del colectivo<sup>117</sup>.

#### 4.1.2. Favorecimiento del clima de hostilidad o inseguridad

Este planteamiento se concentra en la producción de estos climas y se desvincula por completo (a diferencia de lo que sucedía con el modelo de la amenaza) de cualquier resultado efectivo de lesión de bienes jurídicos individuales.

<sup>112</sup> Por ejemplo, IGANSKI (2008, p. 76) describe como una clase de daño en los delitos de odio el efecto de preocupación y sensación de riesgo (*the terroristic effect*) que puede crear en los individuos o en la comunidad. Vid. también DOPICO, 2004, p. 169; LAWRENCE, 2006, p. 3; SALINERO, 2013, p. 294; CUEVA FERNÁNDEZ, 2012a, p. 450; LANDA GOROSTIZA, 2012, p. 341. ALTENHAIN, 2013, marg. 130/12; VERKHOVSKY, 2016, p. 21.

El art. 510.4 CP recoge ambos aspectos, sentimiento de inseguridad de la sociedad y del colectivo, como circunstancias agravantes. Si bien, el primero se deduce del concepto de paz pública y el segundo se menciona de forma expresa («Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado»).

El estado de inseguridad puede provenir igualmente del grupo vulnerable: se teme que respondan a la hostilidad con comportamientos violentos, vid. al respecto (pero en el caso de los delitos contra los sentimientos religiosos 166 StGB) HÖRNLE 2012: 3417.

<sup>113</sup> Que también admite, como ya he comentado, una interpretación objetiva como riesgo de producción de resultados delictivos o de ruptura de la convivencia pacífica. No obstante, por la necesaria vinculación que tiene este planteamiento con la lesión de bienes jurídicos concretos, que deben ser identificados, lo he estudiado dentro del apartado odio como amenaza. La paz pública no actúa entonces como bien jurídico autónomo, la referencia del injusto es la puesta en peligro de los bienes jurídicos concretos.

<sup>114</sup> Por ejemplo, GÓMEZ MARTÍN *et al.*, 2015, pp. 16 indican que hay un doble ataque: contra las víctimas concretas de estos delitos y contra el colectivo al que se amedrenta: «(...) se atemoriza a todo el colectivo al que pertenecen, lo que genera sentimientos de miedo e inseguridad y amenaza de forma indirecta la seguridad y la tranquilidad de todos los ciudadanos. Son, en definitiva, una amenaza para la paz pública». Sobre la conexión con la paz pública vid. GÓMEZ MARTÍN, 2012, pp. 117 y s.; OSTENDORF, 2013, marg. 130/4; ALTENHAIN, 2013, marg. 130/12.

<sup>115</sup> «Si se acepta el enunciado de que la vigencia de la norma no solo depende de la conducta de los autores potenciales, sino también de lo que esperan los afectados, resulta evidente que la vigencia de la norma puede verse dañada no solo por quebrantamientos de la norma, entendidos en su sentido habitual, sino también por cualquier menoscabo de la confianza de los afectados, cualquiera que sea la vía por la que esto ocurra», JAKOBS, 1985, pp. 315. De este modo se concreta el concepto «paz pública»: «es la vigencia de las normas correspondientes en cada caso desde la perspectiva del afectado; nada tiene ello que ver con la protección de un «clima» o de bienes análogamente nebulosos» (1985, pp. 315).

<sup>116</sup> Vid. JAKOBS, 1985, pp. 314 y ss.

<sup>117</sup> En relación con el art. 510 CP vid. LANDA GOROSTIZA, 1999, p. 711.

¿Es necesario crear estos climas<sup>118</sup>? Su demanda causaría dos dificultades: cuándo se puede constatar que existen estos climas y cómo imputarlos objetivamente a la conducta realizada<sup>119</sup>. Para superar estos obstáculos lo normal es que se insista en que se deben perseguir conductas idóneas para generarlos<sup>120</sup>.

FISCHER<sup>121</sup> sostiene que no se puede probar la lesión de la paz pública requerida en el 130.4 StGB o solo es posible si se identifica lesión con idoneidad. Así llega a la conclusión de que realmente el tipo es inaplicable (únicamente persigue poder poner en marcha medidas preventivas administrativas y policiales) o que dicho requisito no actúa como un elemento del tipo sino como una cláusula valorativa que permite excluir ciertos comportamientos que no se consideran punibles<sup>122</sup>.

¿Una conducta con un contenido aversivo puede tener capacidad para influenciar en el auditorio, para crear un clima de hostilidad o un clima de inseguridad? Esta pregunta es una puerta abierta al decisionismo. Esto es, posibilita la sanción de cualquier comportamiento y de ninguno (lo que según el objetivo perseguido puede ser una gran ventaja o un gravísimo inconveniente).

En España esta posibilidad de intervención amplia y con menos restricciones satisface las necesidades del Ministerio del Interior que declara que los objetivos fundamentales perseguidos con los delitos de odio son: «(...) minimizar los riesgos que sufren determinados colectivos vulnerables, concienciar a la sociedad en general y a los medios de comunicación en particular, adoptar una filosofía de tolerancia cero, y a su vez, reforzar la confianza de las víctimas en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad»<sup>123</sup>.

(i) Sería muy difícil dar una respuesta afirmativa cuando mantenemos que el auditorio no es homogéneo y que el efecto sobre el mismo está condicionado por un conjunto de factores relacionados e interdependientes. La concreción de su potencialidad requiere una valoración global de la conducta realizada, del variado y cambiante contexto socio-político y de las características de la comunidad y de la víctima afectada<sup>124</sup>. En esta situación es muy arriesgado afirmar que puede haber una conexión causal entre manifestación del odio y «daños sociales»<sup>125</sup>.

<sup>118</sup> Por ejemplo, el § 130.1 StGB exige la capacidad de la incitación al odio para alterar la paz pública, mientras que el número 4 requiere la alteración efectiva de la misma.

<sup>119</sup> Vid. críticamente al respecto DEL ROSAL BLASCO, 2016, p. 1293.

<sup>120</sup> Vid. GÓMEZ MARTÍN *et al.*, 2015, pp. 207.

<sup>121</sup> FISCHER, 2015, marg. 130/40. Vid. también ALTENHAIN, 2013, marg. 130/31.

<sup>122</sup> Último planteamiento, mayoritario en Alemania, es propuesto por el Tribunal constitucional alemán en el «Wunsiedel-Entscheidung» (4 de noviembre de 2009), FISCHER, 2015, marg. 130/14, 140a; vid. también ALTENHAIN, 2013, marg. 130/31.

<sup>123</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR, 2015, p. 3.

<sup>124</sup> Factores que no tienen solo que ver con los comportamientos discriminatorios, BENNETT, 2016, p. 471. «Depende de una «valoración global» de la clase, contenido, forma y el entorno de la expresión, del «estado de ánimo» de la población y la situación política», FISCHER, 2015, marg. 130/13a.

<sup>125</sup> Si las desigualdades sociales y el daño social surgen «de distintas características culturales, preferencias valorativas, modos de vida y otros factores causales independientes, entonces es impreciso atribuir el daño social al discurso del odio como la literatura hace con frecuencia», BENNETT, 2016, p. 476.

Hay planteamientos que mantienen que ese clima de hostilidad produce una lesión directa, emocional y psíquica sobre los miembros de las minorías afectadas<sup>126</sup>.

También se vincula el daño con el ataque contra la dignidad de los sujetos del colectivo afectado<sup>127</sup>, con la creación de un sentimiento de inferioridad<sup>128</sup>, con la limitación de su reconocimiento social como iguales<sup>129</sup>. De este modo se restringe la libertad, de las posibilidades de participación en la sociedad<sup>130</sup>. El derecho penal debe intervenir en estos casos para «asegurar» públicamente la igualdad<sup>131</sup>. No obstante, también en este caso hay un importante nivel de inseguridad. Depende de la creación de un sentimiento de inferioridad. Esto requiere aceptar hechos no demostrados (y poco probables): que personas humanas, complejas e inteligentes, van a desarrollar un complejo de inferioridad que les va a impedir participar en la sociedad por lo que les dicen una pequeña minoría de su sociedad<sup>132</sup>, que este efecto está causado por las manifestaciones aversivas. Aparte de eso, cómo se mide la pérdida de posibilidades de participación social<sup>133</sup> o la capacidad del comportamiento para generarlo<sup>134</sup>.

<sup>126</sup> Establece esta vinculación ECRI (2016: Memorándum, puntos 28 y s.): «28. (...) el uso de discurso de odio y el fracaso para combatirlo provoca *consecuencias negativas* tanto para los destinatarios específicos a los que van dirigidas como para la sociedad en su conjunto.

29. Los primeros, tal y como se ha visto en los informes de seguimiento por país de la ECRI no solo sufren angustia, rencor y un ataque contra su dignidad y sentido de identidad. Además, el uso de discurso de odio contribuye a que las víctimas sean objeto de discriminación, acoso, amenazas y violencia como resultado de la antipatía, hostilidad y resentimiento hacia ellos provocado o exacerbado por el uso de discurso de odio. Tales actitudes y conductas les pueden provocar sentimientos de miedo, inseguridad o intimidación. En último término, el discurso de odio puede llevar a los que lo sufren a apartarse de la sociedad en la que viven e incluso a dejar de estar comprometidos con sus valores» (negrita original).

Vid. críticamente al respecto BENNETT, 2016, pp. 463 y ss. (a la que denomina perspectiva estructural del daño producido por el discurso del odio) que del mismo modo (BENNETT, 2016, p. 502) plantea la dificultad que existe para establecer un vínculo causal directo entre el discurso del odio y el estado emocional de un grupo étnico.

<sup>127</sup> Vid. FISS, 1996, p. 22; WALDRON, 2012, pp. 5, 39, 56 y ss., 87 y s.; ALCÁCER, 2016, pp. 14 y s.; 19, 41 y ss. En esta línea ya se situaba STC 214/1991 de 11 de noviembre («El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana (...)»), f.d. 8) y, paradójicamente, la STC 13/2001 de 29 de enero (f.d. 7, Caso Rosalind Williams).

<sup>128</sup> Vid. al respecto WALDRON, 2012, pp. 87 y s.; TURIENZO, 2015, pp. 13.

<sup>129</sup> Vid. WALDRON, 2012, pp. 5, 85 y ss.; CUEVA FERNÁNDEZ, 2012a, pp. 449.

<sup>130</sup> Vid. FISS, 1996, p. 22; WALDRON, 2012, pp. 5, 56 y ss., 88; CUEVA FERNÁNDEZ, 2012a, pp. 450; SALINERO, 2013, p. 293; ALCÁCER, 2016, p. 19.

<sup>131</sup> WALDRON, 2012, pp. 101. Crítico por la vaguedad del criterio BAKER/ZHAO, 2013, pp. 634 y s. Por otro lado, este criterio puede conducir a una necesidad ilimitada de regulación. En concreto «Si la «promoción de igualdad» es el objetivo de la regulación del discurso del odio, entonces debe utilizarse la permanente existencia de desigualdad para demostrar la perpetua necesidad de la regulación del discurso del odio», BENNETT, 2016, p. 483.

<sup>132</sup> Vid. BAKER/ZHAO, 2013, p. 647. En la situación actual se observa que, pese a las declaraciones de estas minorías, por medio de otros mecanismos legales se ha incrementado la participación de ciertos colectivos en la vida social (mujeres, minoría étnicas, ect.) vid. BAKER/ZHAO, 2013, pp. 649 y s.; BENNETT, 2016, pp. 474, 489 y ss.: «a causa de la hegemonía liberal en la doctrina, el debate sobre el discurso del odio sufre una fijación en los defectos de la «sociedad blanca» y una ceguera hacia el progreso de las mujeres y minorías», (BENNETT 2016, p. 474).

<sup>133</sup> Vid. BAKER/ZHAO, 2013, p. 652.

<sup>134</sup> Especialmente dentro de una sociedad llena de ejemplos de tratamiento desigual BAKER/ZHAO, 2013, pp. 634 y s.

Es mucho más fácil afirmar una correlación causal si nos centramos en que estos comportamientos y la visibilidad de los mismos son instrumentos que pueden favorecer a la creación de dichos climas, son un factor de riesgo (contribuyen a la institucionalización de una representación discriminatoria de la realidad y a consolidar una sensación de ruptura de la convivencia pacífica de la comunidad)<sup>135</sup>.

(ii) La indeterminación se incrementa cuando se subjetiviza el resultado en ambos casos<sup>136</sup>. No se valora si para el observador objetivo la acción posee capacidad para producir o favorecer rechazo social o futuros delitos sino si la tiene para generar una sensación de rechazo o de preocupación por la seguridad<sup>137</sup>. Al fin y al cabo, el objeto es la tranquilidad en el disfrute de los bienes por parte del colectivo afectado y/o de la sociedad en general y la sensación de rechazo ya lo lesiona.

Según *Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio*<sup>138</sup> la percepción de la víctima es un indicador de polarización: «siguiendo las recomendaciones de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (ECRI), la sola percepción o sentimiento, por parte de la víctima, de que el motivo del delito sufrido pueda ser racista, xenófobo o discriminatorio debe obligar a las autoridades a llevar una investigación eficaz y completa para confirmar o descartar dicha naturaleza. Esa percepción subjetiva de la víctima, no significa que finalmente el hecho deba calificarse de racista, xenófobo o discriminatorio, pero obliga a la policía judicial o a los fiscales o a los jueces de instrucción a su investigación. En este sentido, se expresa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencias de fechas de 4 de marzo de 2008, de 31 de marzo de 2010 y de 4 de marzo de 2011».

(iii) La conversión del favorecimiento de climas subjetivos de hostilidad e inseguridad en el núcleo del injusto en los delitos de odio porque el sentimiento de rechazo o de inseguridad lesionan el tranquilo disfrute de los derechos y libertades permite, de nuevo, la creación de un tipo omnicompreensivo que sanciona todas las formas de autoría y participación (y sus respectivas formas de tentativa y participación en una sucesión sin límite)<sup>139</sup>. Y, a diferencia de lo que sucede en el odio como amenaza, todas son autorías consumadas de esa tranquilidad.

La incitación al odio, como ya he indicado figura de referencia en los delitos del odio sin delito base, también deja de ser por esta vía una incitación en un sentido

<sup>135</sup> Crítica HÖRNLE, 2012, p. 3417: si favorece, como un efecto secundario, la intolerancia, la conducta no debe ser punible, solo la dirigida a incitar a la intolerancia es capaz de perturbar la paz pública.

<sup>136</sup> Crítico por la vaguedad e imprecisión que incorpora FISCHER, 1988, p. 162.

<sup>137</sup> Destaca ambos aspectos, objetivo y subjetivo, en la valoración de una agresión contra la paz pública, FISCHER, 1988, p. 160. Vid. también GERCKE, 2015, marg. 130/2: «Se requiere que el hecho muestre una concreta idoneidad para alterar la paz pública. Ello acontece cuando un observador objetivo a causa de la clase y del contenido de la expresión y teniendo en cuenta las circunstancias especialmente relevantes del caso concreto justifica la preocupación de que habrá una alteración de la paz».

<sup>138</sup> SECRETARIA ESTADO SEGURIDAD, 2015, p. 72.

<sup>139</sup> Vid. críticamente PORTILLA, 2015, pp. 721.

penal estricto. No es una forma de provocación al delito como sucede con la incitación a la violencia o a la discriminación<sup>140</sup>. Incitación en este contexto equivale a favorecimiento o promoción de un clima de hostilidad e inseguridad<sup>141</sup>. Y así, aunque puede incorporar formas de incitación pública directa a la comisión de delitos contra esos colectivos, integra otros comportamientos que no son necesariamente una incitación directa (p.ej. a través de la apología, la trivialización o el negacionismo) o una incitación (insultos<sup>142</sup>) o que ni siquiera son conductas delictivas (críticas, expresiones de mal gusto, sátiras y ridiculizaciones, puesta en cuestión de valores<sup>143</sup>), pero todas pueden ser idóneas en el contexto en que se realizan para favorecer la creación de estos climas intranquilizadores<sup>144</sup>.

También favorecen su creación los comportamientos que facilitan cualquier tipo de favorecimiento y, además, como formas de consumación. No resulta extraño, por tanto, la sanción, con el mismo marco punitivo de los actos de promoción o incitación, la producción, elaboración, posesión (para distribuir), difusión o reparto, de materiales idóneos para promover, fomentar o incitar directa o indirectamente al odio<sup>145</sup>.

Igualmente sería una forma de favorecimiento, que debería ser sancionado con el mismo marco punitivo, el enaltecimiento de los delitos de odio y de los sujetos que lo cometen<sup>146</sup>.

Finalmente sería una forma de favorecimiento los actos que facilitan o fomentan el enaltecimiento de los delitos de odio y de los sujetos que lo cometen<sup>147</sup>.

<sup>140</sup> Por ejemplo, respecto al art. 510 CP se afirma que se trata de un delito *sui generis* que deja de ser una provocación. Se convierte en un delito de lesión, vid. GÓMEZ MARTÍN *et al.*, 2015, pp. 215.

<sup>141</sup> GÓMEZ MARTÍN *et al.*, 2015, pp. 212, señalan respecto al art. 510 CP que «el objeto de la prohibición penal no es (...) una personalidad peligrosa o una actitud interna inmoral, sino **la realización de una conducta: fomentar en terceros algunas de las actitudes internas de discriminación, odio o violencia hacia las minorías a las que se refiere el precepto**» (negrita original).

STEDH Féret contra Bélgica 2009\82 de 16 de julio, también lo expone: «El Tribunal estima que la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación, como en el caso de autos, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos» (73). No obstante, de nuevo debo recordar que en la sanción por injurias por motivos discriminatorios, aunque es un delito de odio, la creación de un clima que limita la tranquilidad en el disfrute de los derechos no actúa como fundamento del delito base, ya punible, sino que da contenido a la agravación.

<sup>142</sup> Que podrían ser sancionadas como injurias y como agresión contra la paz pública en concurso de delitos o mediante un tipo agravado que recoja ambos desvalores. Prevé esta última solución art. 510.2.a CP.

<sup>143</sup> Que no tienen objetivamente un carácter vejatorio suficiente para ser castigados como un atentado contra el honor.

<sup>144</sup> Vid. art. 510.1.b CP.

<sup>145</sup> Vid. art. 510.1.b CP.

<sup>146</sup> Vid. art. 510.2.b CP.

<sup>147</sup> Como consecuencia de la aplicación de la teoría de la participación en tipos formales o por la previsión expresa en el tipo, vid. art. 510.2.b CP (la referencia a «quienes hayan participado en su ejecución» se refiere a todo interviniente en la conducta delictiva, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, 2014, p. 186).

El CP actual, tras la reforma del 2015, ha recogido de manera expresa todas estas posibilidades en el art. 510 CP y, efectivamente, con el mismo marco penal.

Por estos motivos los tipos que se concentran en la sanción de comportamientos que favorecen o incitan al odio como creación de estos climas, son amplísimos. El recurso a la paz pública, en cualquiera de sus acepciones, no actúa como auténtica limitación del tipo de odio sino más bien como lo contrario, como fórmula de expansión de su ámbito de significado<sup>148</sup>.

#### 4.1.3. La búsqueda de límites

La preocupación por la extensión del ámbito de punición que permite el delito de odio como favorecimiento de climas predelictivos, de hostilidad y/o inseguridad, ha obligado a buscar criterios restrictivos que poder introducir en la construcción de su injusto como amenaza o lesión.

##### (i) La interpretación de la incitación al odio como provocación

La reducción de los delitos de odio sin un delito base a la incitación al odio entendida como inducción pública a la comisión de delitos contra la libertad, la igualdad, la integridad personal, la integridad moral es la limitación más utilizada. Ya he comentado con anterioridad que era una traba *ad hoc*, ya que la estructura del injusto creada por la definición de la lesión como favorecimiento de un clima predelictivo, de hostilidad o inseguridad permiten extender el ámbito punitivo de los delitos de odio.

**Tabla 1. Resumen de la estructura del injusto de climas asociados con el odio**

CLIMA	INJUSTO	INCITACIÓN PÚBLICA AL DELITO
Climas predelictivos	Estructura del injusto alcanza cualquier forma de favorecimiento del clima	<p>Incitación a comisión de delitos discriminatorios y violentos es una puesta en peligro porque es una forma favorecimiento de este clima</p> <p>El favorecimiento de esta incitación también favorece este clima</p> <p>Hay otras formas de favorecimiento distintas de la incitación</p> <p>Delitos de peligro abstracto – preparación/participación</p>
Climas de hostilidad / inseguridad	Estructura del injusto alcanza cualquier forma de favorecimiento de estos climas	<p>Incitación a comisión de delitos discriminatorios y violentos es una puesta en peligro porque es una forma favorecimiento de una sensación de rechazo o de inseguridad</p> <p>El favorecimiento de esta incitación también favorece esta sensación de rechazo o inseguridad</p> <p>Hay otras formas de favorecimiento de estos estos emotivos</p>

<sup>148</sup> Crítico FISCHER, 1988, p. 160, 162.

		Todas se consideran conductas consumadas
--	--	--

Fuente: realización propia

En consecuencia, la expansión a formas de favorecimiento de la incitación pública y a otras formas de incitación pública (apología) estaba abierta con la redacción anterior, al final dependía de lo que se entendiera por incitación al odio. Lo que actuaba como barrera era su identificación con una incitación, en un sentido estricto, a la comisión de actividades delictivas concretas, es decir, la decisión político criminal de que era la única conducta capaz de favorecer un clima predelictivo, de hostilidad o de inseguridad, penalmente relevante. Esta línea político criminal ha sido abandonada en la reforma del 2015. El art. 510 CP no se reduce a supuestos de incitación pública similares a la provocación<sup>149</sup>, se ha redactado de manera que describe expresamente el fomento, la promoción, las incitaciones indirectas, etc. como conductas típicas. De este modo no son posibles las interpretaciones restrictivas reducidas a la incitación<sup>150</sup>. Así se consigue superar las dificultades de aplicación que la exégesis restrictiva de estos delitos generaba y que dejaban en una presunta situación de indefensión a colectivos vulnerables<sup>151</sup>. Pero ahora conductas que anteriormente se consideraban impunes podrían ser sancionadas<sup>152</sup>. Y todo a costa de un importante retroceso en el ejercicio de derechos constitucionales<sup>153</sup>.

## (ii) La libertad de expresión

La restricción de las conductas incluibles en los delitos de odio tampoco se puede realizar mediante la libertad de expresión. El conflicto con esta libertad se resuelve mediante una ponderación tasada, fijada por el legislador en sede de tipicidad: una declaración queda excluida del ámbito de la libertad de expresión en cuando se etiqueta como discurso del odio, lo que se produce en cuanto se decida que tiene un contenido aversivo y representa una forma de favorecimiento de un clima predelictivo, de hostilidad o inseguridad. Ello se produce de forma automática cuando coincida con las conductas, dentro de las posibles formas de favoreci-

<sup>149</sup> Vid. CUESTA ARNAU, 2015, pp. 717.

<sup>150</sup> Mantiene expresamente que esta es la intención perseguida por la reforma del art. 510 CP por la LO 1/2015, GÜERRI, 2015, p. 23. Crítica con la reforma del art. 510 CP ALASTUEY, 2016, pp. 16 y ss.: hay una mención expresa a las incitaciones indirectas, a la promoción o fomento para evitar las interpretaciones restrictivas del tipo que impedirían su aplicación.

<sup>151</sup> Vid. REY MARTÍNEZ, 2015, pp. 60 y ss.

<sup>152</sup> Vid. RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, 2014, pp. 165 y ss., autor que expone como algunos casos muy conocidos (Librería Europa, Librería Kalki, videojuego Alicia Croft, folletos García Albiol, homilía Obispo Alcalá de Henares, video Agrupación Social Independiente) serían sancionados por la vía del art. 510 CP actual.

<sup>153</sup> Críticamente porque la nueva regulación, al acabar con las interpretaciones restrictivas vulnera «la libertad de expresión, ideológica y de creencias», PORTILLA, 2015, p. 727. Igualmente crítica ALASTUEY, 2016, p. 23: «(...) ahora existen, más que nunca, sólidas razones para dudar de la constitucionalidad del precepto».

miento, señaladas en el tipo. Al final las miradas se dirigen al legislador y a la cuestión de inconstitucionalidad<sup>154</sup>.

### (iii) Creación de diversos climas conexos

La distinción entre diferentes climas (clima predelictivo, de hostilidad, de inseguridad)<sup>155</sup> se utiliza para poder escalonar la respuesta penal frente a las conductas que favorecen el odio. En concreto, ello se lleva a cabo mediante la previsión de la lesión de la paz pública, como clima de inseguridad, como desvalor adicional que actúa como requisito para aplicar los tipos básicos o los agravados. Por ejemplo, la afectación de la paz pública es necesaria en España para imponer el tipo agravado del art. 510.4 CP y en Alemania para aplicar los tipos básicos §§ 130.1 y 3 StGB<sup>156</sup>.

No obstante, esta distinción supone un doble juicio (comprobar que la conducta crea un clima predelictivo o de hostilidad y que produce un clima de inseguridad) que requiere asumir que se pueden separar todos los climas entre sí. Es posible distinguir en un plano teórico, pero resulta muy complicado afirmar que el favorecimiento de un clima de hostilidad, especialmente cuando hay un contexto de reiteración y comunicación pública (y siempre hay), no genera automáticamente inseguridad. Así mismo, el clima de inseguridad se puede plantear en un sentido objetivo y subjetivo, esto es, como riesgo de ruptura de la convivencia pacífica y como sensación de inseguridad, respectivamente. Si aceptamos que el primero equivale a clima predelictivo, ello quiere decir que el modelo de amenaza solo puede añadir esta exigencia a su injusto si demanda que haya una intranquilidad y si, además, se puede diferenciar entre ambos sentidos.

### (iv) Reiteración y crisis social

Se afirma, por ejemplo, que una declaración que de forma aislada puede ser inocua, podría tener consecuencias lesivas por su repetición o reiteración («peligro acumulativo»)<sup>157</sup>, únicamente en estos casos debe ser sancionada. Este criterio tampoco sirve: en la sociedad siempre hay mensajes discriminatorios (no existe un

<sup>154</sup> Crítica en el mismo sentido CUERDA ARNAU, 2007, p. 13: «(...) una correcta técnica legislativa, habrá dejado ya fuera del tipo conductas que representan como regla general el ejercicio del derecho fundamental [de libertad de expresión]. De hecho, si así no fuera, habría que plantear una cuestión de inconstitucionalidad (...)».

<sup>155</sup> El art. 2 de la Decisión Marco 2008/913/JAI indica que los «(...) Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo *de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público* o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes» (cursiva añadida).

<sup>156</sup> Planteaban esta conexión de *lege ferenda* antes de la reforma del 2015, GÓMEZ MARTÍN, 2012, pp. 116 y s.; ALCÁCER, 2012, pp. 19 y s.

<sup>157</sup> Vid. WALDRON, 2012, pp. 94, 97; CUEVA FERNÁNDEZ, 2012a, p. 452. Crítico ALCÁCER, 2016, p. 48 y s.: un ataque aislado contra el honor del colectivo que trasciende a sus miembros tiene una gravedad inferior a las injurias y calumnias producidas directamente a un sujeto concreto. Solo hay un daño equivalente si hay una reiteración y difusión del mensaje; pero incluso en ese caso «resulta desproporcionado regular por vía penal la difamación colectiva, dada (...) la escasa lesividad que cada conducta aislada presentará para la dignidad o reputación personal (...) dada la restricción del derecho a la libre expresión que conlleva la represión por vía penal, con su carga aflictiva y estigmatizante a comportamientos que se sitúan en la órbita de ejercicio del derecho fundamental».

nivel cero) y el avance tecnológico, que está al alcance de la mayoría de la población, permite la difusión ilimitada e inmediata (con plena visibilidad) de los mensajes. De manera que siempre existe un riesgo de reiteración y sumación.

Hay autores que mantienen que el colectivo afectado debe encontrarse en una «situación crítica»<sup>158</sup> o de «crisis»<sup>159</sup>, la existencia de una puesta en peligro concreta del colectivo<sup>160</sup> o que debe haber tensiones sociales graves respecto al aspecto discriminatorio tratado por la manifestación de odio<sup>161</sup>. Sin embargo, siempre hay un contexto de crisis social o del colectivo. El conflicto ideológico permanente propio de las sociedades multiculturales y democráticas, la definición del grupo como colectivo sensible o vulnerable, la presencia de conductas violentas y/o discriminatorias contra este colectivo, la existencia de un clima de inseguridad colectiva<sup>162</sup> serían fundamentos suficientes para defender que la conducta que manifiesta un ánimo aversivo acontece en un estado de crisis y que siempre que hay una situación de crisis hay una puesta en peligro concreta del colectivo<sup>163</sup>.

Se podría, incluso, sostener que la situación de crisis social actúa en una dirección contraria a la deseada, esto es, permite la sanción de cualquier comportamiento aversivo discriminatorio insignificante.

Por otro lado, en un contexto de crisis grave, como el que actualmente ha generado el conflicto con Cataluña, no parece que las declaraciones radicales de cada posicionamiento deban ser contenidas mediante el art. 510 CP<sup>164</sup> por dos motivos: los que actúan no son sujetos motivables por la amenaza penal, la actuación penal puede agravar la situación.

En suma, si se aceptan la reiteración y la crisis (y la interdependencia entre ellos) como constantes, cualquier conducta que contiene una aversión discriminatoria

<sup>158</sup> Vid. DOPICO, 2004, pp. 169 y s.

<sup>159</sup> LANDA GOROSTIZA, 2012, p. 341. En un nivel superior, es decir, no para determinar la lesividad de la conducta sino respecto a la necesidad de acudir a mecanismos penales ALCÁCER (2012, p. 30) habla del contexto de crisis: solo en sociedades en crisis, inestables, en las que minorías no pueden hacer frente al discurso del odio mediante el ejercicio de su libertad de expresión sería adecuado acudir al mecanismo penales de represión del discurso.

<sup>160</sup> Vid. LANDA GOROSTIZA, 1999, p. 708 que requiere idoneidad para «desencadenar situaciones de enfrentamiento colectivo»; ALCÁCER, 2012, pp. 17 y s. que demanda la inmediata puesta en peligro del colectivo afectado.

<sup>161</sup> Vid. ECRI, 2016: Memorándum, punto 16.

<sup>162</sup> Según LANDA GOROSTIZA (2012, p. 341) «(...) la crisis no es una crisis general del Estado que habilita los estados de excepción, alarma o sitio. No es solo ni necesariamente una tal macrocrisis. La referencia puede ser de igual forma (...) a una microcrisis que convierte un determinado discurso «indirecto» en una eficaz llamada al odio, a la violencia o la discriminación contra un grupo. Esa eficacia podríamos traducirla en que el resultado es que el colectivo vulnerable «se puede intersubjetivamente tomar en serio» que en su ambiente —su «clima» cotidiano de vida— puede verse interferido por la actuación violenta, amenazante, intimidatoria, discriminatoria del colectivo que evoca el agitador».

<sup>163</sup> Otro planteamiento impediría la aplicación de estos delitos: si hay que esperar a que haya un riesgo cierto de genocidio nunca se podrá imponer el art. 510 CP.

<sup>164</sup> [https://www.elconfidencial.com/espana/2017-10-06/la-policia-investiga-coacciones-y-delitos-de-odio-en-internet-por-la-crisis-de-cataluna\\_1456623/](https://www.elconfidencial.com/espana/2017-10-06/la-policia-investiga-coacciones-y-delitos-de-odio-en-internet-por-la-crisis-de-cataluna_1456623/)

tiene lugar en el contexto adecuado para generar un clima predelictivo, de hostilidad o de inseguridad.

Más operativos como requisitos objetivos son la visibilidad de la conducta aver-siva, la reiteración *por parte del mismo sujeto activo* y la exigencia de que el sujeto pasivo sea alguno de los colectivos protegidos o sus miembros. En el primer caso, porque únicamente podrá ser un factor de riesgo y/o producir un efecto emotivo si alcanza al auditorio<sup>165</sup>. En el segundo, la reiteración no afecta a su gravedad (como ya he dicho, en una situación de fragilidad del colectivo o de la sociedad la conducta aislada contiene esa capacidad), es una prueba de su motivación discriminatoria o una condición objetiva de punibilidad<sup>166</sup>. En el tercero, porque excluye los casos en los que conducta que manifiesta la aversión discriminatoria no recae sobre un miembro del colectivo (aunque, como expliqué, esta limitación no siempre es deseada). Con todo, su capacidad como filtros de la tipicidad es muy limitada ya que se refiere a aspectos fácilmente concurrentes.

#### (v) Requisitos subjetivos

Tampoco el aspecto subjetivo nos sirve. Se puede plantear como una opción posible/probable que, por ejemplo, un comentario (aunque sea objetivo o en tono cómico) o un análisis objetivo del problema del odio e incluso la reproducción o publicación de los mensajes de odio, aunque no haya adhesión con ellos, fomenten cualquiera de estos climas de modo que sería punibles<sup>167</sup>. Como alternativa, se puede exigir un ánimo de producción de un resultado lesivo, pero también puede estimarse presente cuando exista una probabilidad conocida de lesión, siempre representable por el estado de crisis permanente de las sociedades modernas.

La ECRI<sup>168</sup> lo expone con claridad respecto a los climas predelictivos: «(...) el elemento de incitación significa que o bien existe una intención clara de cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, o bien existe un

<sup>165</sup> En este sentido SSTS 259/2011 de 12 de abril (f.d. 1.8); STS 372/2011 de 10 de mayo 2011 (f.d. 4).

<sup>166</sup> Exige ambos requisitos, pero con otra fundamentación ECRI (2016, Memorándum, punto 20): el discurso del odio no se limita a las expresiones en público, ahora bien, este hecho, puede ser un factor esencial para determinar su capacidad para incitar a realizar conductas violentas, discriminatorias, etc. «Además la existencia de un contexto público es un requisito esencial cuando se recomienda que se impongan sanciones penales en supuestos de discurso de odio porque el hecho de que se realicen en ámbito público afecta al grado del alcance de la intromisión en el derecho de libertad de expresión».

ECRI (2016, Memorándum, punto 16): el riesgo de producción de actos lesivos como consecuencia del discurso del odio depende de las circunstancias del discurso, por ejemplo, «del contexto de los comentarios específicos (*si son un hecho aislado o reiterado*, o si se puede considerar que se equilibra con otras expresiones pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante el debate)» (cursiva añadida).

<sup>167</sup> Vid. críticamente respecto a la nueva redacción del art. 510 CP PORTILLA, 2015, pp. 742 y ss. Posiblemente la percepción de la amplitud objetiva y subjetiva del discurso del odio y las consecuencias que ello tiene sobre la libertad de expresión ha llevado a la ECRI (2016: Memorándum, puntos 13) a remarcar, inútilmente en función de lo que acabo de indicar, que «la Recomendación excluye de forma explícita de la definición de discurso de odio, cualquier forma de expresión, tales como la **sátira o informes o análisis realizados de forma objetiva**, que simplemente ofenden, dañan o molestan» (negrita original).

<sup>168</sup> ECRI, 2016, Memorándum, puntos 14 y 17.

riesgo inminente de que tales hechos ocurran como consecuencia de haber utilizado el discurso de odio (...) existe uso de discurso de odio también cuando cabe esperar, razonablemente, que como efecto del uso de ese discurso en particular se cometan esos actos delictivos».

#### 4.2. *Odio y los sentimientos morales mayoritarios*

La restricción del extenso ámbito de la tipicidad recién descrito sí que se puede efectuar mediante la adecuación social<sup>169</sup>. A pesar de la potencialidad de la conducta para favorecer la creación de un clima de hostilidad o inseguridad no será penalmente relevante porque es socialmente adecuada ya que no genera rechazo social (es habitual, se considera un riesgo asumible en el discurso político, etc.) Esta última precisión nos lleva a un último nivel de reflexión. Si solo se deben sancionar aquellas formas de favorecimiento de un clima de hostilidad o inseguridad que generen rechazo social mayoritario es lógico plantear que en realidad el objeto de tutela es la moral social. Esto supone una nueva concepción de la paz pública. El odio como amenaza aludía a su sentido objetivo por la puesta en peligro de la seguridad de los colectivos ante el riesgo de agresión de ciertos bienes jurídicos y como lesión al subjetivo por la creación de un clima de hostilidad o inseguridad según la percepción del colectivo o la comunidad. Ahora se da un último paso y se vincula con la conciencia moral mayoritaria de la sociedad<sup>170</sup>. Esta concepción de la paz pública como protección de la moral social mayoritaria presenta igualmente un doble sentido, objetivo y subjetivo<sup>171</sup>:

(a) Se tutelan las convenciones sociales con independencia del efecto que haya tenido la conducta en la sensibilidad social (por tanto, son conductas per se inmorales). Ello permite la sanción directa del cuestionamiento de los símbolos, creencias y valores en que se sustenta la organización moral de la sociedad<sup>172</sup>. Para evitar mencionar la moral se suele aseverar que la infracción de la convención se enlaza con la afectación de los valores de igualdad y pluralismo en los que se apoya la estabilidad democrática: son una grave falta de consideración y de respeto al modelo de convivencia plural constitucional.

<sup>169</sup> Plantea una relación entre paz pública y adecuación social RACKOW, 2010, p. 372, n. 55.

<sup>170</sup> El art. 10.2 del Convenio de Europeo de Derechos Humanos establece que el ejercicio de las libertades de expresión y opinión «(...) podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para (...) la protección de la salud o de la moral (...)».

<sup>171</sup> En contra de la identificación de la paz pública con la protección del «sentimiento de piedad de la mayoría», OSTENDORF, 2013, marg. 130/4.

<sup>172</sup> Vid. críticamente ALCÁCER, 2016, p. 44: no se debe equipar el ataque a la creencia con el ataque a la dignidad de la persona, «(...) esta interesada confusión es el aspecto más pernicioso de las «políticas de la identidad», al aspirar a transmutar en derechos – derivados de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad – pretensiones de respeto a símbolos, creencias y valores particulares; a instaurar un «derecho» a no ser ofendido y a que sean suprimidas coactivamente las opiniones ofensivas sobre los referentes identitarios».

Lawrence defiende que los delitos de odio crean preocupación sobre la persistencia de valores esenciales: «la igualdad y la armonía racial y religiosa en una sociedad multicultural»<sup>173</sup>. Lorenzo<sup>174</sup> sostiene que los tipos vinculados con la discriminación poseen un componente colectivo: lesionan o al menos ponen en peligro «el modelo de convivencia plural y multicultural del que parte nuestra Constitución»<sup>175</sup>. Gómez Martín *et al.* afirman que «(...) están directamente dirigidos a socavar el modelo de convivencia plural y diversa en el que se cimenta nuestro Estado social y democrático de derecho y los valores que lo inspiran»<sup>176</sup>.

A ello se puede responder que lo que precisamente caracteriza a la democracia como espacio de juego político y como sistema que respeta la autonomía de los ciudadanos es que admite dar visibilidad a planteamientos e ideologías intolerantes<sup>177</sup>.

(b) Se protege la sensibilidad social (percepción de falta de respeto), agraviada por manifestaciones que por su contenido (contrario a la moral dominante o al modelo de convivencia plural constitucional) generan o pueden generar desagrado y malestar, pero que todavía no representan, per se, una lesión de los intereses concretos de los ciudadanos.

En ambos casos, la conducta no tiene efectos lesivos sobre otros sujetos. Sin embargo, se decide que la simple manifestación aversiva es socialmente insoportable: se debe sancionar porque la comunidad desaprueba, rechaza ese comportamiento. El delito del odio se convierte en una forma de protección del acervo cultural común, de la buena educación y el buen gusto<sup>178</sup>, en una forma moderna de la blasfemia<sup>179</sup> cuya sanción explicita que la sociedad «odia» al que se ha manifestado de ese modo<sup>180</sup>, que es visto como un enemigo<sup>181</sup>.

¿Qué comportamientos lesionan los sentimientos morales mayoritarios? Es muy difícil establecer una distinción entre manifestaciones permitidas y ofensivas, y dentro de estas entre graves y leves para sancionar penalmente solo a las primeras<sup>182</sup>. Hay varios motivos que lo explican.

(i) La determinación de cuándo hay una conducta que ofende las convenciones sociales o lesiona la sensibilidad social depende del rechazo social, es decir, de la

<sup>173</sup> LAWRENCE, 2006, p. 3; en el mismo sentido IGANSKI, 2008, p. 94.

<sup>174</sup> LAURENZO, 1996, pp. 239 y ss.

<sup>175</sup> LAURENZO, 1996, p. 241.

<sup>176</sup> GÓMEZ MARTÍN *et al.*, 2015, pp. 17.

<sup>177</sup> Vid. punto 5.

<sup>178</sup> Vid. críticamente BAKER/ZHAO, 2013, p. 630.

<sup>179</sup> Así POST, 2009, pp. 129 y s.: la represión del discurso del odio sigue la lógica de la blasfemia, la ofensa de lo sagrado, de los sentimientos y creencias religiosas de la mayoría de las personas.

<sup>180</sup> Se trataría, por tanto, de una forma de *heinous crimes*, mucho más amplios que los delitos de odio, en los que «el odio no lo siente el delincuente como elemento inspirador de su conducta, sino la comunidad al considerar *odioso* que se cometan ciertos crímenes», DÍAZ LÓPEZ, 2013, p. 69 (cursiva original).

<sup>181</sup> Vid. DÍAZ LÓPEZ, 2013, p. 69.

<sup>182</sup> Dificultad que recuerda a la que ya se enfrentaba la teoría de la impresión cuando intentaba precisar qué comportamientos conmocionan a la sociedad.

valoración negativa que tiene la comunidad mayoritaria de la manifestación realizada. El daño reside en una respuesta subjetiva y emotiva<sup>183</sup> de la comunidad (y de cada uno de los individuos que la forman) por la decencia, moderación, respeto, oportunidad, etc. de lo efectuado.

(ii) El daño del delito de odio como lesión de la moral es contextual<sup>184</sup>. La afirmación de que existe una ofensa y su gravedad depende del contexto variado y cambiante en el que se realiza: tipo de moral, estructura de la sociedad, sensibilidad de la comunidad mayoritaria.

(iii) La amplitud del objeto (percepción de falta de respeto de la moral mayoritaria) no plantea dificultades para establecer su concurrencia: permite estimar suficiente la simple infracción de una convención o afirmar que la conducta es capaz de producir esa respuesta emotiva. Ello es determinado por un evaluador (legislador o juez), condicionado además por su propia subjetividad, que decide si hay un consenso social unánime sobre la importancia de esa convención o que la acción será catalogada de indecente de manera unánime por la comunidad<sup>185</sup>.

(iv) Por consiguiente, si se protege el sentimiento moral mayoritario frente a conductas que no lesionan materialmente ciertos bienes pero que producen desagrado y son etiquetadas como irrespetuosas e indecentes en función de los límites indicados, la potencialidad para generar ese efecto está presente en cualquier manifestación. Se podrían incluir comunicaciones insignificantes: alegría del mal ajeno; expresiones de mal gusto<sup>186</sup>; ridiculizaciones; críticas (genéricas al colectivo, a las medidas de protección del colectivo/víctimas, de los valores democráticos). También se alcanzará toda forma de exageración o provocación al auditorio.

Quedarán excluidas las manifestaciones de odio que el evaluador aprecia que para la comunidad son cotidianas y/o inofensivas<sup>187</sup>. Ello no depende necesariamente de su contenido sino del efecto que desencadena en la comunidad que, aunque manifieste cierta sensibilidad por un colectivo, puede ver excesivo sancionar penalmente manifestaciones discriminatorias muy arraigadas. Es decir, no

<sup>183</sup> Vid. críticamente, en contra de la sanción penal de la ofensa de los sentimientos, WALDRON, 2012, pp. 106; MIRÓ, 2015, p. 56; ALCÁCER, 2016, p. 46.

<sup>184</sup> Vid. LAWRENCE, 2006, p. 4; LANDA GOROSTIZA, 2012, pp. 327 y s. Sobre la creciente relevancia del contexto (más que el contenido del discurso) en el TEDH para ponderar los límites de la libertad de expresión en relación con el discurso de odio (xenófobo y racista), vid. LANDA GOROSTIZA, 2012, pp. 327 y s.

<sup>185</sup> MIRÓ (2015, pp. 59 y s.) utiliza el consenso social unánime como criterio para permitir la punición excepcional de «conductas que no se dirigen ni afectan efectivamente a un particular pero que pueden resultar ofensivas al conllevar una grave falta de respeto a valores colectivos esenciales tales como la tolerancia, el respeto a los animales, a los símbolos del Estado a la memoria de los muertos, etc. Estas conductas están generalmente más cerca de constituir meros ilícitos morales criminalizados por ser contrarias a una determinada *mores* más o menos consensuada, que de constituir auténticas violaciones de derechos colectivos».

<sup>186</sup> Recoge estas dos primeras conductas en su taxonomía de la comunicación violenta y de odio, como formas de violencia moral (discurso que ofende o causa un daño moral colectivo mediante ofensas a la sensibilidad colectiva) MIRÓ, 2016, pp. 104 y ss., 107.

<sup>187</sup> «Este discurso se queda probablemente fuera del radar legal», BAKER, 2009, p. 149.

habrá respuesta (formal o informal) si no hay un previo rechazo social al comportamiento.

Así mismo, la fijación de lo indecente reproducirá las relaciones de poder presentes en la estructura social y cultural<sup>188</sup>, siendo más probable la sanción de las manifestaciones de grupos moralmente minoritarios y más improbable la de los mayoritarios. Los límites en un nivel de criminalización primaria y secundaria presentes en los delitos de odio transmiten el siguiente mensaje: hay motivos discriminatorios que no son desvalorados (socialmente aceptables); hay motivos discriminatorios que solo serán desvalorados excepcionalmente; hay grupos que no merecen ser protegidos por esta vía; hay grupos que son odiosos (y se merecen todo lo malo).

Cuando el odio se conecta con el sentimiento moral mayoritario podría incluso a llegar a desviarse del factor aversivo-discriminatorio y definirse odio como «discurso impopular»<sup>189</sup>. Por ejemplo, la consideración como discurso del odio la quema de fotos del rey<sup>190</sup> o el enaltecimiento del terrorismo<sup>191</sup>.

Esta interpretación del daño en los delitos de odio arroja dos cuestiones esenciales. Es la forma de construcción del injusto que contiene un mayor riesgo de aplicación ilimitada (a todas y a ninguna conducta) y selectiva (conforme a una regla indeterminada y cambiante).

## 5. ¿Otro ejemplo de política criminal ciega?

La tipificación de los delitos de odio se apoya en las siguientes premisas concatenadas, de carácter empírico (a y d), axiológico (b) o mixto (c):

- a) las manifestaciones de odio son comportamientos habituales, lesivos o peligrosos;
- b) ciertos colectivos requieren protección frente a estas manifestaciones hostiles;

<sup>188</sup> POST, 2009, p. 130.

<sup>189</sup> Tomo el término de BENNETT, 2016, p. 522.

<sup>190</sup> Vid. STC 177/2015 de 22 de julio: «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. Pero 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 compartan el ideario de los intolerantes (...) 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 solo 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 odio» (f.d. 4). Crítico al respecto ALCÁCER, 2016, p. 4.

<sup>191</sup> «(...) la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el artículo 578, supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades», STS 600/2017 de 25 de julio (f.d. 3).

c) la restricción de libertades (especialmente la de expresión) es un mecanismo preventivo adecuado porque evita el desarrollo de políticas discriminatorias, ayuda a desactivar discursos discriminatorios ya existentes, favorece el desarrollo en la sociedad de una conciencia de igualdad y respeto, e intimida a los potenciales agresores;

d) la limitación, por la gravedad de las conductas, debe realizarse a través de regulaciones de naturaleza penal, que se considera que serán eficaces y eficientes<sup>192</sup>.

(1) El punto de partida de la decisión criminalizadora se halla en la afirmación de la habitualidad y lesividad de los delitos de odio. Este es, sin duda, un aserto empírico, y como tal debe ser evaluada su corrección. El análisis de los datos puestos a disposición por los «Informes sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España» (2013-16) arroja algo más que dudas sobre la adecuación de esta afirmación.

**Tabla 2. Delitos de odio – Hechos conocidos registrados**

	2013	2014	2015	2016
<i>Antisemita</i>	3	24	9	7
<i>Aporofobia</i>	4	11	17	10
<i>Creencias o prácticas religiosas</i>	42	63	70	47
<i>Discapacidad</i>	290	199	226	262
<i>Orientación o identidad sexual</i>	452	513	169	230
<i>Racismo xenofobia</i>	381	475	505	416
<i>Ideología</i>	-	-	308	259
<i>Discriminación por sexo/género</i>	-	-	24	41
<b>Total</b>	<b>1172</b>	<b>1285</b>	<b>1328</b>	<b>1272</b>

Fuente: Informes sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España» (2013-16)

**Tabla 3. Delitos de odio – Hechos esclarecidos**

	2013	2014	2015	2016
<i>Antisemita</i>	-	11	5	2
<i>Aporofobia</i>	-	10	7	5
<i>Creencias o prácticas religiosas</i>	-	37	33	33
<i>Discapacidad</i>	-	140	168	200
<i>Orientación o identidad sexual</i>	-	397	113	166
<i>Racismo xenofobia</i>	-	248	223	254
<i>Ideología</i>	-	-	128	133
<i>Discriminación por sexo/género</i>	-	-	10	24
<b>Total</b>	-	843 (65,6%) <sup>193</sup>	687 (51,7%)	817 (64,2%)
<b>Detenciones/imputaciones</b>	-	-	464 (67,5%) <sup>194</sup>	541 (66,2%)

Fuente: Informes sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España» (2013-16)

<sup>192</sup> Vid. críticamente BAKER, 2009, pp. 147 y s.

<sup>193</sup> De los hechos conocidos.

<sup>194</sup> De los casos esclarecidos.

**Tabla 4. Delitos de odio - Por tipología delictiva**

	2013	2014	2015	2016
<i>Abuso sexual</i>	164	157	59	62
<i>Lesiones</i>	149	179	240	249
<i>Amenazas</i>	114	145	205	201
<i>Agresión sexual</i>	91	77	-	-
<i>Actos racistas, xenófobos e intolerantes en el deporte</i>	83	58	88	82
<i>Hurto</i>	67	-	-	-
<i>Agresión sexual con penetración</i>	64	74	-	-
<i>Vejeciones leves</i>	58	84	49	-
<i>Injurias</i>	-	-	113	49
<i>Exhibicionismo</i>	32	-	-	-
<i>Libertad de conciencia y sentimientos religiosos</i>	5	-	-	-
<i>Trato degradante</i>	-	-	40	64
<i>Otros contra la Constitución</i>	-	-	38	90
<i>Discriminación</i>	-	-	-	53
<i>Daños</i>	-	41	86	77
<i>Resto</i>	345	407	410	345

Fuente: Informes sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España» (2013-16)

De los datos anteriores puede colegirse lo siguiente:

(i) La incidencia de los delitos de odio en España es baja (en el año 2016<sup>195</sup> fue de 0,027‰ respecto a los hechos conocidos y de 0,011‰ para los detenidos judicialmente declarados investigados). Además, hay que destacar que las cifras responden a un concepto «extenso» de delito de odio que incluye tanto las infracciones penales como las administrativas<sup>196</sup> realizadas con una motivación discriminatoria<sup>197</sup>.

(ii) Hay una tendencia decreciente en el número de incidentes registrados. Los repuntes de 2014 y 2015 están vinculados, según el propio Ministerio, con un cambio en el sistema de contabilización, que ha introducido nuevos ámbitos<sup>198</sup> o ha integrado nuevos datos<sup>199</sup>. Ello puede implicar tanto una disminución «natural» del problema producto de la evolución social como una mayor eficacia de la intervención policial, que a su vez podría o no estar relacionada con la normativa penal.

<sup>195</sup> Población de España en 2016: 46,557 millones (fuente: INE).

<sup>196</sup> MI, 2014, p. 11; ÍDEM, 2015, p. 62; ÍDEM, 2016, p. 64.

<sup>197</sup> Los citados informes definen el delito de odio como infracción penal en la que hay una selección de la víctima por motivos discriminatorios (MI, 2016, p. 62). En el mismo sentido SECRETARIA ESTADO SEGURIDAD 2015, p. 60.

<sup>198</sup> «Por lo tanto, se aprecia un aumento de los datos recogidos del 3,3%. No obstante, este hecho no indica que se haya producido realmente un incremento de estos delitos, sino que se debe a otras razones. Entre ellas, es importante resaltar, la introducción de nuevos ámbitos delictivos en el Sistema Estadístico de Criminalidad (SEC), que permiten contabilizar casos que anteriormente no se registraban por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dentro de la categoría de los «delitos de odio», MI, 2015, p.48.

<sup>199</sup> En 2014 se contabilizan por primera vez los incidentes registrados por la Ertzaintza.

En el año 2016 se observa un incremento relevante de los hechos esclarecidos respecto al 2015 (64,8% y 58,7% respectivamente). No obstante, en el 2016 el porcentaje de casos resueltos con detenidos/judicialmente investigados fue ligeramente menor (66,2% y 67,5%). Sin embargo, si este dato lo ponemos en relación con el total de hechos registrados el porcentaje de detenidos/imputados es muy superior en el 2016 (42,5% frente al 34,93% del 2015).

Ahora bien, es muy llamativo que después de las campañas para concienciar a la población, la normativa administrativa y penal existente y la creación de una fiscalía especializada en delitos de odio no haya un incremento de los hechos registrados (por denuncias y por la investigación de oficio).

(iii) La mayoría de los delitos de odio están vinculados con lesiones de bienes jurídicos ya protegidos: lesiones, amenazas y abusos y agresiones sexuales son los principales.

Debe criticarse que los análisis del Ministerio del Interior no sean más precisos: no publican datos sobre todos los ítems, ni son los mismos cada año (lo que dificulta la comparación y seguimiento); no aparece información específica sobre las conductas más características del delito/discurso del odio (incitación al odio/violencia, apología del genocidio, delitos contra los sentimientos religiosos, etc.)

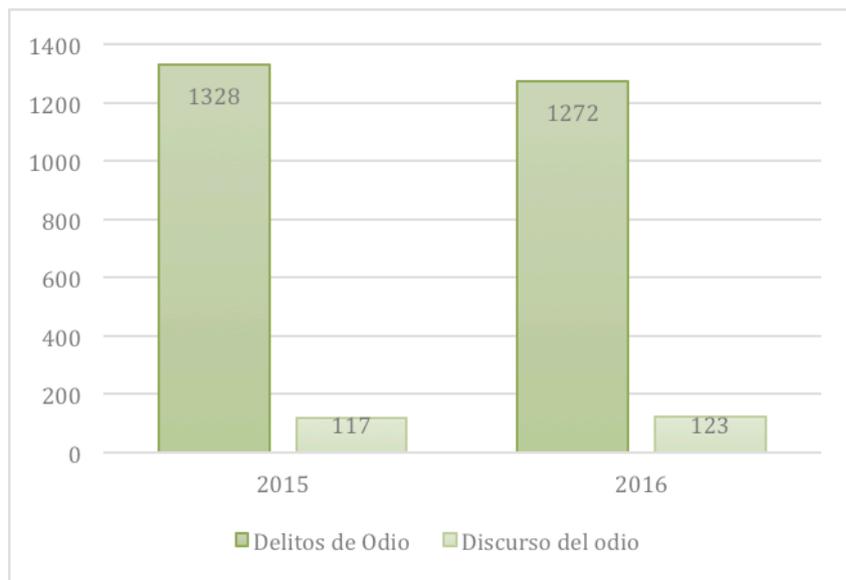
A partir del informe de 2015 se comenzó distinguir dentro del delito de odio aquellos hechos definibles como discurso del odio.

**Tabla 5. Hechos conocidos – delitos y discurso de odio**

	2015	2016
<i>Delito de odio</i>	1328	1272
<i>Discurso de odio</i>	117	123
	8,8 % <sup>200</sup>	9,6%

Fuente: Informes sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España» (2015-16)

<sup>200</sup> Del total de los delitos de odio.

**Figura 1. Hechos conocidos – delitos y discurso de odio**

Fuente: Informes sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España» (2015-16)

**Tabla 6. Discurso del odio – tipología delictiva hechos conocidos**

	2015	2016
<i>Injurias</i>	37	18
<i>Calumnias</i>		5
<i>Amenazas</i>	29	32
<i>Amenazas a grupo étnico cultural o religioso</i>	6	-
<i>Trato degradante</i>	5	-
<i>Resto</i>	34	-
<i>Discriminación (¿?)</i>	-	18
<i>Abuso sexual</i>	-	5
<i>Resto</i>	-	45

Fuente: Informes sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España» (2015-16)

Los datos revelan que el discurso del odio, que tanta preocupación provoca, representa un porcentaje muy reducido del total de los delitos de odio (8,8% en el 2015 y 9,6% en el 2016) y una tasa de incidencia ínfima (0,0026‰ en el 2016). Se señala que en el contexto europeo estas bajas cifras pueden estar motivadas por la ausencia de denuncias, la falta de registro de las denuncias o la no catalogación de las infracciones como discurso del odio<sup>201</sup>. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que precisamente las manifestaciones catalogables como discurso del odio, sobre todo si se requiere publicidad, quedan recogidas en medios de comunicación o en

<sup>201</sup> Así ECRI, 2015, Memorándum, punto 23.

redes sociales, y pueden ser investigados de oficio<sup>202</sup>. De este modo, de mantenerse la premisa fáctica de un elevado número de expresiones de odio, la explicación del sub-registro, habría que buscarla en los criterios usados para etiquetarlas como incidentes relevantes.

Por ejemplo: motivos discriminatorios y tipologías delictivas preferentes; centralidad de los valores afectados; grado de incorporación del valor afectado en el debate democrático<sup>203</sup>; participación del Estado en el discurso hostil contra el colectivo<sup>204</sup>; grado de normalidad o aceptación social de la conducta discriminatoria<sup>205</sup>; preocupación social; características del sujeto activo<sup>206</sup>; desempeño institucional del sujeto activo<sup>207</sup>; colectivo afectado; forma y contenido de la expresión, etc.<sup>208</sup>

Con todo, es sorprendente la petición de medidas reguladoras para hacer frente a un problema cuya magnitud se ignora, circunstancia que reconoce de forma expresa la *Recomendación de Política General n. 15* del Consejo de Europa, uno de los textos esenciales en la lucha contra el discurso del odio: «No se sabe cuál es el alcance del uso de discurso de odio, aunque parece, tal y como refleja la Recomendación, que se está convirtiendo en algo habitual. Este desconocimiento se atribuye a la *ausencia de datos completos y comparables* sobre las denuncias por uso de discurso de odio (...)»<sup>209</sup>.

(2) Esta situación fáctica, que, al menos en España, los datos oficiales no la presentan tan grave como habitualmente se señala, demanda una respuesta político-criminal. Sostengo que el recurso al delito de odio, especialmente cuando se concibe como amenaza/lesión en la forma de discurso del odio, es una decisión arriesgada por varios motivos.

- Posibilita una restricción de libertades y derechos basada en un sentimiento.

<sup>202</sup> En los citados informes se precisa que «por hechos conocidos se entiende el conjunto de infracciones penales y administrativas, que han sido conocidas por las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, *bien por medio de denuncia interpuesta o por actuación policial realizada motu proprio (labor preventiva o de investigación)*», MI, 2015, p. 63 (cursiva añadida).

<sup>203</sup> Por ejemplo, la discusión sobre si los homosexuales pueden adoptar hijos porque son una mala influencia y puede «contagiarles» su orientación sexual.

<sup>204</sup> Por ejemplo, se afirma que las campañas estatales en USA y UK han contribuido a la demonización de los musulmanes, vid. al respecto IGANSKI, 2008, p. 87.

<sup>205</sup> Por ejemplo, la realización de chistes u otras expresiones habituales machistas.

<sup>206</sup> Vid. LAWRENCE, 2006, p. 7.

<sup>207</sup> Los políticos tienen un deber especial de cautela, STEDH Féret contra Bélgica 2009\82 de 16 de julio (75): «La calidad de parlamentario del demandante no puede considerarse una circunstancia atenuante de su responsabilidad. A este respecto, el Tribunal recuerda que es de crucial importancia que los políticos, en sus discursos públicos, eviten difundir palabras susceptibles de fomentar la intolerancia»; ECRI, 2016, Memorandum, punto 16; crítico ALCÁCER, 2012, pp. 10 y s.

<sup>208</sup> Un listado de criterios en CERD, 2013 (*Recomendación general n. 35 del Comité de Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación racial*).

<sup>209</sup> ECRI, 2016, Memorandum, punto 23 (negrita original).

- Permite crear una legislación penal suprainclusiva (incluye más supuestos de los deseados).
- Abre la puerta a la represión (selectiva) de la divergencia ideológica.
- No hay certeza sobre su eficacia para evitar/reducir los «incidentes» discriminatorios.
- Desvía la atención de otras medidas preventivas que no tienen naturaleza penal.

(a) En los capítulos anteriores he expuesto cómo a partir de una inicial represión penal del odio, identificado con la motivación discriminatoria, mediante agravantes se han ampliado las conductas sancionables como delitos de odio con construcciones que, apoyadas en una concepción del odio como amenaza o lesión, permiten la sanción de cualquier comportamiento. Especialmente el recurso a criterios psicosociales que atienden a la repercusión social que la conducta concreta haya tenido fomenta la arbitrariedad y la inseguridad jurídica. Nadie sabe a priori con certeza si su declaración será sancionable.

(b) Esta expansión del delito de odio puede tener tres consecuencias indeseadas:

(i) Puede causar un doble efecto de desaliento: en primer lugar, del uso de mecanismos informales de reacción social, que pueden quedar debilitados o incluso sustituidos por la respuesta penal<sup>210</sup>; en segundo lugar, del ejercicio de la libertad de expresión (*chilling effect*) ante el miedo a una posible sanción penal desproporcionada por cualquier manifestación<sup>211</sup>.

(ii) Las versiones amplias del odio, que permiten activar la respuesta penal ante conductas insignificantes que favorecen climas de inseguridad o atentan contra la moral mayoritaria, no garantizan que se proteja a los colectivos vulnerables. Pueden de hecho aumentar el riesgo de que sean criminalizados ya que también participen de una sociedad conflictiva, pudiendo realizar manifestaciones aversivas agresivas, directamente o como respuesta a ataques previos. De este modo, se puede producir el contrasentido de que, para proteger a grupos vulnerables, que no tienen igualdad para acceder a los medios para contraargumentar<sup>212</sup>, se facilite la

<sup>210</sup> Vid. BAKER, 2009, p. 151

<sup>211</sup> Vid. BAKER, 2009, p. 157; ALCÁCER, 2012, pp. 18, 28; Vid. BAKER/ZHAO, 2013, p. 655; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, 2014, p. 174 (que prefiere el término *deterrent effect*). «(...) el derecho a la libertad de expresión se vulnera no solo cuando se invade el contenido constitucional del derecho, sino también cuando se reacciona desproporcionadamente frente al acto comunicativo ilícito, por cuanto ello puede provocar un efecto de desaliento en el ejercicio legítimo de aquél incompatible con su reconocimiento constitucional», CUERDA ARNAU, 2007, p. 40. El efecto de desaliento en ámbito norteamericano viene condicionado por el miedo a ser sancionados por una norma de alcance indeterminado por su vaguedad (*vagueness*) o amplitud (*overbreadth*), vid. CUERDA ARNAU, 2007, p. 18; ALCÁCER, 2012, p. 18.

<sup>212</sup> Destaca la necesidad de facilitar la aplicación de la normativa para garantizar la protección de los colectivos que no tienen un igual acceso a los medios REY MARTÍNEZ, 2015, pp. 60 y ss., 67. En contra de la limitación de la libertad de expresión para garantizar la libertad de expresión de ciertos grupos BENNETT, 2016, p. 513: «sería difícil, si no imposible, dar un único ejemplo en el que el Estado necesite restringir el alcance de la libertad de expresión para proteger los derechos de expresión de los grupos protegidos». Y concluye: «¿cómo exactamente se puede asegurarse «los derechos de expresión de la población negra» mediante la restricción de la libertad de expresión?». En suma, hay manifestaciones y discursos discrimina-

aplicación de los tipos vinculados con el odio, pero que luego estos se les apliquen mayoritariamente a esos mismos grupos.

«(...) dada la preocupación de que la prohibición del discurso de odio pueda ser desproporcionada y utilizada contra aquellos a los que se intenta proteger, sería pertinente crear directrices para los cuerpos policiales y la fiscalía señalando este riesgo potencial y exigir que se examine regularmente si existen diferencias de enfoque en los procedimientos penales dependiendo de las características particulares de los acusados de emplear discurso de odio. El objetivo ha de ser garantizar que estas características no influyan en los procedimientos penales»<sup>213</sup>.

(iii) La persecución penal de las opiniones, bajo la cobertura del odio, se puede convertir en un mecanismo de resolución de conflictos de naturaleza política, excluyendo opciones ideológicas del debate democrático<sup>214</sup>.

La ECRI<sup>215</sup> reconoce la existencia de una preocupación de los organismos encargados de supervisar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados sobre la represión legal del discurso del odio «(...) porque se pueden utilizar sin justificación para *silenciar a las minorías o para reprimir la crítica a las políticas oficiales, la oposición política o las creencias religiosas*». Por este motivo considera necesario incluir «(...) en la legislación una disposición que refleje que la persecución penal no se emplea para reprimir críticas, oposición o creencias».

Los posicionamientos a favor de la sanción penal del odio (como medida política contra la discriminación<sup>216</sup>) a través de construcciones laxas que facilitan la reacción penal para evitar una situación de indefensión a colectivos vulnerables<sup>217</sup> manifiestan así mismo una gran fe en el comportamiento responsable del juez-censor<sup>218</sup>. Y olvidan que, aunque las intenciones sean buenas (remediar graves problemas sociales, luchar contra el discurso discriminatorio, etc.) los costes son elevados: se actúa mediante un instrumento de control que *abre la puerta a la represión (selectiva) de la divergencia ideológica*. El odio se puede convertir así en una etiqueta para luchar contra adversarios ideológicos. Un instrumento para reac-

torios que posiblemente pueden intimidar y desmotivar, pero no parece que la limitación de la libertad de expresión sea el método adecuado para proteger a estas minorías.

<sup>213</sup> ECRI, 2016, Memorandum, punto 180. Según la *paradoja del multiculturalismo* de ALCÁCER (2016, p. 16) es más probable que se penalice el discurso de odio de las minorías y que quede impune el discurso del odio contra las minorías, salvo que la necesidad imperiosa de protección de estas minorías se incluya en la moral mayoritaria (como por ejemplo sucede con el antisemitismo).

<sup>214</sup> Vid. POST, 2009, p. 136; ALCÁCER, 2012, pp. 13 y s.; ÍDEM, 2016, pp. 28, 35; PORTILLA, 2015, p. 722.

<sup>215</sup> ECRI, 2016, Memorandum, punto 62 (negrita original).

<sup>216</sup> Críticamente sobre la identificación entre *affirmative action* y la represión del *hate speech* como medidas compensatorias necesarias para las minorías, vid. BENNETT, 2016, p. 553.

<sup>217</sup> Vid. REY MARTÍNEZ, 2015, pp. 60 y ss.

<sup>218</sup> Vid. BENNETT, 2016, p. 515.

cionar frente a críticas al modelo normativo dominante, que no alcanzan la catalogación de delito.

El Estado puede utilizar su reputación institucional para influenciar la conformación de opiniones, pero no debe limitar coactivamente el contenido del discurso<sup>219</sup>. La legitimidad de las decisiones democráticas se sustenta en el debate, la crítica libre y el pluralismo ideológico<sup>220</sup>. La democracia, como espacio de juego político y como sistema que respeta la autonomía de los ciudadanos, admite dar visibilidad a planteamientos e ideologías intolerantes<sup>221</sup>. En definitiva, exige la libertad de expresión también frente a los discursos que, aunque nos molesten o conmocionen porque piden que se acabe con el modelo democrático<sup>222</sup> y que no se respete la libertad de los demás<sup>223</sup>, intervienen en el espacio político<sup>224</sup>.

(c) Las consecuencias negativas que estos riesgos tendrían en una sociedad plural y democrática demandan limitar el uso del delito de odio. No se debe responder penalmente frente a todas las manifestaciones hostiles, discriminatorias, provocativas, ofensivas, de mal gusto. Hay que buscar una opción eficiente: la menor restricción del derecho necesaria con un criterio que aporte seguridad jurídica<sup>225</sup>.

Ello implica, en primer lugar, plantearse otras posibilidades de intervención<sup>226</sup>. La discriminación tiene una base socio-estructural<sup>227</sup> en la que hay que incidir con medidas preventivas primarias educativas y sociales antes que con limitaciones

<sup>219</sup> Vid. ALCÁCER, 2016, p. 33.

<sup>220</sup> Vid. ALCÁCER, 2012, pp. 19, 27 y ss.; ídem 2016, pp. 6, 35. Un breve resumen de los principales argumentos contra la prohibición del *hate speech* en CUEVA FERNÁNDEZ, 2012a, pp. 441 y ss.

<sup>221</sup> Vid. BAKER, 2009, p. 145; ALCÁCER, 2012, p. 14. «El derecho de los ciudadanos a formar sus propias convicciones y a decidir libremente a sus representantes debe llevara a que todos los puntos de vista puedan ser sometidos al escrutinio del diálogo social, aun a riesgo de que algunas de esas opiniones puedan alterar coyunturalmente la paz pública, de que algunos ciudadanos puedan sentirse ofendidos, o de que los modos y estrategias dialécticas del discurso electoral – hecho de manipulaciones, provocaciones y promesas que no serán cumplidas – puedan inducir a error a otros ciudadanos y generar imágenes falseadas sobre la realidad social, sobre la probidad de otros políticos o sobre las costumbres o aspiraciones de un grupo social», ALCÁCER, 2012, p. 29.

<sup>222</sup> Nuestra Constitución no mantiene una «democracia militante», ALCÁCER, 2012, pp. 8 y s.; ÍDEM, 2016, p. 3. SSTC 176/1995 de 11 de diciembre (fj 2); 48/2003, de 12 de marzo («f.d. 7»); 235/2007 de 7 de noviembre (fj 4).

<sup>223</sup> Vid. BAKER, 2009, p. 146.

<sup>224</sup> «Quién como *Féret* (o García Albiol) propone la expulsión de los inmigrantes irregulares de Europa o quien, como *Norwood*, denuncia que el Islam promueve el terrorismo, actúa con la finalidad de intervenir en el debate político y de influir en la opinión pública, por más que el mensaje pueda resultar rechazable a una mayoría o que pueda generar alteraciones de la paz social», ALCÁCER, 2016, p. 8.

<sup>225</sup> *Less Restrictive Alternativ Doctrine*, vid. CUERDA ARNAU, 2007, p. 19; ALCÁCER, 2016, p. 28.

<sup>226</sup> Según ALCÁCER, (2016, pp. 24 y s.) existen cinco niveles graduales de trato de los discursos sociales intolerantes: represión (punitiva), disuasión no coactiva (desaliento administrativo), tolerancia (neutralidad), inclusión institucional, políticas de reconocimiento. En esta lista habría que incluir los mecanismos resarcitorios y destacar que la punición se puede realizar mediante sanciones penales y administrativas, así como que el «desaliento administrativo» puede ser coactivo (amenaza con una multa o privación de una licencia).

De este modo, la no respuesta penal no significa necesariamente neutralidad o tolerancia, vid. BAKER, 2009, p. 151.

<sup>227</sup> Aspecto en el que coincide REY MARTÍNEZ, 2015, pp. 80 y ss.

penales a la libertad de expresión<sup>228</sup>. El objetivo de «concienciar a la sociedad en general y a los medios de comunicación en particular»<sup>229</sup> se puede conseguir con instrumentos distintos al delito de odio<sup>230</sup>. Por tanto, «(...) no se debe recurrir a las sanciones penales si se puede tratar eficazmente el uso de discurso de odio con medidas menos restrictivas»<sup>231</sup>, «(...) como la imposición de sanciones civiles o administrativas»<sup>232</sup>.

En EE.UU. la adopción de una regulación restrictiva de la primera enmienda debe soportar una evaluación estricta: la limitación de la libertad de expresión debe estar estrechamente vinculada con convincentes intereses estatales, lo que implica verificar, p.ej., si hay otras alternativas menos restrictivas; si fuera el caso, el Estado debería probar que esta alternativa no es adecuada para alcanzar el objetivo<sup>233</sup>.

(d) Este equilibrio se puede encontrar dando mayor visibilidad social a los delitos contra la igualdad (producción de discriminaciones efectivas) y al uso del odio como agravante, por aversión discriminatoria, de un delito base. La mayor discu-

<sup>228</sup> Vid. BENNETT, 2016, p. 406. Por consiguiente, «(...) la mejor estrategia para otorgar reputación comunicativa a los grupos minoritarios pasa por la articulación de políticas sociales que mejoraran la posición socioeconómica de las minorías y que, indirectamente, les permitieran un mayor acceso a los medios de comunicación y una mayor capacidad de influencia en la deliberación política. Junto a ello, una segunda estrategia podrá consistir en que el Estado use su propia influencia en la opinión pública -con publicidad institucional contra el racismo y la homofobia, etc.- para transmitir las demandas de los grupos minoritarios y para fomentar su reconocimiento. Y una tercera estrategia, más radical, podría pasar por acudir a «políticas de diferenciación» o discriminación positiva en el acceso tanto a los medios de comunicación como a la representación política, en la línea de las reivindicaciones del multiculturalismo. Por último, y con independencia de que existan otras razones de justicia que justifiquen su puesta en práctica, también las políticas de reconocimiento serán vehículo idóneo para la finalidad de contrarrestar los efectos perniciosos del discurso de odio, divulgando el valor de la cultura de determinados grupos sociales minoritarios, reforzando el derecho a la práctica de su lengua y sus tradiciones, visibilizando sus particularidades y, en suma, reforzando la posibilidad de sus miembros de intervenir en plano de igualdad en el debate político», ALCÁCER, 2016, pp. 37 y s.

<sup>229</sup> MI, 2015, p. 3.

<sup>230</sup> ECRI, 2016, Recomendaciones, 4: «Adopten un planteamiento firme no solo para concienciar a los ciudadanos sobre la importancia de respetar el pluralismo y los peligros que supone el discurso de odio, sino también para demostrar que es inaceptable y que las premisas en que se basa son falsas, así como para impedir el uso de este lenguaje, y en consecuencia: a. promuevan un mejor entendimiento de la necesidad de diversidad y diálogo en el marco de la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho; b. fomenten mediante prácticas ejemplares el respeto mutuo y la concordia en la sociedad; c. faciliten mediante prácticas ejemplares el diálogo intercultural; d. combatan la información maliciosa, la difusión de estereotipos negativos y la estigmatización; e. preparen programas educativos específicos para los niños, los jóvenes, los empleados públicos y los ciudadanos en general, y refuercen la competencia de profesores y educadores para impartirlos; f. apoyen a las organizaciones no gubernamentales, los organismos encargados de velar por la igualdad y las instituciones nacionales de derechos humanos en su labor de lucha contra el discurso de odio; g. exhorten a las figuras públicas y, en especial, a los líderes políticos, religiosos y de las comunidades a que reaccionen con presteza ante el discurso de odio, no solo para condenarlo, sino para realzar los valores contra los que atenta; h. persuadan a quienes utilizan el discurso de odio a que renuncien, lo repudien y ayuden a estas personas a desvincularse de los grupos que lo profieren; y i. coordinen estos esfuerzos, si procede, con los emprendidos por otros Estados y organizaciones internacionales».

<sup>231</sup> ECRI, 2016, Memorándum, punto 171.

<sup>232</sup> ECRI, 2016, Memorándum, punto 176.

<sup>233</sup> vid. BENNETT, 2016, pp. 451 y ss., 505 y ss.

sión se sitúa en qué mantener de los delitos de odio como amenaza o como lesión. La opción reguladora que limita en menor medida los derechos es la que reduce la intervención penal a los supuestos en los que haya una incitación pública directa a la comisión de delitos (contra la vida, integridad personal, libertad) por motivos discriminatorios.

## 6. Conclusiones

(1) Los delitos de odio se crean como reacción frente a comportamientos desviados que presentan un elemento emotivo, de antipatía o aversión, rechazado por la sociedad por su posicionamiento hostil contra las normas sociales que protegen la *igualdad*. Esta definición, centrada en el desvalor de los motivos discriminatorios del sujeto activo, se ha ido transformando por la influencia de dos elementos de presión: por un lado, la protección efectiva de los grupos «vulnerables» habitualmente afectados por estas conductas exige crear delitos de odio sin tener que esperar a que se produzca una lesión de un objeto de tutela asociado a sus miembros; la defensa de los valores de la comunidad refuerza esta necesidad de respuesta anticipada y su extensión a manifestaciones hostiles contra las normas sociales *esenciales*.

(2) La concurrencia de estos factores ha modificado progresivamente el concepto de odio a efectos penales y, de forma correlativa, ha complejizando el delito de odio, dentro del que se distinguen varios subgrupos.

- Odio como *aversión discriminatoria*. Da lugar a los «delitos de odio» en sentido estricto. Sancionan conductas lesivas, respecto a los bienes jurídicos clásicos, agravadas por el odio entendido como una aversión/motivación discriminatoria.
- Odio como *aversión discriminatoria criminógena*. Se vincula con los «delitos de favorecimiento e incitación al odio». Sancionan conductas no lesivas, en relación con dichos bienes jurídicos, capaces, por la motivación hostil y discriminatoria que muestran, de crear climas predelictivos.
- Odio como *aversión discriminatoria lesiva*. Se conecta con los «delitos de odio contra la paz pública». Sancionan conductas definidas como lesivas porque producen climas de hostilidad o inseguridad.
- Odio como *aversión lesiva*. Se utiliza en los «delitos de odio contra la moral pública». Sanciona conductas definidas como lesivas porque contienen un posicionamiento hostil contra *cualquier* norma social esencial.

(3) No se debe confundir delitos de odio con una de sus formas de comisión: el «discurso del odio». Declaraciones intimidatorias, denigrantes, hostiles, etc. con una motivación discriminatoria. La persecución penal de estas expresiones puede responder a los cuatro aspectos indicados –lesiones agravadas por la motivación

discriminatoria, capaces de crear climas predelictivos y de inseguridad, de lesionar la moral pública- y añaden una nueva dificultad, el enfrentamiento con la libertad de expresión.

(4) Cuando definimos el odio como aversión nos concentramos en el desvalor presente en la conducta realizada. Este se vincula con los motivos discriminatorios que mueven al autor al cometer el delito o al seleccionar la víctima. *El odio penal, en sus diferentes concepciones, tiene un componente de «aversión discriminatoria»*. Este puede desaparecer, empero, cuando se identifica como lesión de la moral pública.

Este factor se puede recoger mediante una agravación. El odio es un sinónimo de lesión que ya tiene relevancia penal, pero a la que se le añade un desvalor discriminatorio adicional. Los problemas de justificación, al existir una lesión base, se encuentran en la selección de los motivos relevantes (los no recogidos se presentan como formas de discriminación menos reprochables y sus colectivos como merecedores de menor protección) y en conseguir que el odio no se convierta en un modo de sancionar el carácter del sujeto. Al dar a la discriminación una base objetiva, para superar esta crítica, al buscar el daño autónomo provocado por esta motivación, surgen las otras dimensiones del odio: como amenaza de delito o como lesión.

En este nivel se aprecia por primera vez que el delito de odio es contextual: la determinación de los motivos de discriminación incluidos en las leyes o la apreciación de que la manifestación realizada es una forma típica de odio depende de la sociedad analizada y su situación concreta en el momento temporal en que se produzca la manifestación aversiva.

(5) El odio como amenaza se utiliza en un doble sentido.

Actúa como ratio de la necesidad político criminal de la anticipación de la tutela penal por las necesidades de protección de grupos vulnerables: el ánimo aversivo manifiesta un riesgo de daño futuro, hay que evitar que se produzcan graves conductas lesivas.

Por otro lado, aporta un juicio de peligrosidad diluido: hay una lesión relevante porque el ánimo aversivo crea climas predelictivos, situaciones que habitualmente conducen a una posterior comisión de delito.

La técnica legislativa clásica desde este enfoque ha sido crear delitos autónomos de odio, especialmente referidos a formas de incitación al odio.

El problema se halla en que se puede apreciar este peligro siempre que concurra dicho ánimo aversivo. En primer lugar, porque hay una indeterminación en su objeto. Su peligrosidad se vincula con todos los potenciales delitos que se pueden causar. En segundo lugar, porque la dificultad para probar cuándo se crea este clima predelictivo, y de manera imputable a una conducta, nos lleva a tomar dos decisiones que amplían sin límite el ámbito de las conductas sancionables: cual-

quier clima hostil es predelictivo, es suficiente con que la manifestación favorezca su creación.

Los planteamientos restrictivos que intentan evitar estos reproches defienden que la represión del odio únicamente puede ser aceptada para responder ante las conductas más graves (incitaciones directas) asociadas con procesos que conducen a la realización de agresiones contra ciertos bienes (la libertad, la igualdad, la integridad física y la integridad moral) por motivos discriminatorios. Sin embargo, no hay que perder de vista que, incluso cuando se acepten las limitaciones, se elabora el «daño» mediante una conexión con las futuras conductas de terceros y que se utiliza para justificar la sanción autónoma de formas de tentativas de inducción públicas a sujeto indeterminado (provocación al delito).

(6) Si nos concentramos en los efectos que produce el odio *con independencia de su relación de ofensividad con otros bienes jurídicos*, esta manifestación aversiva se convierte en lesiva de la paz pública: de la moral de la comunidad o del sentimiento de seguridad y tranquilidad del auditorio.

La conducta que expresa una aversión discriminatoria genera un clima (i) de desprecio, hostilidad o intolerancia (estado de ánimo u opinión desfavorable) contra un colectivo o (ii) provoca un estado o clima de inseguridad o intranquilidad. Por una de estas dos formas el miedo al daño se convierte ahora en daño como lesión de la paz pública como objeto de tutela autónomo. De nuevo se aprecia con ello un riesgo de punición ilimitada de cualquier comportamiento con un contenido discriminatorio. Otra vez, la dificultad para determinar cuándo se ha creado estos climas y cómo imputarlos objetivamente a la conducta realizada nos puede conducir a afirmar que es suficiente con que el comportamiento sea un factor de riesgo (contribuye a la institucionalización de una representación discriminatoria de la realidad y a hacer surgir un temor de ruptura de la convivencia pacífica de la comunidad). Aparte de eso, es todavía más fácil que concurren si también se subjetiviza el resultado del clima de hostilidad: se valora si favorece que surja en el colectivo una sensación de rechazo (o miedo a ello) por el resto de la sociedad.

(7) La ampliación del ámbito de punición que permite la construcción del injusto en los delitos de odio como amenaza de bienes jurídicos concretos o como lesión de la paz pública condicionan que la incitación al odio ya no sea una forma de provocación al delito. Incitación en este contexto equivale, en función de lo indicado, a favorecimiento o promoción de un clima predelictivo, de hostilidad o de inseguridad. Favorecimiento en un sentido amplio que se puede efectuar mediante comportamientos que no son necesariamente una incitación directa (p.ej. a través de la apología, la trivialización o el negacionismo) o que ni siquiera son conductas delictivas (críticas, expresiones de mal gusto, sátiras y ridiculizaciones, puesta en cuestión de valores), a través de conductas que favorecen, fomentan o promueven estas incitaciones o, incluso, los actos de favorecimiento de las incitaciones.

La limitación de los delitos de odio en los que no hay un delito base a la incitación a la violencia es un ajuste *ad hoc*, que se puede desactivar en cualquier momento.

(8) La preocupación por la extensión del ámbito de punición que permiten los delitos de odio como favorecimiento de climas predelictivos, de hostilidad y/o inseguridad, ha obligado a buscar criterios otros criterios limitadores que poder introducir en la construcción de su injusto como amenaza o lesión. No funcionan.

(a) No se puede realizar una distinción entre varios climas para poder escalar la respuesta penal frente a las conductas que favorecen el odio (exigencia de lesión o puesta en peligro de paz pública, que equivale a clima de inseguridad): es muy difícil afirmar que un clima de hostilidad no sea automáticamente predelictivo o inseguro o que un clima predelictivo no sea automáticamente inseguro.

(b) Siempre hay reiteración y un riesgo de sumación porque en la sociedad hay mensajes discriminatorios (no existe un nivel cero), el avance tecnológico, accesible a la mayoría de la población, permite la interacción y la difusión inmediata y pública de nuevos mensajes y porque las sociedades modernas, multiculturales y complejas, están en permanente conflicto (siempre hay un contexto de crisis social y una situación de vulnerabilidad del colectivo).

(c) Una declaración queda excluida del ámbito de la libertad de expresión en cuanto se etiquete como discurso del odio, lo que se produce en cuanto se decida que tiene un contenido aversivo y que representa una forma de favorecimiento de un clima de hostilidad o inseguridad. O, automáticamente, cuando coincida con las conductas, dentro de las posibles formas de favorecimiento, expresamente señaladas en el tipo.

(9) La restricción realmente operativa es la adecuación social. Únicamente se sancionan aquellas formas de favorecimiento de un clima de hostilidad o inseguridad que, además, generen rechazo social. Si esto es así es lógico plantear que en realidad el objeto de tutela es la moral social. El odio protege los sentimientos morales mayoritarios y reacciona frente a comportamientos que la comunidad desaprueba al atentar contra el acervo cultural común y el buen gusto, que cuestionan sus símbolos, creencias y valores esenciales.

El daño se asocia con una respuesta subjetiva y emotiva de la comunidad. Si lo relevante es el desagrado social, la potencialidad para producir ese efecto está presente en cualquier manifestación. Se podrían sancionar como delito de odio comunicaciones insignificantes: alegría del mal ajeno; expresiones de mal gusto; ridiculizaciones; críticas (genéricas al colectivo, a las medidas de protección del colectivo/víctimas, de los valores democráticos). También se alcanzará toda forma de exageración o provocación al auditorio.

Así mismo, la fijación de lo indecente reproducirá las relaciones de poder social presentes en la estructura social y cultural, siendo más improbable la sanción de las manifestaciones de los grupos moralmente mayoritarios.

(10) El delito de odio es contextual en un segundo momento porque determinar si hay un clima predelictivo, hostil, de inseguridad o si lesiona los sentimientos morales mayoritarios depende de diversos factores como la situación social, la sensibilidad de la comunidad mayoritaria, los valores que afecta, etc.

(11) La relación entre el odio, la aversión discriminatoria y la paz pública se puede estructurar de la siguiente forma.

**Tabla 7. Relación entre el odio, la aversión discriminatoria y la paz pública**

AVERSIÓN		AVERSIÓN DISCRIMINATORIA			
CUESTIONAMIENTO MORAL MAYORITARIA		CLIMA PREDELICTIVO	CLIMA HOSTIL		CLIMA INSEGURIDAD
<i>Objetivo</i> Cuestionamiento símbolos y valores	<i>Subjetivo</i> Sensibilidad social	<i>Objetivo</i> Riesgo de producción de conductas delictivas	<i>Objetivo</i> Clima de opinión desfavorable	<i>Subjetivo</i> Sensación de rechazo por el colectivo	<i>Subjetivo</i> Sensación de riesgo de realización de conducta delictiva
PAZ PÚBLICA Como protección sistema de valores		PAZ PÚBLICA Como protección de un orden jurídico y social que permita el normal ejercicio de los derechos y libertades			
Objeto autónomo No se vincula con potenciales delitos		No es objeto autónomo. Se vincula con los potenciales delitos respecto a bienes jurídicos concreto	Objetos autónomos. No se vinculan con potenciales delitos		

Fuente: elaboración propia

(12) La expansión del delito de odio se apoya en la gravedad de un hecho que en España no confirman los datos estadísticos. Estos presentan muy bajos registros, sobre todo en lo que atañe al discurso del odio. Si aceptamos que es un fenómeno habitual y de gran magnitud, cifras tan bajas pueden estar causadas por una ausencia de denuncia o por la no catalogación del incidente como «supuesto de odio».

Esta situación debe ser objeto de crítica por dos razones: es doblemente preocupante la petición de medidas reguladoras penales para hacer frente a un problema cuya magnitud no conocemos con exactitud y que se esté aplicando de manera selectiva la normativa del odio sin analizar los criterios utilizados para la catalogación de las conductas como delitos de odio.

(13) La extensión del delito de odio presenta varios riesgos: restricción de libertades y derechos basada en un sentimiento; desarrollo de una regulación que permita activar la respuesta penal ante conductas insignificantes con un contenido discriminatorio; resolución de conflictos de naturaleza política restringiendo opciones

ideológicas del debate democrático; desistimiento en el ejercicio de derechos, especialmente en la libertad expresión, en el uso de otras medidas preventivas que no tienen naturaleza penal y la activación de mecanismos informales de reacción social.

(14) Las consecuencias negativas que tendrían estos riesgos en una sociedad plural y democrática reclaman restringir la utilización de los delitos de odio. Una opción de consenso, aceptando las limitaciones y riesgos descritos, consistiría en (i) dar mayor visibilidad social a los delitos contra la igualdad (producción de discriminaciones efectivas) y a la figura del odio, como aversión discriminatoria agravante de un delito base y (ii) limitar el discurso del odio a los casos en los que se constate la existencia de una incitación pública directa a la comisión de delitos (contra la vida, integridad personal, libertad) por motivos discriminatorios.

### ***Bibliografía***

- Alastuey Dobón, C. (2016), “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015”, en *RECPC*, 18-14, pp. 1 y ss.
- Alcácer Girao, R. (2012), “Discurso del odio y discurso político”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 14-02, 2012, pp. 1-32.
- (2016), “Diversidad cultura, intolerancia y Derecho Penal”, en *RECPC*, n. 18, pp. 1-55.
- Arias Eibe, M.J. (2007), *Responsabilidad criminal: circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona.
- Altenhain, K. (2013), “§ 130 StGB”, en Matt; Renzikowski (eds.): *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Munich, margs. 130/1 y ss.
- Baker, C. E. (2009), “Autonomy and Hate Speech”, en Hare, Weinstein (eds.): *Extreme Speech and Democracy*, New York, pp. 138 y ss.
- Baker, D.; Zhao, L. (2013), “The Normativity of Using Prison to Control Hate Speech: the Hollowness of Waldron’s Harm Theory”, en *New Criminal Law Review*, vol. 16, n. 4, pp. 621-656.
- Bennett, J.T. (2016), “The Harm in Hate Speech: A Critique of the Empirical Legal Bases of Hate Speech Regulation”, en *Hatstings Constitutional Law Quartely*, vol. 43:3, 2016, pp. 445 y ss.
- Bustos Ramírez, J.J.; Hormazábal Malaré, H. (1999), *Lecciones de Derecho Penal*, vol. II, Madrid.
- Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) – Consejo de Europa (2016), *Recomendación de Política General n. 15, Relativa a la lucha contra el Discurso del Odio y Memorándum explicativo*, Estrasburgo.
- Comite para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU (CERD) (2013), *Recomendación general n. 35*.
- Cramer, P. (1962), *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt*, Tübingen.

- Cuerda Arnau, M.L. (2007), “Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento”, en *Revista General de Derecho Penal*, pp. 1-43.
- (2015), “Delitos contra la Constitución”, en González Cussac (coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, 4.ª ed., Valencia, pp. 716 y ss.
- Cueva Fernández, R. (2012a), “El «discurso del odio» y su prohibición”, en *DOXA*, n. 35, pp. 437-455.
- (2012b), “A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011: Discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo. ¿Una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del *hate speech*?”, en *Eunomía*, n. 2, pp. 99-108.
- Díaz López, J.A. (2013), *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, Madrid.
- Del Rosal Blasco, B. (2016), “Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas”, en Morillas Cueva (dir.): *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 2.ª ed., Madrid, pp. 1284-1296.
- Dopico Gómez-Aller, J. (2004), “Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena”, en *ADPCP*, LVII, pp. 143-176.
- Fischer, T. (1988), “Die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören”, en *NStZ*, Heft 4, pp. 159-165.
- (2015), “§ 130 StGB”, en *Strafgesetzbuch*, 62. Edición, Munich, 2015, margs. 1 y ss.
- Fiss, O. (1996), “El efecto silenciador de la libertad de expresión”, en *Isonomía*, n. 4, pp. 17-27.
- Fuentes Osorio, J.L. (2007), *La preparación delictiva*, Granada.
- Gercke, M. (2015), “§ 130 StGB”, en Spindler/Schuster (dir.): *Recht der elektronischen Medien*, 3.ª ed., Munich, margs. 130/1 y ss.
- Gómez Martín, V. (2012), “Discurso del odio y principio del hecho”, en Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dirs.): *Protección penal de la libertad de expresión e información: Una interpretación constitucional*, Valencia, pp. 89-120.
- Gómez Martín, V. et al. (2015), *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Barcelona.
- Gómez Navajas, J. (1999), “Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el código penal de 1995. (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre 1998)”, en *La Ley*, pp. 1839 y ss.
- Güerri Ferrández, C. (2015), “La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación”, en *InDret*, 1, pp. 1 y ss..
- OSCE (2009), *Hate Crime Law: A Practical Guide*, Varsovia.
- Home Office (2016), *Action Against Hate. The UK Government’s plan for tackling hate crime*, Londres.
- Hörnle, T., “Strafbarkeit anti-islamischer Propaganda als Bekenntnisbeschimpfung”, en *NJW*, 2012, pp. 3415 y ss.
- Hortal Ibarra, J.C. (2012), “La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (Art. 22.4ª CP): una propuesta de interpretación”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 108, pp. 31-66.

- Hurd, H.M.; Moore, M.S. (2004), "Punishing hatred and prejudice", en *Stanford Law Review*, v. 56, pp. 1081-1146.
- Iganski, P. (2008), «*Hate Crime*» and the City, Bristol.
- Jacks, W.; Adler, J.R. (2015), "A proposed typology of online hate crime", en *Open Access Journal of Forensic Psychology*, n. 7, pp. 64-89.
- Jakobs, G. (1985), "Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico", en *Estudios de derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 293-324.
- Kindhäuser, U. (1989), *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt a. M.
- (1994), "Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit", GA, pp. 197 y ss.
- Landa Gorostiza, J.M. (1999), "La llamada «mentira de Auschwitz» (art. 607.2º CP) y el «delito de provocación» (art. 510 CP) a la luz del «caso Varela»: una oportunidad perdida para la «cuestión de inconstitucionalidad»", en *Actualidad Penal*, pp. 689-715.
- (2001), *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Granada.
  - (2012), "Incitación al odio: Evolución jurisprudencia (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata", en *Revista de Derecho penal y criminología*, n.º 7, enero 2012, pp. 297-346.
- Laurenzo Copello, P. (1996), "La discriminación en el Código Penal de 1995", en *Estudios penales y criminológicos*, n. 19, pp. 221-288.
- Lawrence, F.M. (2006), "The Hate Crime Project and its limitations: evaluating the societal Gains and Risk in Bias crime Law enforcement", en *George Washington University Law School*, Working Paper n. 216, pp. 1-20.
- Levin, B. (1999), "Hate Crimes", in *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 15, n. 1, pp. 6-21.
- López Ortega, A.I. (2017), "Análisis y evolución de los delitos de odio en España (2011-2015)", en *Intersticios: Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*, vol. 11 (1), pp. 49-68.
- Marx, M. (1972), *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut". Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre*, Köln, Berlin, Bonn, München.
- Ministerio del interior (2013), *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España*, Madrid.
- (2014), *Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España*, Madrid.
  - (2015), *Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España*, Madrid.
  - (2016), *Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España*, Madrid.
- Miró Llinares, F. (2015), "La criminalización de conductas «ofensivas»", en *REDPC*, 17-23, pp. 1-65.
- (2016), "Taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet", en *Revista de Internet, Derecho y Política*, n. 22, pp. 93-118.
- Ostendorf, H. (2013), "§ 130 StGB", en Kindhäuser; Neumann; Paeffgen (eds.): *Strafgesetzbuch*, 4. ed., Munich, margs. 130/1 y ss.

- Portilla Contreras, G. (2015), “La represión penal del «discurso del odio»”, en Quintero Olivares (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Mayor, 2015, pp. 717-753.
- Post, R. (2009), “Hate Speech”, en Hare; Weinstein (eds.): *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, pp. 123-138.
- Rey Martínez, F. (2015), “Discurso del odio y racismo líquido”, en Revenga Sánchez (dir.): *Libertad de expresión y discursos del odio*, Alcalá de Henares, pp. 51 y ss.
- Rackow, P. (2010), “Was ist Verharmlosen? Überlegungen zu § 130 Abs.3 StGB”, en *ZIS*, n. 5, pp. 366-375.
- Rodríguez Ferrández, S. (2014), “El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, n. 12, 2014, pp. 165-232.
- Salinero Echeverría, S. (2013), “La nueva agravante penal de discriminación. Los “delitos de odio””, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLI, pp. 263-308.
- Schröder, F.C. (1985), *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, Berlin, New York.
- Secretaría de Estado de Seguridad (2015), *Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio y conductas que Vulneran las Normas Legales sobre Discriminación*, Instrucción n. 16/2014.
- Tamarit Sumalla, J.M. (2017), “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”, en Quintero Olivares (dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, pp. 1973 y ss.
- Turienzo Fernández, A. (2016), “El delito de negación del holocausto”, en *InDret*, pp. 1-41.
- Verkhovsky, A. (2016), *Criminal Law on Hate Crime, Incitement to Hatred and Hate Speech in OSCE Participating States*, La Haya.
- Waldron, J. (2012), *The Harm in Hate Speech*, Cambridge, London.
- Zieschang, F. (1998), *Die Gefährdungsdelikte*, Berlín.