

46

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

IN S PRAE IDE ET PRO

Revista

Julio 2020

46

Revista Penal

Penal

Julio 2020



Revista Penal

Número 46

Sumario

Doctrina:

- ¿Una medición de la pena más uniforme y transparente a través de lineamientos para la medición de la pena? Las Sentencing Guidelines inglesas como objeto de investigación valioso, por *Kai Ambos*..... 5
- Luces y sombras de la transposición al ordenamiento español de la directiva 2008/99/CE, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, por *María Ángeles Fuentes Loureiro* 17
- Delitos de odio, Discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?, por *Alfonso Galán Muñoz* 41
- El uso de ordenadores personales y de material informático por los internos en un centro penitenciario, por *Pablo García Molina*..... 67
- Tutela penal de la intimidad y grabación de la conversación por uno de los interlocutores, por *José Luis González Cussac* 95
- Documento, fotocopia y falsedad, por *Rubén Herrero Giménez*..... 109
- La “corrupción entre particulares”. Análisis crítico de la regulación italiana, por *Alessandro Melchionda*..... 127
- La difusa frontera entre la vida y la muerte. Reflexiones sobre el objeto material de los delitos contra la vida humana independiente, por *Clara Moya Guillem* 141
- El tratamiento penal del blanqueo urbanístico en tiempos de crisis económica, por *Miguel Ángel Núñez Paz*
- Las definiciones auténticas de la imprudencia en el ámbito de la seguridad vial, por *Inés Olaizola Nogales*.. 157
- España y Europa frente al discurso del odio: una aproximación comparativa a los límites a la libertad de expresión en la jurisprudencia española y en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por *Marta Rodríguez Ramos* 169
- Crisis y transformación de los sistemas penales en Europa en el ámbito de la lucha contra el terrorismo internacional, por *Francesco Rossi*..... 190
- Neuroprevención: un nuevo paradigma para el estudio de la reincidencia delictiva, por *Aura Itzel Ruiz Guarneros y José M. Muñoz*..... 207
- Política criminal de exclusión: aporofobia y plutofilia, por *Juan M. Terradillos Basoco* 221
- Sistemas penales comparados:** La detención preventiva (*Pre-trial detention*)..... 230
- Especial:** Sul fondamento della responsabilità giuridica dell’estraneo che partecipi a reati propri nel pensiero di Aldo Moro, por *Marianna Pignata y Antonio Tisci*..... 312

Bibliografía:

- Recensión: “Delitos Acumulativos”, de Miguel Bustos Rubio (Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017), por *Adrián Viejo Mañanes* 317

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Waßmer (Alemania)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Jiajia Yu (China)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Valentini (Italia)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Pamela Cruz y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



Delitos de odio, Discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?

Alfonso Galán Muñoz

Revista Penal, n.º 46. - Julio 2020

Ficha técnica

Autor: Alfonso Galán Muñoz

Adscripción institucional: Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad Pablo de Olavide

Código ORCID: 0000-0001-5625-6492

Title: Hate crimes, Hate speech and Criminal law: towards the construction of crimes due to structural danger?

Sumario: 1. El Odio como referente de la política criminal: Orígenes y efectos. 2. Problemas de la represión penal del odio. 3. El triángulo de la violencia de Johan Galtung. 4. Los delitos de odio como manifestaciones de injustos estructurales. 5. Delitos del discurso del odio: En busca del equilibrio entre la represión penal de ciertas formas de violencia cultural y el necesario respeto de la libertad de expresión. 6. A modo de conclusión: El controvertido camino a seguir por los delitos de odio y del discurso del odio en las sociedades multiculturales.

Summary: 1. Hate as a benchmark in criminal policy: Origins and effects. 2. Problems of criminal repression of hatred. 3. Johan Galtung's triangle of violence. 4. Hate crimes as manifestations of structural injustices. 5. Crimes of hate speech: In search of a balance between the criminal repression of certain forms of cultural violence and the necessary respect for freedom of expression. 6. By way of conclusion: The controversial way forward for hate crimes and hate speech in multicultural societies.

Resumen: Este trabajo trata de dar respuesta a los múltiples problemas que la aparentemente imparable y ciertamente cuestionable expansión y proliferación de los delitos del odio y de los del discurso del odio plantea a los sistemas penales de todo Estado democrático y, especialmente, a los que no tienen un modelo de democracia militante, como es el caso de España. Para ello, se hace un recorrido desde los orígenes de ambos grupos de delitos, hasta sus más recientes y cuestionados desarrollos. Ello, nos llevará, a acudir a los estudios de Galtung sobre la violencia como fenómeno social complejo, unos estudios que nos aportarán instrumentos conceptuales (como los de las violencias estructurales y culturales), que resultan extremadamente útiles a la hora de delimitar las conductas que pueden ser legítimamente prohibidas y castigadas por cada una de dichas clases de delitos conforme nuestra constitución. Se logrará así realizar una propuesta de delimitación tanto de los delitos de odio, como de los del discurso del odio, que permitirá realizar una aplicación restringida y cautelosa de los mismos, sin que ello, sin embargo, deba suponer que no puedan cumplir con las funciones protectoras de ciertos colectivos que determinaron y legitiman su creación.

Palabras clave: Delito de odio, delitos del discurso del odio, discriminación, violencia estructural, violencia cultural, violencia directa, enaltecimiento del terrorismo, delito contra los sentimientos religiosos, injurias a la corona, libertad de expresión.

Abstract: This paper tries to respond to the multiple problems that the apparently unstoppable and certainly questionable expansion and proliferation of the hate crimes and the hate speech crimes poses to the penal systems of any democratic State and, especially, to those that do not have a model of militant democracy, such as Spain. With this goal, we walk the path from the origins of both groups of crimes to their most recent and questioned developments. This will lead us to draw on Galtung's studies about violence as a complex social phenomenon; studies that will provide us

conceptual instruments (such as those on structural and cultural violence), extremely useful in order to delimitate which behaviors can be legitimately prohibited and punished by both classes of crimes according to our constitution. As result, a proposal will be made to delimit hate crimes and hate speech crimes, that will allow to made a restricted and cautious use of both sort of crimes, but does not avoid that they can fullfit the protective functions of certain social groups, that determined and legitimized of their initial creation.

Key words: Hate crimes, hate speech crimes, discrimination, structural violence, cultural violence, direct violence, terrorism glorifying, crime against religious feelings, slander against the Crown, freedom of speech.

Observaciones: Trabajo resultado del proyecto “Análisis interdisciplinar de la represión penal del discurso terrorista” (AIRPENDIT), con referencia PGC2018-094602-B-100, financiado por Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), el Ministerio Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación,

Rec: 1/04/2020 **Fav:** 26/04/2020

1. El Odio como referente de la política criminal: Orígenes y efectos

Vivimos tiempos convulsos. Tiempos en los que las posturas parece que se radicalizan y se reavivan viejos enfrentamientos, reduciéndose drásticamente las posibilidades de acuerdo y consenso. Se da así lugar a una polarización de la sociedad que permite el auge de pensamientos y partidos que, si bien hasta hace relativamente poco se presentaban como marginales, comienzan a ocupar lugares destacados en los parlamentos de algunas democracias occidentales e incluso alcanzan los gobiernos de algunos países.

No puede sorprender entonces que desde ciertos sectores de la sociedad se alcen voces de alarma. Alertan del peligro que supone para la propia existencia de la democracia el resurgir de movimientos y actitudes que se consideran y, en ocasiones, se muestran abiertamente beligerantes contra las propias democracias y las sociedades abiertas que éstas se han venido desarrollando en los últimos tiempos, recordándonos así fantasmas del pasado cuya posible resurrección habría que evitar por cualquier medio y a cualquier coste. Habría que hacerlo, se nos dice, aunque para lograrlo haya que limitar de forma radical y mediante el uso del Derecho penal algunos de los derechos más básicos que precisamente hacen a las sociedades democráticas lo que son y deben ser. Unas sociedades tolerantes y abiertas en las que se debe respetar el derecho a mantener y expresar cualquier idea u opinión aun cuando algunas de ellas

nos puedan resultar rechazables o incluso repugnantes a la mayoría.

En un contexto así, hay una palabra que ha cobrado nuevos bríos en el Derecho penal: Odio. Se dice que se debe combatir como sea las manifestaciones del odio que pueden terminar acabando con nuestras democracias. Que para mantener el carácter tolerante de nuestra sociedades, las democracias no pueden ser ingenuas y tolerantes de forma ilimitada, sino que deben reprimir a aquellos que apoyan y fomentan la intolerancia en su seno porque éstos pueden terminar consiguiendo destruir a los tolerantes y con ellos acabar también con la propia existencia de la tolerancia misma¹. Se afirma, en consecuencia, que quienes respaldan y fomentan la intolerancia pueden ser legítimamente sancionados por las sociedades democráticas que, para hacerlo, pueden e incluso deben introducir en sus ordenamiento una cada vez mayor número de los denominados “delitos de odio”.

Esta clase de delitos tiene una origen histórico concreto. Surgen en Estados Unidos en los años 60 como consecuencia de la aparición de los movimientos sociales que luchaban por conseguir la igualdad de derechos civiles y acabar con la discriminación racial existente en aquel país hasta entonces². Las estrategias adoptadas para alcanzar dicho objetivo fueron tanto la de castigar mediante sanción penal la realización de determinadas actuaciones discriminatorias hasta aquel momento no penalmente perseguidas, como, sobretodo, la de incrementar la pena aplicables a determinadas conductas ya

1 POPPER La sociedad abierta y sus enemigos, Ed. Paidós, Barcelona, 2006 p. 585.

2 Así lo ponen de manifiesto, entre otros, DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *El discurso del odio. Análisis del art. 510 del Código penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 76, o CANCIO MELIÁ, M./DÍAZ LÓPEZ, J. A. quien incluso ubica expresamente en la aprobación de la Ley Federal 18 U.S. 245 de 1969, el hito legislativo que dio origen ala introducción de los delitos de odio en el ordenamiento norteamericano al venir a castigar como delito el impedir a una persona actividades tales como la de acceder a los trasportes públicos debido a su raza, color religión u origen nacional, *Discurso del odio y/o discurso terrorista. Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código penal*. Ed. Aranzadi, 2019, p. 54 y 62.

tipificadas (homicidios, lesiones, etc...) cuando su realización fuese considerada como una manifestación de odio discriminatorio³.

Se pasaba así a considerar al odio discriminatorio como un factor, no solo fundamentador de la creación de determinados delitos, sino también, como una posible circunstancia cualificadora y agravante de la pena de muchos otros.

Ahora bien, como señala FUENTES OSORIO la construcción de estos delitos no siempre ha respondido a la misma estructura. De hecho, las figuras incardinadas dentro de dicha categoría pueden ser agrupadas dependiendo de sobre que concreto aspecto del fenómeno discriminador centren su atención a la hora de fundamentar su castigo.

Así, mientras algunos lo hacen atendiendo a que el ataque realizado se lleva a cabo por motivos discriminatorios hacia la víctima (*hostility model*), otros, por su parte, centran su atención en el hecho de que la conducta en cuestión, con independencia de la motivación de su autor, se ejecute sobre una víctima que tenga determinadas características que la integran en un grupo que debía ser especialmente protegido (*discriminatory selection model*), no faltando tampoco ejemplos normativos que combinaban en su definición la exigencia de ambos factores. Esto es, las exigencias que las actuaciones que vendrían a castigar se debiesen realizar contra uno de dichos sujetos y también con un móvil discriminatorio para ser castigadas por dichos delitos⁴.

Muchas son las figuras contempladas en nuestro ordenamiento que podrían entrar en esta clasificación de delitos atendiendo a una u otra delimitación de la misma. Desde las amenazas dirigidas a determinados colectivos sociales de los que habla el art. 170 1. b) CP, a las torturas del art. 174.1 inciso segundo, el de discriminación en el empleo del 314 CP, el de denegación de prestaciones públicas o privadas de los art. 511 y 512 CP o todos los delitos en los que se pueda apreciar la concurrencia de la circunstancia agravante genérica de

actuar por motivos racistas, antisemitas o por cualquier otra discriminación del art. 22.4 CP, entre otros⁵.

Ahora bien, si la motivación y el objetivo discriminatorio de estos delitos llevaba a que su ejecución se considerase más grave que sus equivalentes no discriminatorias era previsible que el Derecho penal pudiese optar, como ha hecho, por crear nuevas figuras que adelantasen la intervención penal con el objetivo de prevenir su posible comisión. Precisamente con dicha finalidad y atendiendo al hecho de que, en no pocas ocasiones, lo que determina la comisión de delitos de odio es la difusión y generalización de determinadas ideas intolerantes, que favorecen y apoyan su realización, nacieron los delitos tendentes a sancionar los denominados “discursos del odio”⁶.

El origen de esta clase de delitos no es, sin embargo, norteamericano. Se encuentra enraizado en una de las fases más oscuras de la reciente historia europea. En concreto, en la que desembocó en el holocausto judío producido durante la segunda guerra mundial⁷. Fue sin duda dicho acontecimiento histórico, derivado del auge y la subida al poder del autoritarismo nazi en Alemania mediante cauces supuestamente democráticos, el que llevó, por ejemplo, a que, tras la caída de dicho régimen totalitario, la Ley Fundamental de Bonn optase por prohibir las asociaciones dirigidas contra el orden constitucional (en su artículo 9) o por limitar determinados derechos fundamentales entre los que estaba el de la libertad de expresión (artículo 18), con el objetivo de evitar que se pudiese abusar de ellos para combatir e incluso terminar con el régimen de libertad y democracia que dicha ley fundamental pretendía instaurar y garantizar⁸.

Se recogían así, de forma expresa en el ordenamiento alemán, aquellas tendencias que defendían que los regímenes democráticos no podían tolerar los discursos intolerantes por el riesgo que su proliferación generaría para el mantenimiento de su propia existencia, dando lugar al nacimiento de lo que se ha conocido como “democracias militantes” o “intolerantes”. Esto es, de de-

3 CANCIO MELIÁ, M./DÍAZ LÓPEZ, J. A. Op. cit. ant. p. 62.

4 FUENTES OSORIO, J. L. “El odio como delito”, en RECPC 19.27 (2017) p. 6, en <http://criminet.ugr.es/recpc> (últ. vis. 10-2-2020), CANCIO MELIÁ, M./DÍAZ LÓPEZ, J. A. Op. cit. ant. p. 61 y ss.

5 DE VICENTE MARTÍNEZ, R. Op. cit. ant p. 77, CANCIO MELIÁ, M./DÍAZ LÓPEZ, J. A., mantienen una enumeración más amplia que incluye los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra la libertad de conciencia y sentimientos religiosos Op. cit. ant. p. 71 y ss.

6 Interesante es la distinción que efectúan CANCIO MELIÁ, M./DÍAZ LÓPEZ, J. A. entre aquellas conductas propias del denominado discurso del odio que alcanzarían la consideración de delitos (los *hate speech crimes*) y aquellas otras que pese a ser manifestaciones de dicho discurso no alcanzarían tal consideración, lo que denomina como “incidente de odio”, concepto éste en el que se engloban todas aquellas actuaciones de “*illegal hate speech*” que no llega a ser jurídico-penalmente relevante. Op. cit. ant. p. 91 y ss.

7 ALCACER GUIRAO, R. “Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH”, en Revista Española de Derecho constitucional, nº 97 (2013), p. 312, idem “Víctimas y disidentes. El “discurso del odio” en EE.UU. y Europa”, en Revista Española de Derecho constitucional, nº 103 (2015) p. 71 o ESQUIVEL ALONSO, Y. “El discurso del odio en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos”, Revista mejicana de Derecho constitucional, nº 35, 2016, p. 32.

8 ALCACER GUIRAO, R. “Víctimas y disidentes...” cit. ant. p. 48.

mocracias que privan de determinados derechos a sus ciudadanos cuando éstos intentan abusar de ellos para negar los de los demás y tratar así de acabar con la tolerancia y con la democracia misma⁹. Esta peculiar situación fue la que dio lugar a que los ordenamientos penales de algunos países europeos creasen controvertidas figuras que, entre otras cosas, castigaban penalmente el mero hecho de poner en cuestión o negar la producción del holocausto judío durante la segunda guerra mundial (negacionismo) o el de simplemente enaltecer o justificar los regímenes totalitarios, anteriores a las democracias militantes, promoviendo su restauración. Unos delitos, cuya constitucionalidad y compatibilidad con los derechos fundamentales a la libertad ideológica y de expresión de los ciudadanos que se manifestaban en tal sentido ha sido respaldada, no solo por los tribunales penales de los países que los crearon (p. ej. Alemania), sino también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en algunas conocidas sentencias¹⁰.

Ahora bien, frente a lo que se pudiese pensar, los delitos del discurso del odio, no solo han aparecido en países definidos como democracias militantes o intolerantes. También lo han hecho en otros países, como los propios Estados Unidos, donde la preeminencia y casi veneración del derecho a la libertad de expresión, —contenido en la primera enmienda de su constitución y considerado instrumento fundamental para la formación de la opinión pública y, por tanto, para el propio funcionamiento democrático—, no ha impedido que también surjan en su ordenamiento figuras que combaten y reprimen los discursos propios de las allí denominadas *figthing words*, aunque bien es cierto que

lo hacen de forma más reducida y limitada que en las democracias militantes, al considerarse solo legítima la prohibición y sanción de tales discursos si su emisión genera un peligro claro e inminente de producción de actos violentos¹¹.

Menos restrictivo, como veremos, se ha mostrado, sin embargo, nuestro ordenamiento frente a la inclusión de este tipo de figuras en su Derecho penal. Y ello, pese a la reiterada posición sostenida por nuestro Tribunal constitucional que no se cansa de recordar que nuestra constitución no establece un sistema de democracia militante, sino uno que tolera y permite los discursos molestos, degradables o execrables, incluso aunque éstos tiendan a acabar con la propia constitución democrática y sus valores¹². De hecho, pese a la emisión de alguna celebre sentencia, como la 235/2007, que declaró inconstitucional el delito de negación del holocausto en aquel momento vigente¹³, lo cierto y verdad es que tales pronunciamientos jurisprudenciales no han impedido que nuestro Código penal contemple, a día de hoy y tras la reforma que realizaron del mismo las LO 1/2015 y 2/2015, no solo la nueva y controvertida versión del delito del negación o trivialización de los delitos de genocidio (art. 510.1 c) CP, sino también otras muchas figuras que también han sido calificadas como delitos del discurso del odio por nuestro legislador o nuestros tribunales. Así sucede, por ejemplo, con la de incitación al odio del art. 510.1 a) CP, la de humillación de determinados colectivos o sus integrantes (art. 510.2. a) CP), la justificación o la de enaltecimiento de los delitos sufridos por dichos sujetos (art. 510.2 b) CP). Pero también con otras, como las de enaltecimiento o

9 FOX, G./NOLTE, G. "Intolerant Democracies", 36 Harv. Int'l. L. J. 1 (1995), p. 9 y ss, en <https://digitalcommons.wayne.edu/cgi/últ.vis.12-10-2019>; ALCACER GUIRAO, R. "Víctimas y disidentes..." cit. ant. p. 48, En estos países hay "tolerancia" cero frente a los enemigos de la democracia, según señala ESQUIVEL ALONSO, Y. Op. cit. ant. p. 31.

10 Véase en tal sentido, por ejemplo, respecto al delito de negacionismo, las STEDH Wallendy v Alemania, 11 de enero de 1995, Honsik v Austria, 18 de octubre de 1995, Marais v Francia, de 24 de junio de 1996 o la Garaudy v Francia, de 24 junio de 2003, donde se consideró legítimo el castigo penal de estas manifestaciones primordialmente revisionistas, por entender, entre otras cosas, que las publicaciones enjuiciadas no buscaban la verdad del holocausto, sino que se hicieron con "... un propósito de difamación racial contra los judíos y de incitación al odio hacia ellos". DE VICENTE MARTÍNEZ, R. Op. cit. ant. p. 56. Respecto al delito de asociación con fines contrarios a la democracia, resulta interesante la STEH Kühnen v Alemania, de 12 de mayo de 1988, en la que se condenó a un periodista por dar publicidad a un partido que promovía la reimplantación del régimen nazi en Alemania, lo que llevó a su condena y la del partido en cuestión, condena que fue respaldada por el TEDH por entender que dicha reimplantación se contraponen con los valores de un régimen democrático

11 Véase en tal sentido, lo comentado por ALCACER GUIRAO, R. con respecto al muy limitado ámbito de creación de delitos limitadores del discurso del odio permitido por el Tribunal Supremo, gracias a su casi veneración y muy favorable posición con respecto al derecho a la libertad de expresión mantenida en sentencias como la Terminiello v Chicago, emitida en 1949 o la decisiva Brandenburg v Ohio en 1969 que lleva a que solo puedan castigarse aquellos discursos que generen un peligro claro e inminente de violencia "Víctimas y disidentes...". cit. ant. p. 49. También interesante es la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano dictada en el caso R.A. V. v St Paul, de 1992, donde se declaró inconstitucional la normativa estatal que prohibía aquellas manifestaciones que tendiesen a producir una simple perturbación inmediata a de la paz. Sobre estas y otras resoluciones véase, lo comentado, por LANDA GOROSTIZA, J. M. *La intervención penal frente a la xenofobia*, Ed. UPV, 1999, p. 105 y 110, GOMEZ MARTÍN, V. "Incitación al odio y Género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista", en RECPC 18-20 (2016) p. 5, en <http://criminet.ugr.es/recpc/últ.vis.12-3-2019>) o MENDOZA CALDERÓN. S. "Discurso del odio e inmigración", en *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 274 y ss, entre otros.

12 ALCACER GUIRAO, R. "Opiniones constitucionales", *Indret* 1/2018, p. 12, en <https://indret.com> (últ. vis. 10-2-2019).

13 STC 235/2007, de 7 de noviembre.

justificación terrorista o de humillación de sus víctimas (art. 578 CP)¹⁴, la de injurias a la corona (art. 490.3 CP)¹⁵, o incluso con la de escarnio de los sentimientos religiosos del art. 525 CP¹⁶, que igualmente han sido calificadas por nuestros tribunales en algunas de sus resoluciones, más o menos cuestionadas, como ejemplos de dicha clase de delitos.

Podría decirse entonces que estamos viviendo un verdadero “boom” de delitos del discurso del odio, algo que hay que mirar con mucha cautela ya que como afirman algunos autores, no sin razón, en algunas ocasiones el uso de tal categoría ha servido, en realidad, como una etiqueta peyorativa atribuida “... a todas aquellas conductas expresivas que generan reacciones adversas, realizada con el fin de declararlas excluidas del ejercicio de la libertad de expresión y justificar así, su punición”¹⁷.

Sin embargo, no ha sido ésta la única, ni la más severa de las críticas, a las que se han tenido que enfrentar tanto los delitos del discurso del odio, como los delitos de odio introducidos en nuestro ordenamiento. Los problemas que plantean estos dos grupos de delitos son muchos más y tiene incluso un mayor calado. Hagamos un breve recorrido por los mismos

2. Problemas de la represión penal del odio.

Una de las críticas más frecuentes frente a los delitos del odio y de sus discursos es aquella que señala que dichas figuras vuelven a reintroducir en nuestro ordenamiento el viejo y denostado Derecho penal de autor, ya que castigan a sus responsables o, por lo menos, incrementan la pena que se les aplicará no por las conductas que efectúan, sino por las ideas y tendencias internas discriminatorias con las que las realizan, lo que, a juicio de algunos, resultaría difícil de compatibilizar con las exigencias propias de un Derecho penal verdaderamente democrático, que, por serlo, solo podrá perseguir y sancionar hechos y no pensamientos o ideologías¹⁸.

Frente a esta crítica, se alzaron rápidamente las voces de aquellos que señalaron que, en realidad, tanto los delitos de odio, como los del discurso del odio, no sancionan a sus autores por su simple tendencia interna discriminadora o sus pensamientos en tal sentido. Lo hacen, en su opinión, “por actos del mundo exterior que menoscaban derechos fundamentales del individuo”, ya que, incluso cuando se sanciona el simple acto de incitar al odio que castiga el art. 510 CP, no se pena al que lo comete porque sus manifestaciones representen una ideología reprochable, sino porque suponen “fomentar en terceros algunas actitudes internas de discriminación, odio o violencias hacia las minorías a las que se refiere el precepto” que “ponen en peligro la dignidad, libertad o seguridad de un colectivo...” independientemente de si posteriormente provocan o no delitos de discriminación, violencia o de odio¹⁹.

Bien es cierto, como afirman quienes mantienen esta última postura, que los que cometen un delito de odio o de su discurso son castigados, incluso en este último caso, por hechos o expresiones externalizadas y no por sus ideas internas, algo, por otra parte, difícil de hacer, ya que, difícilmente podremos saber que las tienen a no ser que las manifiesten y externalicen de alguna manera. Sin embargo y por otra parte, también lo es que cuando se trata de fundamentar la pena que se podría llegar a aplicar a quienes difunden tales discursos en el mero peligro de que sus manifestaciones podría dar lugar a que sus ideas calasen en terceros, tal y como mantienen estos autores, lo único que se hace es trasladar de lugar el problema relativo al cuestionable fundamento último de tal castigo.

Básicamente, al actuar de dicha forma, lo que se nos dice es que no se sanciona a tales sujetos simplemente por el hecho comunicativo que realizan, ni tampoco por haber ayudado con su ejecución a uno que posterior e hipotéticamente podría llevar a cabo sus posibles receptores. Se les castiga porque su mensaje puede dar lugar a la aparición en quienes lo reciben de unas ideas (las de odio), que se consideran tan peligrosas y se va-

14 STC 112/2016, de 20 de junio.

15 Véase, en tal sentido, la STC 177/2015, de 25 de julio, que condenó la quema de fotos del monarca precisamente por considerarla una manifestación del discurso del odio, acertadamente criticada, entre otros, por ALCACER GUIRAO, R. quien tildaba de “grotesca” la inclusión de la monarquía dentro de los grupos protegidos por los delitos del discurso del odio, en “Opiniones constitucionales...” cit. ant. p. 7 y ss. También crítica con dicha resolución se manifestó, por ejemplo, DE VICENTE MARTÍNEZ, R. quien califica de “lamentable” el uso que se hace en la misma “...de conceptos acuñados sobre realizadas dramáticas que, en modo alguno admite comparación con los insultos a una institución o unas personas de tan alta relevancia política”, de hecho, pone de manifiesto que tal sentencia fue objeto de recurso y posterior resolución por parte del TEDH (caso Stern Taulars and Roura Capellera v Spain), de 13 de marzo, de 2018 que consideró la condena de quienes así actuaron contraria al necesario respecto a la libertad de expresión garantizado por el Convenio Europeo de derechos humanos, En Op. cit. ant. p. 67 y ss.

16 ALCACER GUIRAO, R. “Símbolos y ofensas. Crítica a la protección de los sentimientos religiosos”, RECPC 21-15 (2019), p. 18 y ss, en <http://criminet.ugr.es/recpc> (últ. vis. 12-1-2020).

17 ALCACER GUIRAO, R. “Símbolos y ofensas...” cit. ant. p. 19.

18 LAURENZO COPELLO, P. “La discriminación en el Código penal de 1995”, en EPC, n.º 19, 1996, p. 277 y ss.

19 GÓMEZ MARTÍN, V. Op. cit. ant. p. 10 y 11.

loran tan negativamente que se trata de impedir que puedan propagarse mediante la amenaza de sanción penal a aquel que las puede difundir mediante su publicación o transmisión. De este modo, se convierte al mero peligro de generación de ideas futuras en terceros en el verdadero sustento de la pena aplicable a los autores de estas figuras, lo que, en realidad y a nuestro modo de ver, solo supondría cambiar al viejo y conocido Satán del represivo Derecho penal de autor, que castigaba al sujeto por las ideas que tenía, por el nuevo y más moderno Belcebú del Derecho penal preventivo de autor, que seguiría castigando meras ideas, pero que lo haría por el simple peligro de que éstas puedan aparecer en terceros.

Pese a ello, hay que reconocer que esta cuestionable orientación prevencionista y represora de la posible la expansión de tales ideas no resulta en modo alguno ajena a la voluntad del legislador español. Así lo demuestra, a nuestro juicio, el hecho de que nuestro Código prevea la aplicación de largas penas de inhabilitación especial para oficio o profesión educativa o docente al autor de los delitos de expresión del art. 510 CP, independientemente de si dicho sujeto los cometió o no aprovechándose o teniendo relación con dicha actividad; decisión legislativa ésta que denota la clara tendencia inoquizadora que presenta nuestra normativa penal con respecto a tales sujetos y, especialmente, con sus ideas, a las que trata, como planteaba la postura anteriormente comentada, como verdaderas fuentes de peligro que hay que aislar y neutralizar sin más para evitar que se propaguen, algo que ha sido dura y acertadamente criticado por un importante sector de nuestra doctrina²⁰.

A pesar de lo desalentador que resulta dicha constatación, lo cierto y verdad es que la mayor parte de la doctrina ha tratado de eludir la crítica referida al posible carácter de Derecho penal de autor de estas propuestas, dando un fundamento objetivo y común tanto al mayor castigo previsto para los delitos de odio, como al adelanto de la intervención penal propia de los del discurso del odio; fundamento que, en principio, parece que de-

bería encontrar un interés o valor protegido común para ambas clases de delitos.

El problema al que se enfrenta este planteamiento se deriva del hecho de que la gran diversidad de conductas que supuestamente pueden ser subsumidas tanto entre los delitos de odio como en los de su discurso (como vimos, desde unas agresiones u homicidios realizados con motivos racistas, hasta el mero enaltecimiento de determinados delitos o de sus autores), ha llevado a que se haya sustentado que tales figuras protegen valores de contenido ciertamente difuso y de lo más diverso. Desde la paz pública, hasta el honor o la seguridad de los integrantes de determinados colectivos, su dignidad o incluso sus meros sentimientos de tranquilidad o los morales mayoritariamente defendidos, valores todos ellos que, por otra parte, se consideran lesionados o simplemente puestos en peligro, dependiendo tanto de su grado de abstracción, como de la forma típica de ataque de la que se esté hablando²¹.

Entre dichos intentos objetivadores ocupan un papel destacado, a nuestro modo de ver, aquellos que han propuesto considerar que mientras los delitos de odio sancionan actuaciones que atentan o lesionan la igualdad de determinadas minorías²², los del discurso del odio lo hacen con manifestaciones o comunicaciones que contribuyen a crear un clima de hostilidad que pone en peligro precisamente a los integrantes de tales colectivos minoritarios, bien porque su aparición puede dar lugar a ataques delictivos contra los mismos²³, bien porque puede generar, cuanto menos, actuaciones o actitudes discriminatorias contra ellos, aunque no lleguen a ser delictivas²⁴.

Las ventajas de esta propuesta son obvias. Además de dotar de un referente material unitario, reconocible y seguro a los injustos de estos delitos, lo hacen respondiendo a su origen histórico, del que ya tuvimos ocasión de hablar, y en aparente sintonía con algunas de las resoluciones jurisprudenciales que se han ido manifestando sobre los mismos, como tendremos ocasión de ver posteriormente.

20 Así, entre otros, PORTILLAS CONTRERAS, G. la ha calificado de pena inoquizadora que vulnera la libertad de cátedra y aniquila la libertad de expresión "El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas", en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 103. Mientras que DE VICENTE MARTÍNEZ, R. señala que es pura censura disfrazada de inhabilitación especial, Op. cit. ant. p. 170.

21 Sobre las diferentes teorías sostenidas y sus consecuencias con respecto a la configuración de los comentados delitos como delitos de peligro o de lesión, véase, la interesante recopilación realizada por FUENTES OSORIO, J. L. Op. cit. ant. p. 9 y ss.

22 LANDA GOROSTIZA, J. M. *La intervención penal...* cit. ant. p. 219, LAURENZO COPELLO, P. Op. cit. ant. p. 250 y ss o GÓMEZ MARTÍN, V. Op. cit. ant. p. 12.

23 GARCÍA ÁLVAREZ, P. quien deriva dicha exigencia de la cercanía que, a su modo de ver, existía entre el entonces vigente art. 501.1 CP y la provocación como forma de participación intentada. *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penales relevantes*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 255 y ss.

24 Véase en tal sentido, LAURENZO COPELLO, P. Op. cit. ant. p. 253 y ss y lo mantenido por la STS 259/2011, de 12 de abril, en la que se señala que basta con que la provocación tenga por objeto la posible realización de hechos antijurídicos, no teniendo porque ser necesariamente penales.

Ahora bien, tampoco esta propuesta está exenta de problemas. El primero y más obvio se deriva del hecho indudable de que ni la situación de discriminación sufrida por el grupo al que pertenezca la víctima del delito de odio cometido (p. ej. unas lesiones racistas), que incrementará la pena de quien lo cometa, habría sido generada por la conducta de aquel que lo realizó²⁵, mientras que, por otra parte, tampoco parece que se puede entender que la mera emisión de un mensaje de odio, no directamente incitador, que sancionarían los correspondientes delitos represores de tal clase de discursos pueda ser considerada como idónea por sí misma para dar lugar al clima social de hostilidad hacia el colectivo que supuestamente justificaría el castigo anticipado de dicha conducta²⁶. En efecto, tanto lo uno (la discriminación), como lo otro (el clima hostil) solo se generarán o habrán generado por actuaciones, previas o posteriores, de terceros cuya sucesiva acumulación será la que podrá dar o habrá dado ya lugar a la aparición de alguna de tales situaciones. Siendo así, responsabilizar y castigar al autor del delito en cuestión sobre la base de lo uno o lo otro, contrariaría las exigencias básicas derivadas tanto del principio de lesividad, como del principio de culpabilidad y de personalidad de las penas, ya que vendría a fundamentar tanto la parte del injusto del delito de odio que lo convierte en tal (la referida a la situación de discriminación), como el peligro que dotará de contenido material de antijuridicidad al del discurso del odio (la aparición del clima peligroso), en actuaciones que puede que ni siquiera se hubiesen producido todavía o, de haberlo hecho, no serían producto de forma exclusiva de las conductas realizadas por dicho sujeto sino de las de terceros. Esto es en actuaciones ajenas.

Precisamente por ello y teniendo en cuenta la escasa lesividad que realmente presentan las comentadas conductas individuales con respecto a aquel valor cuya afectación supuestamente dota de un contenido común a sus injustos (la no discriminación de determinados colectivos), no debe sorprender que mayoritariamente se considere que su ejecución solo representa una puesta en peligro abstracto de tal valor²⁷. Una puesta en peligro cuya existencia, además y por lo que se refiere a los delitos del discurso del odio, incluso se propone,

como advierte FUENTES OSORIO, que pueda apreciarse partiendo de una doble presunción. Por un lado, de la que se dará al considerar existente dicho peligro desde el mismo momento en que la actividad realizada favorezca la aparición de un simple clima hostil contra el colectivo que no se tiene que demostrar que realmente se haya llegado a producir y que, además se sabe que la conducta realizada no puede generar. Por otro, de la que determinará que se califique tal clima de pre-delictivo o criminógeno, esto es, generador o fomentador de delitos, sin tener que acreditar dicho hecho, ni tener siquiera que ponerlo en relación con la posible realización futura de delito concreto alguno²⁸.

A este problema se añade otro no de menor calado, ya que, al no requerir la posible sanción penal de las conductas consideradas como manifestaciones del denominado discurso del odio penalmente relevantes que su ejecución haya necesariamente de ser idónea para generar delitos concretos y conectarse su delimitación tan solo con la mera posible aparición de un simple clima hostil para aquellos sujetos contra los que va dirigido, se transforma a dichas figuras en unos instrumentos preventivos y sancionadores de una enorme amplitud. Tan amplios que, de hecho, podrán ser utilizados para prevenir y castigar las meras incitaciones o favorecimientos ideológicos, incluso indirectos o no expresos, a la realización de cualquier delito o comportamiento discriminatorio en general, en contra los colectivos protegidos, y no necesariamente de alguno concreto, determinado o por lo menos determinable. Esto desdibuja hasta tal punto los referentes delimitadores del peligro propio de estas figuras que hace posible que se puedan tratar de utilizar para prohibir y castigar discursos y manifestaciones simplemente molestos o de mal gusto, pero que, en modo alguno, resultan realmente lesivos o peligrosos para los bienes jurídicos esenciales de los individuos, poniéndose así en clara tensión el debido respeto y salvaguarda que un verdadero Estado democrático de Derecho ha de otorgar a los derechos a la libertad ideológica y de expresión de quienes emiten tal clase de expresiones.

En efecto y como ya adelantamos, la creación de los delitos del discurso del odio ha planteado serias dudas de constitucionalidad desde su mismo nacimiento por

25 Así lo indica, por ejemplo, ALCACER GUIRAO, R. quien, acertadamente señala que incluso las incitaciones a la discriminación de grupos marginados parten de la existencia de una realidad que ya existe previamente en la sociedad, de un status quo previo. En "Diversidad cultural, intolerancia y Derecho penal", en RECPC 18-11 (2016), p. 52, en <http://criminet.ugr.es/recpc> (últ. vis. 10-3-2020).

26 En este sentido, señala ALASTUEY DOBÓN, C. que el hecho de que la conducta comunicativa individual que castigan estos delitos no puede llegar a producir por sí misma dichos climas, a no ser que el contexto social sea propicio, con lo que no resultan idóneas para hacerlo, es lo que ha llevado al legislador, tras la reforma realizada en 2015, a castigar la mera promoción o favorecimiento del clima, en "Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015", en RECPC 18-14 (2016), p. 17 y 18, en <http://criminet.ugr.es/recpc> (últ. vis. 12-3-2020).

27 De otra opinión, GÓMEZ MARTÍN, V. que lo considera de lesión para dichos valores. Op. cit. ant. p. 12.

28 FUENTES OSORIO, J. L. Op. cit. ant. p. 12.

su evidente tensión con los derechos fundamentales a la libertad ideológica y, sobretodo, de expresión contempladas en las constituciones de todos los países democráticos y en muchos de los convenios internacionales de derechos humanos. Una tensión que, de hecho, ha dado lugar a la aparición de posicionamientos claramente contrapuestos respecto a dicha clase de figuras delictivas.

Por una parte y como adelantamos, estaría el posicionamiento norteamericano que se decantó por entender que las *fighting words* solo pueden ser prohibidas y perseguidas cuando den lugar a un peligro claro e inminente de ataque a los intereses de aquellos a los que se pretende proteger. Mientras que, por otra y en clara contraposición con lo anterior, estaría el modelo mayoritariamente seguido en el continente europeo. Un modelo, amparado por la en ocasiones errática jurisprudencia mantenida por el TEDH en esta materia²⁹, que se ha decantado por otorgar un margen mucho más amplio a la posible creación constitucional de esta clase de delitos, bien sea por entender, como hizo en algunas ocasiones dicha corte internacional, atendiendo a lo establecido en el art. 17 del CEDH, que los discursos a los que se aplican no estarían realmente protegidos por el derecho a la libertad de expresión por representar un abuso de dicho derecho fundamental; bien por haber considerado, como tal corte también manifestó en alguna resolución, que la prohibición y posible castigo de tales discursos representará una limitación del derecho a la libertad de expresión que, en principio sí que asistiría a los sujetos que los difundiesen, que resultará, sin embargo, legítima en la medida en que se establezca para poder salvaguardar de forma proporcionada otros legítimos intereses con los que las manifestaciones en

cuestión entrasen en conflicto, resultando entonces su sanción penal acorde a lo establecido por el art. 10. 2 del referido convenio³⁰

La facilidad con la que este Tribunal ha admitido la compatibilidad del castigo penal del discurso del odio con el debido respeto a la libertad de expresión, unida a la enorme amplitud protectora que se le ha otorgado han tenido sin duda mucho que ver en el hecho de que cada vez sean más los delitos de opinión que bien nuestro legislador, bien nuestros propios tribunales han tratado de incardinar en dicha categoría de figuras. Como vimos, desde el delito de negación o trivialización del genocidio hasta aquellos otros que, por lo menos inicial y aparentemente, podría pensarse que poco o nada tenían que ver con los que tradicionalmente se han incardinado en tal grupo de figuras, como podrían ser, por ejemplo, las de enaltecimiento del terrorismo, la de escarnio a los sentimientos religiosos, o incluso el de injurias a la corona.

Ahora bien existen otros factores determinantes de la imparable expansión del número de delitos incluidos entre los del discurso del odio. Entre ellos, y por lo que se refiere, en concreto, a nuestro concreto ordenamiento, uno que ha desempeñado un papel fundamental ha sido el que nos viene dado por la concreta configuración que nuestro Código penal ha dado a los delitos de odio propiamente dichos, de los que, en principio y por lo menos inicialmente, las figuras que castigan las diversas manifestaciones del discurso del odio solo representarían un mero adelanto punitivo realizado con finalidad preventiva.

Nuestro legislador ha optado por implantar, primordialmente, un modelo de “hostilidad”³¹. Esto es, un modelo que delimita los delitos de odio atendiendo a

29 A este respecto, señala GÖRAN ROLLNERT, G. que resulta incoherente que el referido tribunal excluya en alguna de sus sentencias a discursos como el negacionista del ámbito de protección de la libertad de expresión en alguna de sus resoluciones, aplicando el art. 17 del convenio, y, sin embargo, considere en otras que la, apología del terrorismo como un discurso que solo se puede limitar cumpliendo las exigencias establecidas en el art. 10.2 del convenio. Esto es, superando un test de proporcionalidad. En “El discurso del odio y sus límites de libertad de expresión: de la “zona intermedia” a los estándares internacionales”, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 269. De contradictoria califica también la jurisprudencia del TEDH en materia de negacionismo TERUEL LOZANO, G. M. en “La Libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sobras sin luces en la reforma del Código penal”, en *Indret* 4/2015, p. 11. Sobre las diferentes sentencias emitidas respecto a este tema, véase, también ESQUIVEL ALONSO, Y. Op. cit. ant. p. 11 y ss, entre otros.

30 DE VICENTE MARTÍNEZ, R. Op. cit. ant. p. 54 y ss. Sobre los orígenes históricos, políticos y filosóficos de esta clara diferencia, véase, por todos, lo comentado por ALCACER GUIRAO, R. “Víctimas y disidentes...” cit. ant. p. 50 y ss.

31 De otra opinión, CANCIO MELIÁ, M./DÍAZ LÓPEZ, J. A. quienes afirman que nuestro ordenamiento recoge ambos modelos de forma sectorial, ya que mientras conductas como las castigadas por el 510 CP se incardinan en el modelo de hostilidad, el del 314 CP, que no exige que se actué por motivos determinados sería un ejemplo de delito de discriminación selectiva, en Op. cit. p. 69, lo que, a nuestro modo de ver, olvida que tampoco este delito se ajusta exactamente al modelo discriminatorio, ya que al castigar discriminaciones en el empleo hechas “...por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español”, obviamente no protege de forma exclusiva a minorías discriminadas, pudiendo aplicarse, por ejemplo, tanto cuando se discrimina a una mujer por el hecho de que lo fuese, como a un hombre por tener dicha cualidad, por más que evidentemente, no se pueda decir que este último, por ser hombre, forme parte de una clase o grupo discriminado.

la motivación con la que se efectúan y no por uno de “discriminación selectiva” que tienda a proteger especialmente a los colectivos discriminados frente a los ataques que sufren por serlo. Pero, además y por otra parte, también se ha decantado por hacerlo delimitando las motivaciones que darán lugar a la apreciación de estos delitos exigiendo que se comentan, como señala los art. 22.4 CP “...por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”; motivaciones prácticamente idénticas a las que contempla el art. 510 CP, si bien este precepto añade como posible motivo determinante de su apreciación, además de las anteriores, que sus conductas típicas se hubiesen realizado “por razón” de la situación familiar de la víctima.

Con ello, no solo se configuran estas figuras atendiendo a un aspecto puramente motivacional o interno de su autor. Además, se opta por otorgar, con carácter general, dicha calificación a los ataques que se efectúan a los integrantes de grupos delimitados por sus “estatus” (su raza, sexo, etnia, género, etc...) y no por su pertenencia a una de las “clases” que conforman dichos estatus (hombres o mujeres, hetero- u homosexuales, gitanos o payos, etc.). Esto lleva a que los comentados delitos protejan a todos los colectivos incardinables en alguno de los concretos estatus de los que habla, independientemente de si el mismo había sido o estaba siendo objeto de discriminación o no, lo que evidentemente se contradice con lo que deberían hacer las figuras delictivas propias de un verdadero modelo de selección discriminatoria³²; opción legislativa tiene, sin embargo, una única y significativa excepción. La referida al colectivo judío, al que dichos delitos sí que protegen de forma expresa como colectivo identitario propio (como clase), al incluir expresamente a los motivos antisemitas entre los que podrán dar lugar a la apreciación de su realización, algo que encuentra su razón de ser en la terrible historia que tal pueblo ha vivido, especialmente en la historia europea reciente, que ha determinado

que numerosa normativa inter- y supranacional exija su expresa y diferenciada protección³³.

Pese a todo, la comentada configuración típica aleja de forma general a los delitos de odio españoles de su concepción originaria, protectora de minorías desvalidas, para convertirlos en figuras que protegen la igualdad de todos, permitiéndose así que el legislador pueda extender el ámbito de aplicación de las estructuras propias de los delitos de odio a la protección de prácticamente cualquier colectivo o grupo de personas, diferenciada o diferenciable, que considere que debe merecer su especial y cualificada tutela (los conocidos como “grupo diana”³⁴). No habrá entonces problema alguno para que estos delitos se puedan utilizar para proteger a grupos mayoritarios en modo alguno discriminados (blancos, españoles, heterosexuales, católicos, etc...) o incluso para que lo hagan con los que ostentan una posición predominante con respecto al resto de los que conforman la sociedad (p ej. los que apoyen al partido dominante o los miembros de la familia real).

De hecho, la enorme amplitud de protección subjetiva otorgada a estos delitos ha llevado a que no falten voces en nuestra doctrina que abogan, no solo por extender su ámbito de aplicación a otras posibles motivaciones discriminatorias (p. ej. como la aporofobia, la gerontofobia, etc.) que se consideran como equiparables o incluso como más graves que las actualmente contempladas por estar referidas a colectivos desfavorecidos, sino incluso por hacerlo, atendiendo a lo establecido por alguna normativa internacional, a cualquier ataque delictivo efectuado contra un sujeto en razón de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”³⁵.

Ello, evidentemente, abre las puertas a que también los delitos de discurso del odio puedan hacer lo propio y puedan extender su ámbito de protección a toda clase de grupos sociales, discriminados o no. Se comprende así porque esta última clase de delitos se ha tratado de utilizar, en nuestro país, en tiempos recientes para justificar, por ejemplo, la legitimidad de la persecución penal de manifestaciones o expresiones realizadas contra la religión dominante (la católica), dando lugar al enjuici-

32 Sobre el origen y delimitación de los conceptos de *status* y de *class*, véase CANCIO MELIÁ, M./DÍAZ LÓPEZ, J. A. Op. cit. ant. p. 63 y ss.

33 A este respecto, véase, por ejemplo, las recomendación de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia del Consejo de Europa, referidas específicamente a la lucha contra el antisemitismo, de 2004 que comenta DE VICENTE MARTÍNEZ, R. Op. cit. ant. p.138 o la incluso más reciente resolución del Parlamento Europeo, de 1 de junio de 2017, sobre la lucha contra el antisemitismo (2017/2692(RSP), entre otras.

34 LANDA GOROSTIZA, J. M. señala en tal sentido que los grupos diana protegidos no son necesariamente ya minorías, ni vulnerables, sino simplemente “grupos diana protegidos”, en *Los delitos de odio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 138.

35 En este sentido, se manifiesta, por ejemplo DE VICENTE MARTÍNEZ, R. Op. cit. ant. p. 86. Otros, como MARTÍN RIOS, B., si bien excluyen a las personas de avanzada edad de estos colectivos que deberían proteger estos delitos, abogan por incluir en su ámbito de protección a las prostitutas, simplemente, por ser frecuente objeto de ataques por el mero hecho de serlo, en “La represión del discurso del odio a través del Derecho penal. Debilidades y fortalezas de la regulación actual” *Prevención y represión del discurso del odio. Hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*, Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2019 (Ebook) RB.2.3

ciamiento por delitos contra los sentimientos religiosos de la quema de figura de cristo (Caso Javier Krahe), de ciertas expresiones soeces y de mal gusto de algún actor en una conocida red social contra la virgen del Pilar (caso Willie Toledo, recientemente absuelto por ST de 29 de febrero de 2020, del Juzgado de lo Penal número 26 de Madrid) o de procesiones de representaciones de los genitales femeninos en el lugar que tradicionalmente ocupan la figura católica de la virgen (el conocido como caso de la “procesión del coño insumiso” que dio lugar a la ST absolutoria de 9 de octubre de 2019 del juzgado de lo Penal número 10 de Sevilla³⁶).

También se entiende entonces el motivo por el que esta clase de delitos se ha empleado, incluso por nuestro Tribunal constitucional, para justificar y considerar acorde a nuestra carta magna la condena de algunos sujetos por delito de injurias a la corona por la mera quema de retratos del monarca (caso Stern Taulats y Rura Capella) o por criticar de forma ciertamente gruesa la actividad del monarca (caso Otegui)³⁷. O la razón por la que nuestros tribunales la han usado para enjuiciar e incluso castigar, en determinados casos, por delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación de sus víctimas (otro de los nuevos “grupos diana” a proteger), a raperos, twitteros y titiriteros por difundir bromas, de mejor o peor gusto, pero bromas, sobre la muerte o el secuestro de alguna de las más conocidas víctimas de las afortunadamente desaparecidas organizaciones terroristas ETA o GRAPO (p. ej. caso Strawberry o Casandra Vera).

Esta aparentemente imparable proliferación de supuestos delitos de discursos de odio se entiende perfectamente si se parte de la confluencia de una jurisprudencia constitucional que parecía dar “patente de corso” a la constitucionalidad de los delitos calificados como tales y de la amplia delimitación, tanto objetiva como subjetiva, que algunos mantienen de este grupo

de figuras, que prácticamente permite tipificar y tener por tales a cualquiera que castigue cualquier expresión que pudiese ser considerada como hostil o intolerante dirigida contra cualquier colectivo o individuo, discriminado o no, que sea elegido como víctima por tener algún rasgo distintivo con respecto a los demás.

En un entorno tan favorable a la admisión y expansión de los delitos del odio y del discurso del odio, solo era cuestión de tiempo que nuestro legislador se decidiese, como de hecho ha hecho, a retomar la vieja idea de algunos de sus actuales integrantes y de los partidos que lo apoyan de convertir en delito la mera apología o el enaltecimiento del franquismo y de otros regímenes totalitarios, tratando de legitimar la existencia de dicha nueva figura considerándola (como no) como un ejemplo más de las que perseguirán discursos del odio, ya que vendría a sancionar la difusión de mensajes que se consideran peligrosos por ser contrarios y atacar, en este caso, a los valores de tolerancia que deben primar en un sistema democrático³⁸.

La pregunta entonces es inmediata. ¿Hay alguna forma de parar este cuestionable y aparentemente irrefrenable proceso expansivo de los delitos de odio y de sus discursos, dando al mismo tiempo respuesta a todos los problemas que tales figuras plantean al Derecho penal?

Para responder a esta pregunta, creemos que puede ser interesante acudir a los estudios que realizó sobre las diferentes formas de violencia y su interacción social, GALTUNG.

3. El triángulo de la violencia de Johan Galtung

El punto de partida de GALTUNG es que la violencia consiste en la privación de los derechos y necesidades básicas del individuo. En concreto, la violencia priva a la persona de lo que necesita para su supervivencia, para su bienestar, para mantener su identidad o para go-

36 En realidad y para ser exactos, la procesión se llamaba “Procesión de la anarcocofradía del santísimo coño insumiso y el santo entierro de los derechos socio-laborales”. Sobre este y otros casos relacionados con el ataque a los sentimientos religiosos y su problemática, véase, ALCACER GUIRAO, R. “Símbolos y ofensas ...” cit. ant. p. 2 y ss.

37 Sobre esta sentencia, véase lo comentado por SOTO GARCÍA, M. “TEDH - Sentencia de 15.03.2011, Otegi Mondragón C. España, 2034/07 —Artículo 10 del CEDH libertad de expresión— límites —delito de Injurias contra el jefe del estado— - Exhortación a la violencia y discurso de odio”, en Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 42, 2012, p. 575 y ss.

38 En concreto, un primer intento de tipificación de esta conducta se produjo mediante la enmienda parlamentaria nº 56 presentada por el Grupo Mixto durante la tramitación parlamentaria de la LO 1/2015 que dio lugar a la aprobación el vigente artículo 510 CP, que proponía introducir un nuevo apartado d) en su primer apartado que vendría a castigar a “*quienes banalicen, incurran en apología o enaltezcan el franquismo, nazismo, fascismo o nacionalcatolicismo*”, con la finalidad de tipificar las apologías de los mencionados totalitarismos. DE VICENTE MARTÍNEZ, V. Op. cit. ant. p. 115. Éste es el origen que llevó posteriormente al Grupo Parlamentario Socialista a presentar la proposición de Ley para la reforma de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre que, entre otras cosas, trata de modificar el art. 510 de nuestro Código penal, para incluir en tal precepto el castigo de “*quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión el franquismo, o los delitos que hubieran sido cometidos contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo por su condición como tales, o a quienes hayan participado en su ejecución*”, propuesta que es analizada por LEÓN ALAPONT, J. en la “Defensa de regímenes totalitarios: aspiraciones punitivas en tiempos democráticos”, en Diario La Ley, nº 9572, 2020, en <https://diariolaley.laleynext.es> (últ. vis. 10-3-2020) y cuya tramitación, sin duda, ha recobrado fuerza tras como consecuencia de las manifestaciones de apoyo y enaltecimiento del dictador y de su régimen que la exhumación del cuerpo de Franco ocasionó.

zar de libertad. Le priva completamente o por lo menos disminuye el nivel aceptable de satisfacción de tales necesidades.

Ahora bien, cuando hablamos de violencia, generalmente, tan solo nos ocupamos de denominada violencia directa. La que se ejerce por individuos concretos mediante conductas específicas dirigidas contra otros. Es ésta una violencia visible y que siempre ha ocupado al Derecho que ha tratado de acabar con ella castigando sus manifestaciones, incluso penalmente, cuando su realización se materializa, por ejemplo, en una muerte (privación de la necesidad de supervivencia), unas lesiones (privación del bienestar), la desocialización de un sujeto (necesidades identitarias) o la detención o represión de otro (privación de la necesidad de libertad)³⁹.

Sin embargo, la violencia directa, a juicio de GALTUNG, solo sería la punta del iceberg de la violencia como fenómeno social.

La violencia, como fenómeno social lesivo de las necesidades de los individuos, es un fenómeno complejo y también puede ser resultado, por ejemplo, de procesos de estratificación social. En concreto, de un conflicto entre dos o más grupos sociales que se resuelve sistemáticamente a favor de uno de ellos y en perjuicio del resto. Son conflictos que se solventan mediante una diferente distribución de los medios y de las posibilidades de satisfacción de necesidades básicas de los que se dispone, provocando, de esta forma, una situación de explotación de una parte de la sociedad por otra.

Así, por ejemplo, la diferente distribución de la riqueza determina que el acceso a la sanidad de un ciudadano de un país pobre no tenga nada que ver con el que tiene el de uno desarrollado, lo que, sin duda redundará en una merma de su esperanza de vida y, por tanto, también en la de la posible satisfacción de su necesidad de supervivencia. Pese a ello, al no ocasionarse dicha merma por la actuación de un sujeto concreto, sino por toda una amalgama de estructuras e interacciones sociales y de normas incluso legales que mantienen el no equitativo reparto del posible acceso a los recursos que permitiría evitar su producción (p. ej. por

las normas internacionales que obligan al país pobre a seguir pagando lo que le exigen las farmacéuticas de los países ricos por los medicamentos que permitirían salvar a muchos de sus ciudadanos), no se suele considerar que la generación de dichos resultados sea una manifestación y un efecto de una forma de violencia, sino tan solo el desgraciado producto de la, a juicio de GALTUNG, eufemísticamente llamada, “injusticia social” reinante⁴⁰.

Algo muy similar se puede observar a nivel nacional o incluso grupal. El establecimiento y mantenimiento de estructuras sociales en un país o en un territorio que impiden o hacen mucho más difícil el acceso y la posibilidad de uso de determinados recursos (trabajos, carreras profesionales ascendentes, cargos de responsabilidad) a determinados colectivos sociales (pobres, mujeres, personas de raza negra, extranjeros, etc...) en favor de otros (ricos, hombres, personas de raza blanca, nacionales, etc...), determinará que quienes pertenecen a los grupos dominantes tengan evidentes ventajas a la hora de satisfacer sus necesidades con respecto a quienes estén en los dominados, por más que ello no sea resultado del ejercicio de la violencia directa, ni necesariamente de mecanismos legales directamente discriminatorios, sino que se ocasione por vías o instituciones sociales mucho más sutiles y tan dispares como la diferente posibilidad del acceso a una buena educación, la articulación y el funcionamiento de las unidades domésticas o incluso la de la familia como institución⁴¹.

Por otro lado y según GALTUNG, junto a esta violencia, menos conocida y visible que la directa, existe otra. La que él denomina como violencia cultural. Ésta forma de violencia conforme al entendimiento del referido autor alude “a aquellos aspectos de la cultura, la esfera simbólica de nuestra existencia —materializado en la religión y la ideología, en el lenguaje y el arte, en la ciencia empírica y la ciencia formal (la lógica, las matemáticas)— que puede ser utilizada para justificar o legitimar la violencia directa o la violencia estructural.”⁴².

Es una violencia menos visible que la directa, pero que contribuye a que esta última y/o la violencia estruc-

39 GALTUNG, J. “La violencia: cultural, estructural y directa” Cuadernos de estrategia, ISSN 1697-6924, Nº 183, 2016, p. 150 y ss.

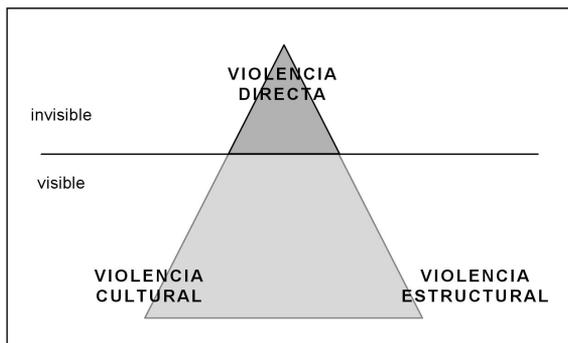
40 En este sentido, señala GALTUNG, J. que explotación “... significa, simplemente, que la clase dominante consiguen muchos más beneficios de la interacción en la estructura que el resto, lo que se denominaría con el eufemismo de intercambio desigual”, Op. cit. ant. p. 153. En este sentido, algunos autores como DE LA PARRA, D./TORTOSA, J. M. consideran que es más adecuado hablar de violencia estructural, como hace Galtung, y no simplemente de mera injusticia social o desigualdad, entre otras razones, porque, el fenómeno social analizado no se explica tan solo por razones económicas, sino que tiene muchos factores políticos implicados que hacen más adecuado utilizar el concepto de violencia para poner de manifiesto que estamos analizando un fenómeno muy unido al ejercicio del poder, mientras que, por otra parte, al calificar la privación de necesidades básicas de los individuos de “violencia” se priva de la posibilidad de buscar elementos de legitimación de dicho resultado, como son aquellas que defienden que la desigualdad generada fomenta la eficiencia del funcionamiento del sistema social o motivan a los sujetos a incentivarlas a superar la situación adversa desde la que parten. En “Violencia estructural: una ilustración del concepto”, en Documentación Social 131 (2003), p. 61 y ss.

41 DE LA PARRA, D./TORTOSA, J. M. Op. cit. ant. p. 65.

42 GALTUNG, J. Op. cit. ant. p. 149.

tural pueda aparecer o mantenerse al hacer que “...se perciban como cargadas de razón —o al menos, que se sienta que no están equivocadas—”, dado que permite que se pueda “cambiar el utilitarismo moral, pasando del incorrecto al correcto o al aceptable; un ejemplo podría ser asesinato por la patria, correcto; y en beneficio propio, incorrecto.”⁴³.

Queda así conformado lo que GALTUNG denomina como el “triángulo vicioso de la violencia”.



Este triángulo se configura por tres vértices referidos respectivamente a las violencias directas, estructural y cultural y permite ver el flujo y las interacciones que existen entre las tres clases de violencia. Cuando la base del triángulo se sitúan en el lado que une la violencia estructural y la directa, la violencia cultural actúa como justificante y legitimadora de las otras dos. Si, por el contrario, se sitúa (como en la imagen), en el lado que une la violencia cultural y estructural, se ponen de manifiesto las fuentes que llevan y sustentan la aparición de la violencia directa. Unas fuentes que, por otra parte, funcionan de forma diferenciada, ya que mientras la violencia estructural es fruto de un proceso con altibajos y se va creando por acumulación de sustratos, la cultural es inalterable y constante, dada la lentitud con la que se producen los cambios culturales, lo que le permite convertirse en un sustrato permanente del que se pueden nutrir las otras dos formas de violencia⁴⁴.

Ahora bien, a juicio de GALTUNG, a pesar de lo que en un primer momento se pudiese pensar, la cadena causal propia de la violencia no siempre sigue la secuencia dada por la sucesión violencia cultural-estructural-directa. La violencia, de hecho, puede iniciarse en cualquiera de los vértices y dar lugar a la aparición de cualquier otra u otras de sus manifestaciones. Así por ejemplo, la esclavitud en Estados Unidos comenzó con

la violencia directa de la detención de millones de africanos y su traslado forzado a aquel país. Después, tras la abolición, se transformó en una violencia estructural (en una discriminación indirecta) que todavía se puede apreciar, aunque sea de forma indirecta. Mientras que, por otra parte, ambas formas de violencia se vieron respaldadas, durante todo ese tiempo, por una violencia cultural, que aun persiste, en forma de prejuicios, y que trata de legitimar y justificar a las otras dos, por ejemplo, desacreditando y humillando a las personas de raza negra (los descendientes de los antiguos esclavos), algo que, incluso a día de hoy, sirve de soporte cultural y justificación para su injusto tratamiento social (forma de violencia estructural) o incluso para que algunos ejerzan violencia directa contra ellos.

Es precisamente por ello, por lo que GALTUNG consideró que la figura del triángulo resulta más adecuada para representar el ciclo vicioso de la violencia que una representación por simples sustratos, dado que dicha forma geométrica permite ver como todas sus clases pueden relacionarse e interactuar entre sí, pudiendo originarse la violencia contra sujetos o colectivos en cualquiera de sus vértices y funcionar cualquiera de las formas de violencia como origen y sustento de las otras en todas las direcciones del triángulo⁴⁵.

La propuesta de GALTUNG resulta interesante en el caso que nos ocupa por varios motivos.

El primero, porque analiza el fenómeno de la violencia como un fenómeno colectivo o social y no meramente individual, lo que resulta especialmente interesante a la hora de analizar delitos, como los de odio o los de su discurso, con los que, en un principio, parecía que el Derecho penal trataba de responder a fenómenos sociales lesivos y de marcado carácter colectivo, como la discriminación o la trasmisión de ideas discriminatorias; fenómenos que, de hecho y como veremos, pueden ponerse perfectamente en relación con los conceptos de violencia estructural y cultural de los que habla dicho sociólogo.

Pero, además y por otra parte, también resulta interesante porque sirve para explicar de forma clara, como las diferentes formas colectivas de violencia (las estructurales y las culturales) pueden interactuar y retroalimentarse con las individuales (las directas), algo que, como también tendremos ocasión de comprobar, resulta de sumo interés para concretar cuáles de dichas interacciones puede sancionar el Derecho penal sin sacrificar por el camino aquellos límites y garantías que lo convierten en un Derecho penal garantista y realmente democrático.

43 GALTUNG, J. Op. cit. ant. p. 150.

44 GALTUNG, J. Op. cit. ant. p.154.

45 GALTUNG, J. Op. cit. ant. p. 156.

4. Los delitos de odio como manifestaciones de injustos estructurales

Como vimos al comienzo de este trabajo, tanto los delitos de odio, como los relativos a su discurso plantean muchos problemas al Derecho penal. Tanto de legitimación, como de delimitación y aplicación.

Así, por ejemplo, si partimos, como hace el ordenamiento español vigente de que los delitos de odio incrementan la pena de sus autores atendiendo a la motivación con la que los llevaron a cabo, parece realmente difícil que podamos eludir la crítica que realizaban aquellos que consideraban que de dicha forma se reintroduciría en nuestro ordenamiento una nueva manifestación del denostado Derecho penal de autor que castigaba al sujeto por sus ideas o motivaciones y no por lo que realmente había hecho. ¿Cómo si no se explicaría que el art. 22. 4º CP pueda incrementar la pena, por ejemplo, a aquel sujeto que golpee a un tercero por motivos homófobos incluso aunque lo hiciese por error y el agredido no fuese homosexual, ni defendiese la causa de dicho colectivo? Es evidente, que en estos casos, el castigo de las lesiones producidas se fundamenta en un hecho. Pero, ¿también lo hace el incremento de pena derivado de la agravante de odio? ¿O ésta realmente se fundamenta en que la motivación que determinó el ataque refleja una ideología de su autor que nos parece especialmente rechazable?

Por otra parte, si para que se considere que se ha dado uno de los ataques propios de los delitos de odio y, por tanto, también se genere el correspondiente incremento de penas hace falta que se lleven a cabo por una finalidad discriminadora, ¿no se estará excluyendo de entre los delitos delito de odio y de las mayores penas que les son propias a la mayor parte de los ataques que sirven para respaldar la discriminación existente por el simple hecho de que no se efectúan con la finalidad hacerlo? Así, por ejemplo, si los delitos de odio por género solo permiten incrementar la pena de los ataques realizados contra mujeres por haber sido llevados a cabo con una motivación discriminadora contra ellas, ¿no estaremos dejando al margen de tales delitos a la mayor parte de los ataques que dicho colectivo sufre, por ejemplo, a manos de sus parejas y exparejas masculinas sin actuar por dicha motivación, por más que su ejecución pueda contribuir y, de hecho, contribuya y ayude a sustentar la discriminación que padecen?

La única forma, entonces, de justificar el incremento de penas que genera los delitos de odio objetivamente y al margen de toda reminiscencia del deplorable Derecho penal de autor, consiguiendo, al mismo tiempo, que dichas figuras cumplan con la función protectora que supuestamente persiguen, es configurarlos de tal forma

que su mayor castigo se fundamente primordialmente en el hecho de que los ataques que les son propios estaban objetivamente dirigidos a un colectivo discriminado y, por tanto, más necesitado de protección. Esto es, estableciendo un modelo de selección discriminadora y no un sistema de mera hostilidad como el actual.

Sin embargo, y como también vimos, tampoco este modelo está exento de problemas. El primero se deriva del hecho de que si se trata de fundamentar el mayor castigo propio de estas figuras en la existencia de determinados colectivos sociales discriminados, resulta difícil de justificar por qué dicha realidad social, derivada de complejos y prolongados procesos históricos, puede determinar el incremento de pena que sufrirá el individuo que realizó el concreto acto delictivo producido.

Tal vez este hecho sea el que haya llevado a que nuestro ordenamiento haya intentado sustentar el incremento de pena propia de estos delitos en el hecho de que las actuaciones que castigan supongan, por sí mismas, actos de discriminatorios individuales realizados por su autor a la hora de elegir a su víctima por alguna circunstancia o rasgo distintivos de la misma. La discriminación fundamentadora de los delitos de odio dejaría entonces de ser vista desde una perspectiva social (de grupo o clase discriminado), para pasar a serlo desde una individual (la de la concreta víctima elegida por su autor por su pertenencia a uno u otro colectivo, discriminado o no), lo que restringiría e individualizaría el contenido del injusto propio de estos delitos, permitiendo así que el castigo de sus autores respondiese a las exigencias propias del principio de culpabilidad.

Sin embargo, pese a dichas ventajas, la comentada opción legislativa, como ya tuvimos ocasión de señalar, también llevaría a que los delitos de odio dejasen de ser un mecanismo de lucha contra la discriminación social existente, para pasar a ser uno de simple salvaguarda de la igualdad individual, lo que tiene importantes efectos.

El más obvio es que estas figuras no podrían proteger ya solo a clases o grupos de sujetos discriminados, sino que tendrían que hacerlo con cualquier individuo susceptible de atacado en razón de alguna característica que los distinga del resto, lo que parece abocar a que estos delitos deban determinar sus sujetos especialmente protegidos atendiendo, no solo a determinados “estatus” y no a su “clase” (como vimos hacen, por ejemplo, tanto la agravante del art. 22. 4 CP, como los delitos del 510 CP), sino a cualquier hecho diferenciador de sus posibles víctimas. Se hace así posible que estas figuras puedan utilizarse para proteger a cualquier otro sujeto incardinable en todo “grupo diana” que podamos diferenciar e imaginar (p. ej. las víctimas del terrorismo o a la familia real, pero también (¿por qué no?), a policías, militantes o partidarios de partidos políticos, aficio-

nados de equipos de fútbol, etc...)⁴⁶. Pero también, y como vimos se ha propuesto, a meros individuos que presenten cualquier circunstancia o factor diferenciador, aunque éste sea individual, que hubiese llevado al autor de elegirle como víctima de su ataque (p. ej. obesos, delgados, ancianos, jóvenes, etc...).

Con ello, esta deriva, orientada a la defensa del principio de igualdad, no solo terminará eliminando la esencia y el fundamento que dio lugar a la aparición de los delitos de odio. Además, también podrá llevar a la paradójica situación de que unas figuras cuyo origen e inicial fundamento y base de legitimación era el de servir de especial instrumento de protección de las minorías desvalidas y discriminadas, atendiendo al peligro que representaba para éstas la realización de ataques a alguno de sus integrantes, puedan acabar y, de hecho, como nos demuestra la realidad, acaben siendo usadas para proteger, incluso de más forma frecuente que al resto de grupos o individuos, a aquellos que integran los colectivos o clases dominantes (p. ej. blancos, homosexuales, católicos, monarquía, etc...) si son atacados de alguna forma por los que conforman los minoritarios y oprimidos.

Para evitar todos estos, a nuestro modo de ver, indeseables efectos resulta interesante acudir a los estudios de GALTUNG y, en este caso, especialmente a la delimitación de lo que él califica como violencia estructural. Como vimos está era una forma de violencia colectiva, no individual, que alude a la existencia de una serie de condiciones (normativas o no), que dificultaban el acceso de determinados colectivos, en términos de igualdad con otros, a los recursos necesarios para la satisfacción de sus necesidades básicas.

Precisamente por ello, si partimos de que dicha violencia tiene un origen colectivo y diversificado (leyes, dinámicas sociales, circunstancias económicas, conductas individuales, etc...) no podremos hacer responsable en exclusiva a ningún sujeto de su existencia o aparición. Pero si además, también admitimos, como hacía el referido autor, que la violencia estructural puede interactuar con la directa de forma que esta última, la directa, puede ser tanto uno de los resultados o efectos de la estructural, como uno de los pilares que apoyen y respalden la existencia y mantenimiento de dicha forma de violencia colectiva, no nos quedará más remedio que considerar que muchas actuaciones de violencia directa cometidas contra quienes integran colectivos discriminados (lesiones, muertes, injurias, discriminaciones individuales, etc...), si bien no crean por sí solas

la violencia estructural que dichos sujetos sufren ni se realizan con la intención de perpetuar su existencia, sí que actúan como verdaderas fuente de apoyo y refuerzo de su mantenimiento y continuidad.

Se pondrá así de manifiesto el hecho de que los ataques individuales realizados contra colectivos discriminados (los que sufren la violencia estructural) además de generar una afectación de los bienes jurídicos de los concretos individuos atacados que castigan los delitos comunes, también pueden suponer una aportación al mantenimiento de la violencia estructural que padece el colectivo del que la víctima del delito es integrante. Una aportación que no solo hace perfectamente razonable que se tenga que considerar que los hechos que la ocasionan son más lesivos y graves que aquellos otros que no lo hacen, sino que, además y a nuestro modo de ver, también nos permitiría agrupar y diferenciar los delitos que podrían y deberían ser calificados como de odio propiamente dichos (los que realizados contra colectivos discriminados que reafirmen la discriminación que sufren) de los que no deberían tener tal consideración, solventando así muchos de los problemas que plantea su delimitación actualmente vigente, que, como ya vimos, los delimita y define atendiendo a la concurrencia en el ánimo de su autor de una motivación adversa a algún estatus social y no a la producción o no del injusto estructural del que venimos hablando.

En efecto, las ventajas de la delimitación propuesta frente a la actualmente vigente son muchas y variadas. Así, y en primer lugar, habrá que considerar que no podrán ser castigadas como delitos de odio, ni se podrán justificar la imposición de las mayores penas que los caracterizan, cuando el sujeto o el colectivo o que sufra el ataque en cuestión no esté ya sufriendo la violencia estructural propia de la discriminación.

Se evitará, de esta forma, que esta categoría de delitos se pueda utilizar para sancionar actuaciones que simplemente se afirme que podrían terminar dando lugar a la aparición de alguna hipotética y futura clase de violencia estructural o discriminación contra colectivos aún no discriminados, dado que, por un lado, esto supondría asimilar el castigo de la aportación discriminatoria efectiva realizada, con la de la meramente potencial, lo que infringiría el principio de proporcionalidad, mientras que, por otro y lo que es más importante, también obviaría el hecho de que, como hemos visto, la aportación realizada por un ataque individual contra un colectivo nunca y bajo ningún concepto resulta suficiente y adecuada por sí misma para generar una

46 No sorprende entonces que se hayan incluido entre los colectivos especialmente protegidos en otros ordenamientos pioneros en esta materia a los conformados por "veteranos de guerra" o los policías, gracias estos últimos a la presión ejercida por el movimiento *Blue lives matters* con el fin de conseguir dicha especial protección. CANCIO MELIÁ, M./DÍAZ LÓPEZ, J. A. Op. cit. ant. p. 90 y 91, ni que se haya cuestionado si podría extender su protección a los aficionados de equipos de fútbol que son atacados, precisamente por serlo (p. ej. caso Zabaleta).

violencia, como la estructural, que se construye a lo largo de un largo periodo tiempo y por una acumulación de actuaciones y actitudes realizadas de forma sucesiva por muchos sujetos completamente ajenos a aquel que efectuó un ataque individual que estos delitos castigan, con lo que sancionar quien lo realizó sobre la base de que la mera ejecución de su conducta podría dar lugar a la futura aparición de al clase de violencia supondría hacerlo partiendo de una completa ficción, abiertamente contraria a las más básicas exigencias derivadas del principio de lesividad y de culpabilidad.

No podrán considerarse, por tanto, como verdaderos delitos de odio aquellas figuras que se han creado, precisamente, con el fin de tutelar a algunos sujetos claramente diferenciados de los demás, pero que pertenecen a las clase dominantes (p. ej. los que tutelan la corona) y tampoco a aquellas otras que tutelan por igual a los colectivos discriminados y los que no lo están (p. ej. todos los que, como los contemplados en los art. 510 CP y 525 CP, protegen a las personas por sus estatus, sin diferenciar grupos discriminados o no), lo que, evidentemente, obligará a que se tenga que buscar el posible fundamento de su existencia y/o, en algunos casos, de su cualificada sanción penal en otra razón diferente a la de su simple consideración como tal clase de delitos.

Junto a lo anterior, configurar los delitos de odio sobre la base de la existencia de un ataque que represente un sustento de la violencia estructural existente solventa también otros de los problemas técnicos que otras posibles delimitaciones de dichos delitos, como hemos visto, no consiguieron superar.

Así, por ejemplo, elimina cualquier posibilidad de calificar estos delitos como manifestaciones del denostado Derecho penal de autor. Aquí, se castiga o se incrementa la pena del sujeto, no por sus reprochables ideas, ideología o motivaciones, sino porque éstas se han manifestado en un hecho que contribuye al mantenimiento de una violencia estructural existente, lo que, sin duda, intensifica el desvalor objetivo del injusto que realizó y justifica su mayor represión.

Por otro lado y al mismo tiempo, al fundamentar el mayor castigo en un hecho objetivo (la aportación que supone la realización del ataque a la violencia estructural existente contra colectivos discriminados) y no en la mera motivación que impulsó a su autor a efectuar el ataque que llevó a cabo, no se exigirá para poder castigarle como autor del delito de odio, que actúe movido ni por odio, ni por ningún otro móvil o finalidad discriminadora. Bastará con que conozca la situación de violencia estructural o discriminación que sufre el individuo o el grupo al que dirige su ataque, que sepa que su actuación contribuirá al mantenimiento de tal situación y, pese a ello, decida cometerla para que su actuación se realice con el dolo que requeriría el correspondiente delito de odio para poder castigarle con-

forme al mismo, convirtiéndose así esta clase de figuras en un instrumento jurídico adecuado para luchar con algunas de las más habituales formas de apoyo de la discriminación social existente, como sucede con los ataques de género, que, como pusimos de manifiesto anteriormente, permanecen en su mayor parte al margen de dichas figuras atendiendo a su delimitación actualmente vigente.

Finalmente y por si estas ventajas fueran pocas, la propuesta realizada también conseguirá salvar el problema que plantearía en términos de culpabilidad el incrementar la pena atendiendo a la mera existencia de una situación de discriminación social en la víctima, ya que, al no castigar al autor de estos hechos por dicha situación social, que ni creó, ni pudo crear con su mera actuación, sino por la concreta e individual contribución a su mantenimiento que se deriva de su concreta actuación, se logrará que la mayor sanción que se le vaya a aplicar responda sin mayores problemas a las exigencias derivadas del principio de personalidad de las penas.

Como se puede comprobar, no son pocas las ventajas derivadas de la propuesta realizada. Ahora bien, todavía quedan algunos problemas que resolver. En concreto, todos los que específicamente planteaban los delitos del discurso de odio. Veámoslos.

5. Delitos del discurso del odio: En busca del equilibrio entre la represión penal de ciertas formas de violencia cultural y el necesario respeto de la libertad de expresión

Como hemos tenido ocasión de ver, los delitos que persiguen las diferentes manifestaciones del denominado discurso del odio plantean dos problemas iniciales. Uno, el referido a la cuestionable compatibilidad de su propia existencia con el necesario y debido respeto a la libertad de expresión garantizada por nuestra constitución. Otro, el que obligaría a tener que plantearnos si las adelantadas prohibiciones propias de esta clase de figuras pueden emplearse exclusivamente para tutelar colectivos discriminados, como, a nuestro juicio, tendrían que hacer los delitos de odio propiamente dichos o si, por el contrario, pueden también extenderse a otros grupos diferentes.

Por lo que se refiere al primero de los problemas planteados han de recordarse varias cuestiones que resultan, a nuestro modo de ver, fundamentales. La primera, que nuestra constitución, como no se ha cansado de repetir nuestro Tribunal Constitucional, no contempla un modelo de democracia militante que permita prohibir y sancionar los discursos que atacan la propia existencia o los pilares básicos de la democracia. En esto, el texto fundamental español se distancia del alemán, pero también, y no debe olvidarse, del Convenio Europeo de

Derechos Humanos. A diferencia de estos dos textos, la carta magna española, no contiene clausula alguna de abuso de derechos fundamentales para salvaguardar la propia existencia del sistema que establece⁴⁷.

Ello, sin embargo y obviamente, no supone que nuestra constitución configure un derecho a la libertad de expresión desmedido y carente de cualquier límite, lo que obliga a tener que concretar cuáles serán los que delimitarán y concretarán lo que estará amparado por este derecho fundamental y lo que permanecerá al margen del mismo.

Esto es lo que ha tratado de hacer nuestro máximo interprete constitucional en varias ocasiones relativas, precisamente, a diversas expresiones del denominado discurso del odio. La primera y la que abrió el camino fue la juzgada en la STC 235/2007 donde se analizó la constitucionalidad de los delitos de justificación y enaltecimiento del genocidio y el de negación de dicho delito en aquel momento vigentes. Dada la extensión de este trabajo no podemos analizar con el necesario y merecido detenimiento dicha sentencia⁴⁸, pero sí nos gustaría destacar varios aspectos relevantes de la misma. El primero de ellos, aquel que vino a señalar que, por más rechazable que nos pudiera parecer a la mayoría social el justificar o negar un delito tan grave como el genocidio, la conducta realizada por quienes así se manifiestan solo quedaría al margen de la protección otorgada por la libertad de expresión y podrían ser sancionada como delito en la medida en que su ejecución supusiese, cuanto menos, una forma de incitación indirecta o no explícita a la comisión de tan abominables hechos mediante la generación de una atmósfera, de un “clima” de hostilidad, hacia determinados colectivos, que favorecería su realización. El segundo aspecto destacable es que, precisamente por entender que solo la aparición de dicho peligro de incitación indirecta a la comisión de delitos legitimaba la prohibición y casti-

go penal de estos discursos, nuestro máximo interprete constitucional consideró no se podía tener por acorde con nuestra carta magna el castigo de la mera negación del holocausto, ya que, parece evidente que negando que algo sucediese en el pasado no se estará incitando ni directa, ni indirectamente, a que se repita en el futuro⁴⁹.

La solución dada, en esta resolución, por nuestro máximo interprete constitucional al conflicto planteado se asemeja, como se puede comprobar, al sostenido por el Tribunal Supremo norteamericano, si bien, también es cierto, que no otorga un campo de actuación tan amplio y preeminente a la libertad de expresión frente a los discursos del odio como hacía dicho tribunal, puesto que para considerar que una declaración deje de estar amparada por dicho derecho fundamental no exige, como hacía la Corte norteamericana, que la manifestación en cuestión tenga que ser idónea para dar lugar a una violencia cierta e inminente, sino simplemente que resulte adecuada para generar cualquier actuación violenta futura, pero no necesariamente de inminente, ejecución, como las que se podrían derivar de los climas que fomentaría su pronosticable comisión.

Diferente fue, sin embargo, el planteamiento mantenido en otros casos referidos al tema que nos interesa. Así, por ejemplo, en el juzgado por la STC 177/2015. En esta sentencia, referida a un recurso de amparo planteado por dos personas previamente condenadas por el delito de injurias a la corona por haber quemado un retrato del rey, el Tribunal Constitucional español pareció acoger la visión más continental del problema planteado. En concreto, mantuvo que el derecho a la libertad de expresión no ampara, ni puede amparar expresiones que, por ser lesivas manifestaciones del discurso del odio no pueden considerarse como legítimos ejercicios de tal derecho, con lo que permanecerán siempre al margen de la tutela dada por tal derecho fundamental

47 Como ya vimos, no le falta razón, por tanto, a TERUEL LOZANO, G. M. cuando señala que el Convenio europeo adopta un modelo constitucional de cariz más militante que el español. En Op. cit. ant. p. 11. De hecho, y como señala ALCACER GUIRAO, R. el CEDH tiene un claro carácter de democracia militante resultado inherente a su “*génesis como respuesta frente al totalitarismo y con el cometido de “hacer sonar la alarma frente a su resurgimiento” y se refleja especialmente en la clausula de abuso de derecho recogida en su artículo 7 concebida como un instrumento para combatir a los enemigos de la democracia y defender el propio sistema democrático*”. En “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, en RECPC 14-02 (2012) p. 02:8, en <http://criminet.ugr.es/recpc> (últ. vis. 17-3-2020).

48 Sobre esta Sentencia y sus implicaciones, véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. *Libertad de expresión, discurso extremo y Delito. Una aproximación desde la constitución a las fronteras del derecho penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. p. 309 y ss; TERUEL LOZANO, G. M. Op. cit. ant. p. 22 y ss, entre otros.

49 Así lo señalaba ya GIL GIL, A. quien citando la STC 159/1986, señala que para hacer verdadera apología de un delito, como el genocidio, hay que asumir su realización como algo positivo, no negarlo. *Derecho penal internacional*. Ed. Tecnos, Madrid, 1999. p. 344 y ss; postura que parece asumir ALASTUEY DOBÓN, C. Op. cit. ant. P. 25. Pese a todo, esto no ha impedido que nuestro legislador haya optado por reintroducir dicho delito en la reforma realizada por la LO 1/2015, exigiendo precisamente que la negación o trivialización del genocidio, de los delitos de lesa humanidad o de guerra realizada “promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos”, con lo que centra la realización del delito en el medio lesivo del que el TC hablaba, olvidándose de lo que lo que realmente legitima su existencia es que dicho clima pueda dar lugar a la repetición del delito.

y se podrán sancionar penalmente sin mayores problemas⁵⁰.

Pese a que la anterior sentencia de nuestro TC fue incluso objeto de una resolución contraria por parte del TEDH⁵¹, lo cierto y verdad es que hizo sentir su influencia en otras posteriores. Así sucedió, por ejemplo, con la STC 112/2016. Podría decirse que esta resolución mantuvo una cierta ambigüedad⁵² o, tal vez, habría que decir incluso una cierta esquizofrenia con respecto al tema que nos ocupa, ya si, bien comenzaba remitiéndose a lo afirmado por la STC 177/2015, lo que parecía podría llevarle a excluir *ab initio* los discursos del odio del ámbito protegido por la libertad de expresión, pasó inmediatamente a continuación a aludir de forma reiterada a la STC 235/2007, para terminar admitiendo la constitucionalidad del cuestionado delito de enaltecimiento del terrorismo del 578 CP por entender, precisamente, que si bien era cierto que dicha figura limitaba el derecho a la libertad de expresión que inicialmente ampara a quienes justifican o enaltecen el terrorismo o a los terroristas, lo hará de forma legítima y proporcionada en la medida en que solo se utilice para sancionar aquellos de entre dichos discursos que alienen la comisión de nuevos y futuros actos terroristas violentos por parte de terceros, aunque lo hagan de forma indirecta y mediante la generación de un clima hostil hacia sus posibles víctimas⁵³.

Finalmente, la última, por el momento, y muy esperada sentencia emitida por nuestro Tribunal Constitucional en relación a esta cuestión, la STC de 25 de febrero de 2020, relativa al caso Strawberry, ha supuesto toda una decepción a los efectos que nos ocupan.

Primero, porque parece retornar a aquella línea jurisprudencial que consideraba que los discursos del odio quedarían *ab initio*, siempre y en todo caso al margen de la protección otorgada por la libertad de expresión, con lo que consideró que una vez se excluyese el discurso en cuestión del ámbito tutelado por tal derecho fundamental ya no existiría problema alguno para considerar constitucional su posible persecución y sanción penal. Pero todavía resulta más decepcionante, porque, pese

a haber partido de dicha base, la comentada sentencia ni siquiera llega a desarrollar ni a estudiar realmente como habría que realizar dicha supuestamente inicial y previa valoración, limitándose a anular la resolución recurrida por entender, precisamente, que ésta no la había analizado con la suficiente profundidad, algo que, además de ser cuanto menos cuestionable, —como pone de manifiesto el magistrado Montoya Melgar en su voto particular a la Sentencia ahora comentada—, como se comprenderá, poco o nada nos aporta para dar respuesta al tema que nos ocupa.

Pese a la cierta involución que parece representar esta última sentencia, resulta lógico pensar, a nuestro modo de ver, que el expreso y reiterado reconocimiento mantenido por nuestro Tribunal Constitucional de que nuestra democracia no es una democracia militante como otras, determina que no se pueda decir que existen discursos excluidos *ab initio* y sin más del ámbito de protección de la libertad de expresión reconocida por nuestra carta magna, con lo que su posible sanción penal no entraría en conflicto alguno con tal derecho. Mucho más adecuado resulta entonces seguir aquella línea jurisprudencial que sostuvo que la legitimidad y constitucionalidad de la prohibición y sanción penal de los discursos del odio solo podrá derivarse de la existencia de un conflicto entre el discurso inicialmente amparado por tal derecho fundamental, pero que se pretende prohibir, y otros intereses susceptibles de protección que su difusión vendría a cuestionar.

Será este conflicto el que determinará si la posible limitación de la libertad de expresión que supondría la prohibición penal de un discurso, por muy intolerante o reprochable que nos pueda parecer, resulta o no proporcionada para salvaguardar el interés o valor que su emisión pone en cuestión y, por tanto, es o no constitucional.

Así pues, habrá que realizar un juicio de proporcionalidad entre los intereses en tensión, juicio que, como ya vimos y conforme también ha declarado el máximo interprete de nuestra constitución, las prohibiciones propias de los delitos del discurso del odio solo supe-

50 En esta misma línea se manifestó también la STC 176/1995 (caso Hitler=SS), resolución que fue dura y, a nuestro modo de ver, acertadamente criticada, entre otros, por CUERDA ARNAU, M. quien señalaba, acertadamente a nuestro modo de ver, que considerar que la libertad de expresión no puede incluir conductas lesivas “mezcla cosas que son distintas, a saber: el contenido del derecho fundamental afectado y la ofensividad de las conductas cuya constitucionalidad se cuestiona”, lo que olvida que la libertad de expresión no puede solo dar cobijo a conductas carentes de ofensividad, sino que precisamente adquiere su sentido por proteger algunas que lo son, con lo que resulta erróneo hacer depender la extensión de la referida libertad de la mera peligrosidad de la expresión, en “Terrorismo y libertades políticas”, Teoría y Derecho (3) 2008, p. 88.

51 Curiosamente y pese a su cercanía con los postulados mantenidos en muchas ocasiones por el TEDH en esta materia, esta sentencia fue, como ya vimos anteriormente, declarada contraria a la libertad de expresión por dicha corte europea en su STEDH (caso Stern Taulars and Roura Capellera v Spain), de 13 de marzo, de 2018.

52 GÖRAN ROLLNERT, G. Op. cit. ant. p. 256.

53 Sobre lo afirmado en esta Sentencia y su trascendencia con respecto al delito comentado, véase lo comentado, por ejemplo, por GALAN MUÑOZ, A. El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitters y titiriteros?”, en EPC XXXVIII, 2018 p. 279 y ss.

rarán en la medida en que sancionen mensajes o manifestaciones que funcionen o puedan funcionar como un instrumentos de incitación, por lo menos indirecta o implícita, a la comisión de hechos violentos futuros con respecto a aquellos contra los que se dirige, como sucede, por ejemplo, cuando apoyan o crean climas hostiles contra ellos susceptibles de provocar que se les pueda atacar.

De lo anterior se pueden extraer importantes consecuencias penales.

La primera que lo que realmente legitima la intervención penal respecto a estas expresiones y, al mismo tiempo, dota de identidad propia a los delitos que las sancionan, frente a otras figuras de expresión, es el hecho de que los delitos del discurso del odio castigan manifestaciones que sirven de soporte y aliento a la comisión de hechos violentos futuros contra los sujetos pertenecientes al colectivo que tienen como diana⁵⁴.

Los delitos del discurso del odio, por tanto, no protegen ni pueden proteger exclusivamente ni los sentimientos, ni el honor de los colectivos a los que atacan, ni los de los individuos que los componen, como algunos han mantenido. Menos aún podrá considerarse, como algunos sostienen, que tutelen la mera infracción de las simples expectativas de respeto o de conducta esperadas⁵⁵ o algunas normas de franqueo, cuya mera violación determinaría automáticamente la comisión del delito en cuestión, como otros sostienen⁵⁶, algo esto último que, a nuestro modo de ver, abriría las puertas a la admisión en nuestro ordenamiento del denostado Derecho penal del enemigo y que, por ello, debe ser completamente desechado⁵⁷.

Lo que los delitos del discurso del odio realmente protegen y deben proteger, para ser considerados verdaderamente como tales y como constitucionales, sería toda la amplia y difusa gama de intereses que se podrían ver afectados por la realización de los posibles, futuros y todavía no iniciados ataques de violencia directa que los mensajes prohibidos por dichas figuras podrían incitar a realizar (p. ej. la vida o la salud de los integrantes del colectivo atacado). Tutelan, por tanto y como algunos han señalado, la seguridad de los colectivos contra los que se dirigen los discursos que prohíben, si bien y a nuestro modo de ver, dicho bien jurídico de naturaleza colectiva solo tendrá un contenido material real que dote dichas figuras de verdadera antijuridicidad y de la lesividad que nuestra constitución exige que tengan para poder ser tenidas como legítimas, en la medida en que dicho valor intangible de naturaleza supraindividual se ponga en relación con la difusa y amplia, pero también real y constatable puesta en peligro de los más palpables y aprehensibles bienes jurídicos individuales de los concretos integrantes del colectivo que se derivaría del incremento del riesgo de que puedan sufrir futuros ataques de violencia directa como consecuencia del discurso difundido.

Una vez que se determina que lo que define y legitima a los delitos del discurso del odio es el hecho de castigan expresiones que suponen una contribución o aportación psíquica idónea para inducir a sus posibles receptores a efectuar actos violentos futuros contra determinados los colectivos, se hace evidente que no es necesario que éstos, los denominados “grupos diana”, tengan que ser colectivos discriminados. Lo fundamental y necesario para poder crear este tipo de delitos es

54 En este sentido, afirma GÖRAN ROLLNERT, G., atendiendo a lo establecido en el STC 112/2016, “...La idoneidad para generar violencia se configura así como elemento determinante de la calificación de una expresión como discurso del odio”, en Op. cit. ant. p. 261, lo que, por ejemplo y a juicio, de GALÁN MUÑOZ, A. tiene una enorme incidencia en la delimitación de lo prohibido y castigado por delitos como el de enaltecimiento del terrorismo, figura que precisamente por necesitar de dicha idoneidad incitadora, tendrá encaje entre los delitos de odio, siendo un ejemplo de la figura represora constitucionalmente legítima de lo que denomina “discurso del odio terroristas”, en Op. cit. ant. 293 y ss.

55 Aquí estaría la propuesta realizada por DE PABLO SERRANO, A. L. de conformar estos delitos como atentatorios contra el honor del colectivo al que atacan, configurando dicho honor mediante la expectativas de respeto esperado por quienes integran el colectivo, en “La tipificación penal del discurso LGTBfóbico: Fundamento filosófico, bien jurídico penal y algunas propuestas de reforma” del art. 510 CP”, en *Prevención y represión del discurso del odio. Hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*, Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2019 (Ebook) RB-3-3.

56 LANDA GOROSTIZA, J. M. cuando señala que lo que protegen son las “condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos vulnerables”, en *La intervención penal frente a la xenofobia* ... cit. ant. p. 360.

57 En este sentido, no puede sorprender que fuesen precisamente los delitos, como el de incitación al odio racial de los §130 y 131 StGB, privados, según JAKOB, G., de cualquier exigencia de presentar un contenido coactivo o de intimidación para poder ser apreciados, unos de los que el referido autor utilizó como ejemplo de delitos que castigaban la mera infracción de una norma de franqueo (las que castigan la mera generación de un clima), creada para garantizar las condiciones de vigencia de las expectativas de conductas contenida en los legítimos delitos de lesión, cuando se perdía la confianza en que el sujeto fuese a respetar esta última. Esto es, de delitos que castigaban a un sujeto simplemente por no dar la “seguridad cognitiva” que se requería para tratarle conforme a lo establecido por el limitado y garantista Derecho penal del ciudadano protector de expectativas de conducta y no como a un mero enemigo, en “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Derecho penal*. Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 318 y ss, algo que, como es sabido, llevó al autor al posterior desarrollo de su teoría sobre el tristemente celebre Derecho penal del enemigo.

que protejan a sujetos que previsiblemente pueden ser objeto de ataques violentos a consecuencia de la emisión de los mensajes que dichas figuras vienen a prohibir, algo que, evidentemente, puede darse tanto con respecto a grupos que sufran violencia estructural (p. ej. homosexuales, mujeres, emigrantes, etc...), como contra los que no lo padecen (p. ej. las víctimas del terrorismo) y, consecuentemente, abre las puertas a que los delitos de los que nos estamos ocupando puedan extender su ámbito de protección también a esta última clase de colectivos. A los no discriminados

Ahora bien el delimitar y fundamentar el injusto propio de los delitos del discurso del odio de la forma señalada también lleva a que se acerquen su estructura y la antijuridicidad material que los define, de forma indudable, a las que le son propias a las que tradicionalmente han definido y caracterizado a la apología o a la provocación de las que habla el art. 18 CP⁵⁸.

Al igual que estas formas punibles de participación intentada, los delitos del discurso del odio castigarán la mera realización de contribuciones psicológicas a la ejecución de futuros ataques por parte de terceros, sin exigir siquiera que éstos tengan que comentar a ejecutarse. Esto determina que castiguen ataques cuyo contenido material de antijuridicidad se derivará y será directamente dependiente de aquel que tendría la conducta o conductas de terceros cuya realización vendría a fomentar, de lo que se deduce, a nuestro juicio y tal y como algunos autores ya han señalado, que los mensajes de odio emitidos solo tendrán un contenido de antijuridicidad material suficiente para poder ser castigados como delitos, en la medida en que se muestren idóneos para dar lugar a la realización de ataques que también tendría dicha trascendencia. Esto, es en la medida en que resulten aptos para fomentar la ejecución de actos violentos delictivos, no siendo suficiente entonces, tal y como otros han propuesto, que resulten adecuados para dar lugar a otras posibles manifestaciones de violencia directa pero no delictiva (p. ej. meros comportamientos discriminadores no penalmente relevantes)⁵⁹.

Ahora bien, pese a estas evidentes similitudes, los delitos del discurso del odio se diferencian claramente de las citadas formas de participación intentada en dos concretos aspectos. En concreto, en que son figuras que no castigan exclusivamente incitaciones directas o explícitas a cometer delitos (pueden ser implícitas o indirectas), y en que, además, lo hacen sin exigir, para poder ser apreciados, que los mensajes emitidos hayan necesariamente de tender a favorecer la realización

de uno o varios delitos determinados o determinables (basta con que inciten a cometer delitos en general).

Como ya vimos, la enorme amplitud, tanto objetiva (incitaciones indirectas a cualquier delito, sin necesidad de que esté determinado o sea determinable) como subjetiva (puede dirigirse contra colectivos o individuos discriminados o no), que caracteriza y define los injustos propios de los delitos del discurso del odio incidió indudablemente en la multiplicación del número de figuras de nuestro ordenamiento jurídico que se han incardinado o tratado de incardinar en tal categoría de delitos en los últimos tiempos. Desde las que castigan fomentar o incitar, incluso indirectamente, a la violencia, la discriminación, la hostilidad o el mero odio contra determinados colectivos (art. 510.1.a) CP), emitir públicamente determinadas manifestaciones (las negacionistas) en la medida en que promuevan o favorezcan un clima de violencia, discriminación, hostilidad o el mero odio contra determinados colectivos (art. 510.1 b) CP) hasta las que sancionan justificar o enaltecer determinados delitos o humillar a sus víctimas (como sucede con los delitos de los art. 510.2 CP y art. 578 CP), o simplemente intentar con determinadas expresiones contra los sentimientos religiosos (p. ej. art. 525CP) o incluso injuriar a la corona (art. 490.3 CP).

Ahora bien, ¿realmente todas estas figuras responden a las exigencias establecidas por nuestro TC para considerarlas compatibles con el debido respeto a la libertad de expresión?

Para responder a esta pregunta resulta interesante acudir de nuevo a los estudios sobre la violencia de GALTUNG.

Como vimos, conforme a la teoría del referido autor, existe una forma de violencia que presenta una indudable cercanía a las conductas que los delitos del discurso del odio tratan de prevenir y castigar: la denominada violencia cultural. Esta clase de violencia está referida y agrupa precisamente a todas aquellas ideas (religiosas, ideológicas, etc...) socialmente sostenidas y que respaldan y apoyan, por lo menos de forma indirecta, la posible aparición y mantenimiento de las otras posibles manifestaciones de la violencia (tanto de la directa o individual, como de la estructural o colectiva), actuando, por tanto, como posible mecanismo de apoyo psicológico de su aparición o existencia.

Partiendo de lo anterior habría que decir que los discursos del odio que emita un concreto sujeto no dejarían de ser sino manifestaciones puntuales de dicha forma de violencia colectiva, de la violencia cultural que respaldan su continuidad.

58 De hecho, no resulta en modo alguno sorprendente que nuestro TS haya situado en algunas de sus sentencias a alguno de estos delitos, como el de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP, en una "zona intermedia" extramuros a la apología clásica, pero que no invade la libertad de expresión. GÖRAN ROLLNERT, G., Op. cit. ant. p. 262.

59 Sobre esta discusión, previa a las reformas del año 2015, véase lo comentado por ALASTUEY DOBÓN, C. Op. cit. ant. p. 11.

Ahora bien, pese a lo anterior, resulta obvio que no todas las contribuciones individuales, derivadas de una expresión de odio, a cualquiera de las posibles manifestaciones de violencia cultural de la que habla GAL-TUNG pueden legitimar la restricción de la libertad de expresión que se derivaría de su prohibición y castigo penal como delito del discurso del odio. Atendiendo a lo que el TC ha establecido, solo podrán hacerlo aquellas que respalden y resulten idóneas para generar la que el citado sociólogo noruego denominaba como violencia directa. Esto es, aquellas contribuciones a la violencia cultural que, en primer lugar, se situarían en el lado del triángulo que une dicha manifestación colectiva de la violencia con la directa.

Esto determina unas importantes restricciones iniciales.

En primer lugar, no podrán prohibirse ni tenerse como delitos de discurso del odio constitucionalmente admisibles aquellas figuras que se limiten a castigar meras expresiones o actos de apoyo o fomento de alguna forma de violencia cultural por el simple hecho que lo hagan (p. ej. los que castiguen expresiones que fomenten sentimientos negativos contra un colectivo). Tampoco aquellas que sancionen las expresiones que, además de apoyar dicha forma de violencia colectiva (la cultural), también vengán a dar apoyo o fomentar meras manifestaciones o formas de violencia estructural contra algunos colectivos (p. ej. las racistas o discriminatorias). Esto resulta fundamental, ya que, a nuestro modo de ver, determinará que se tenga que tener por no acorde a nuestra constitución que nuestro ordenamiento castigue, tal como hace, por ejemplo, el art. 510.1 a) CP, la difusión de expresiones por el simple hecho de que inciten al odio o a la hostilidad de forma general, esto es, de meras manifestaciones de apoyo a ciertas formas de violencia cultural, o que también lo haga con aquellas otras que tan solo fomenten o promuevan la discriminación, algo que, obviamente, vendrá a sancionar penalmente mensajes que tan solo sirven para apoyar ejemplos de violencia estructural⁶⁰.

Algo diferente parece que podría decirse, sin embargo, con respecto a aquellos discursos que también castiga el referido precepto por ser idóneos para incitar a la violencia. Aquí sí que estaríamos ante una de las formas de violencia cultural incardinadas en el lateral

del triángulo que une dicha manifestación colectiva con la violencia directa. Sin embargo, esta posible modalidad delictiva se enfrenta a nuestro modo de ver a otro problema.

El que se deriva del hecho de que al castigar, de forma genérica, cualquier manifestación que resulte idónea para favorecer, aunque sea de manera indirecta, la aparición de cualquier forma delictiva de violencia directa referida a cualquiera de los sujetos a los que ataca (desde homicidios, hasta unas meras injurias), se amplía y difumina tanto el referente del peligro que delimita el injusto propio de este delito, que se hace casi imposible saber qué concretos discursos intolerantes estarían prohibidos por el mismo y cuáles, por el contrario, quedarían extramuros a su tipicidad. Esto podría y, de hecho, a buen seguro llevará a que muchos ciudadanos desistan de realizar cualquier manifestación intolerante, incluso aunque la que pretendiesen efectuar estuviese permitida (no olvidemos que nuestra Constitución admite la legalidad de algunos de estos discursos), por el temor a que su actuación se pudiese considerar como idónea para dar lugar a algún delito y, por ello, se le pudiese sancionar por esta modalidad comisiva, provocándose así un inaceptable efecto de desaliento respecto a posibles ejercicios legítimos de la libertad de expresión que nos obliga a considerar esta figura como desproporcionada y, en consecuencia, también como inconstitucional⁶¹.

Así pues, habrá que entender que todas las modalidades típicas del delito del art. 510.1.a) CP resultan incompatibles con el necesario respeto y garantía de la libertad de expresión reconocida por nuestra constitución; postura evidentemente extensible a la muy similar e incluso más anticipada figura contenida en el apartado b) del precepto del que venimos hablando, que sanciona, la mera elaboración, producción o incluso la simple posesión para difundir contenidos (libros, artículos, videos, etc...) por el mero de hecho de resultar idóneos para favorecer el odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia en general. Es decir, porque presenten la misma idoneidad lesiva que nos llevó a entender que la prohibición contenida en la figura precedente suponía una desproporcionada restricción de la libertad de expresión, y era, por tanto, inconstitucional.

60 Así, por ejemplo, no deberían ser consideradas como delictivas las palabras del obispo de Madrid que en una homilía retransmitida por televisión se manifestó contra los homosexuales señalando que desde pequeños se les incentiva a atraerse a personas de su mismo sexo y que por ello, "encuentran el infierno". Evidentemente, este tipo de manifestaciones es idónea para suscitar hostilidad, violencia u odio, como bien señala DE VICENTE MARTÍNEZ, R. Op. cit. ant. p. 141, pero no resulta idónea por sí misma para determinar ataques delictivos de violencia directa contra el colectivo LGTBI por lo que consideramos, a diferencia de lo que sostiene la referida autora, que por muy execrables que nos puedan parecer tales manifestaciones deben considerarse irrelevantes a efectos penales.

61 Sobre la valoración general del efecto de desaliento respecto a la libertad de expresión en los casos, como el comentado, de indeterminación y falibilidad de la norma que vendría a limitar tal derecho, véase, por ejemplo, lo que señala ALCACER GUIRAO, R. en "Opiniones constitucionales", p. 32.

Más cuestionable resulta, sin embargo la viabilidad constitucional de la figura de negación o trivialización del genocidio, los delitos de lesa humanidad o de guerra que castiga el vigente apartado c) del citado artículo 510.1. CP. Aquí sí que se prohíben y sancionan unas expresiones claramente definidas (las negacionistas). Unas expresiones que nuestro legislador sigue empeñado en prohibir penalmente, pese a la existencia de alguna contundente y previa resolución de nuestro TC que ya se mostró en contra de la constitucionalidad de su castigo (recuérdese la STC 235/2007).

Precisamente, fue para volver a castigarlas que, nuestro legislador decidió reintroducir su prohibición penal mediante la reforma del Código realizada por la LO 1/2015, exigiendo ahora, para poder considerarlas como delictivas, que las expresiones negacionistas o trivializadoras en cuestión tengan que resultar idóneas para crear un “*clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación*” con respecto a los colectivos que sufrieron los delitos que se niega que se cometiesen, en lo que supone un intento confeso de salvar los problemas de constitucionalidad que, conforme afirmó nuestro TC, presentaba el delito represor del negacionismo en su anterior versión⁶².

Sin embargo, al realizar este cambio lo que realmente se consigue, no es solo que la nueva figura de negacionismo o trivialización suponga una nueva y harto cuestionable ampliación de la intervención penal con respecto a los definidos en las figuras anteriormente analizadas, ya que, al castigar como delito consumado la difusión pública de expresiones negacionistas que simplemente resulten adecuadas para generar un clima idóneo para dar lugar al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia, evidentemente, no se está exigiendo que también tengan que serlo para dar lugar a la efectiva realización de actos delictivos violentos, tal y como requiere nuestro TC. Además, y lo que es incluso más grave, también se provoca que esta figura castigue a los emisores de los comentados mensajes, pese a saber que los mismos no pueden generar con sus conductas individuales los climas de los que su tipo de injusto; dado que como los citados climas, como ejemplos o manifestaciones de la violencia cultural que son, solo pueden derivarse y producirse como consecuencia de

un proceso lento, paulatino y colectivo de formación, resulta imposible que los actos individuales negacionistas que castiga este delito pueden ser idóneos por sí mismos para llegar a generarlos.

La constitucionalidad del castigo de estas conductas con su nueva tipificación continúa estando, por tanto, a nuestro juicio, más que en entredicho⁶³.

Otra cosa sucede, a nuestro modo de ver, con el último grupo de figuras incardinables entre los delitos del discurso del odio. Las que castigan los actos de justificación o enaltecimiento de determinados delitos o sus autores y también las actuaciones humillantes realizadas contra sus víctimas.

Como ya vimos, existe un referente jurisprudencial básico a la hora de delimitar los contornos constitucionalmente admisibles de esta clase de delitos. La STC 112/2016. Fue en dicha sentencia donde se hizo una revisión interpretativa del delito de enaltecimiento del terrorismo para salvar su constitucionalidad, ajustando sus contornos al necesario respeto a la libertad de expresión. Para lograrlo, el TC afirmó que solo podría ser considerado como constitucional el castigo de tal clase de manifestaciones cuando su emisión o difusión, además de ensalzar, por ejemplo, delitos terroristas pasados, supongan una incitación indirecta a su repetición futura. Dicho en otros términos, cuando la manifestación realizada por el sujeto en cuestión, además de apoyar y respaldar una forma de violencia cultural que ensalza actos de violencia directa pasados, venga a fomentar y respaldar la realización futura de nuevos ataques de dicha naturaleza.

Con ello se impide que estos delitos puedan castigar actuaciones que enaltezcan o justifiquen actos terroristas que, cuando se emiten, no resulta previsible que puedan dar lugar a futuros actos de violencia directa.

Así sucede, por ejemplo y en nuestra opinión, con aquellas manifestaciones legitimadoras de actos efectuados por sujetos u organizaciones terroristas que ya han dejado de actuar o incluso han desaparecido (p. ej. cuando se enaltecen los realizados por quienes integraban organizaciones terroristas ya extintas (GRAPO, ETA, etc...)), lo que sin duda, hará prácticamente imposible que el discurso emitido en apoyo de sus actos pasados puedan considerarse, realmente y desde

62 Se aprovecha para ello, de la en ocasiones confusa redacción de la STC 235/2007 que, como señala ALASTUEY DOBÓN, C. no dejaba del todo claro si cuando hablaba de dichos climas estaba haciendo referencia a una posible justificación distinta y añadida a la de la incitación indirecta de actos de violencia directa de la que también hablaba. En Op. cit. ant. p. 29, o como a nuestro modo de ver, realmente pretendía hacer a una de las posibles formas de provocar dicha incitación indirecta a la comisión de actos de violencia directa, tal y como ha declarado con respecto al delito de enaltecimiento del terrorismo la STC 112/2016.

63 En el mismo sentido se manifiesta PORTILLAS CONTRERAS, G. quien considera que, de hecho, la nueva redacción dada a esta figura en modo alguno responde a las exigencias establecidas en la STC 235/2007, para admitir la constitucionalidad de los delitos del discurso del odio, en Op. cit. ant. p. 97.

un punto de vista *ex ante*, como idóneo para poder dar lugar a la ejecución de nuevos ataques⁶⁴. Pero también con aquellas otras manifestaciones que, pese a enaltecer o justificar los realizados por algunos sistemas totalitarios, afortunadamente ya superados (p. ej. el franquismo), tampoco puede entenderse, en el estado actual de las cosas, que sean adecuados para llevar a que se vuelvan a repetir alguno de los abominables actos que se realizaron durante la vigencia de tales sistemas, ni tampoco para que se lleven a cabo otros actos violentos que apoyen su reinstauración, con lo que la prohibición y el castigo penales de tales expresiones sin mayores exigencias que, como vimos, parece se pretende introducir en nuestro ordenamiento resultaría también manifiestamente desproporcionados y, por tanto, inconstitucionales.

Todos estos actos de enaltecimiento y justificación son sin duda manifestaciones de apoyo a ciertas formas de violencia cultural existentes en nuestra sociedad (no olvidemos que tales actos individuales no pueden crear por sí solos dicha violencia colectiva, sino solo respaldarla o prevalerse de ella). Es más son actos de apoyo a una violencia cultural que da sustento y apoyo a determinadas manifestaciones de violencia directa y no meramente estructural. Sin embargo, y pese a ello, esto tampoco es suficiente para que se las pueda castigar penalmente.

Además, como no hemos dejado de repetir y por expresa exigencia constitucional, hace falta que el discurso emitido resulte adecuado, por sí mismo y desde un punto de vista *ex ante*, para dar lugar a efectivas manifestaciones de violencia directa constitutiva de delito, algo que cuando el mensaje transmitido no está directamente dirigido a conseguirlo, como sucede, por ejemplo y precisamente, con el meramente enaltecedor, solo es pronosticable que se dé cuando podamos afirmar que se dirige a unos potenciales receptores que son previsiblemente proclives a motivarse por dichos mensajes para efectuar tales actos, lo que, a nuestro modo de ver, solo se podrá apreciar cuando, de hecho, tales actos ya se están produciendo de forma efectiva y además se están llevando a cabo por parte de un colectivo más o menos amplio de personas que se identifica con las ideas que respaldan y fomentan su realización y, por ello, pueden encontrar en la transmisión de dichos mensajes un estímulo suficiente y adecuado para poder a decidirles a llevarlas a cabo.

Es entonces, y solo entonces, cuando se puede afirmar que los actos individuales de apoyo a actos violentos pasados se convierten en idóneos para fomentar

la comisión por parte de terceros de futuros actos de dicha naturaleza. Lo son, en primer lugar, porque se prevalen de la existencia de un clima social previo de apoyo a tales actos. Esto es, de la concurrencia de una violencia cultural creada previamente y sustentadora de la violencia directa. Pero también y lo que es más importante, lo son porque la efectiva existencia de dicha violencia directa, ejercida de forma efectiva frente a otros por el difuso grupo de seguidores de la violencia cultural que el mensaje individual emitido viene a apoyar, hace previsible, desde un punto de vista *ex ante*, que la mera emisión del acto de respaldo individual a dicha forma de violencia cultural realizado resulte suficiente e idóneo, por sí mismo, para llevar a alguno de sus potenciales receptores a realizar nuevos actos de violencia directa contra aquellos sujetos contra los que se dirige.

Es precisamente por ello, por lo que nuestros tribunales no se cansan de repetir que a la hora de analizar la idoneidad incitadora del mensaje enaltecedor de delitos previos, no explícitamente fomentador de la violencia, se debe analizar tanto las características de quien lo emite, el medio que utiliza para hacerlo, como los destinatarios potenciales del mismo. Lo hace, porque, por más que dicha clase de mensajes se presenten como claras manifestaciones de odio que den apoyo y respaldo a la violencia directa ejercida en el pasado, se emita por un sujeto con cierto predicamento o reconocimiento social y lo haga, además, a través de un medio de comunicación masivo, carecerá de la idoneidad incitadora constitucionalmente exigida para legitimar su sanción penal, si no existen receptores que se pueda pronosticar, desde un punto de vista *ex ante*, que se podrán motivar por el mismo para cometer actos violentos en un futuro más o menos cercano.

Solo si todo esto se da, si resulta posible afirmar que existen receptores proclives a realizar actos violentos a consecuencia del mensaje de mero enaltecimiento o justificación de actos violentos realizados en el pasado, se podrá afirmar que dicho mensaje resulta idóneo para dar lugar a actos delictivos de violencia directa futuros y puede ser, por tanto, castigado por el correspondiente delito del discurso del odio.

Ahora bien, que se niegue que tanto los actos de justificación, como los de enaltecimiento de delitos pasados o de sus responsables o los que simplemente nieguen su comisión no puedan considerarse, siempre y en todo caso, como delitos de discurso del odio, no significa que no puedan llegar a alcanzar ninguna relevancia penal. Podrán hacerlo, por ejemplo, por el hecho de que

64 GALÁN MUÑOZ, A. Op. cit. ant. p. 297. En el mismo sentido, señalan CANCIO MELIÁ, M./DÍAZ LÓPEZ, J. A. que para apreciar la existencia del riesgo incitador que exige nuestro TC para tener por legítimo este delito existe una precondition: "la existencia de un *terrorismo activo*". En Op. cit. ant. p. 241.

tales manifestaciones resulten ofensivas para quienes fueron víctimas de tales delitos⁶⁵, lo que nos obliga a plantearnos también como podrían ser castigados tal clase de expresiones. Esto es, como se han de castigar las expresiones humillantes o vejatorias realizadas contra las víctimas de delitos.

Para responder adecuadamente a esta cuestión es necesario recordar que, como señalaba GALTUNG, la violencia cultural puede apoyar a las otras clases de violencia (incluida, por tanto, la directa) no solo legitimando o justificando su existencia, lo que evidentemente se hace cuando justifican sus manifestaciones más obvias o se enaltece y se trata como héroes y ejemplos a seguir a quienes las realizan, sino también cuando se cosifica o se humilla a quienes las sufren, dado que, como acertadamente señala el sociólogo noruego, “... *Cuando al Otro no sólo se le deshumaniza sino que se le cosifica, privándosele de toda humanidad, el escenario está listo para cualquier tipo de violencia directa, de la que se culpa a continuación a la víctima*”⁶⁶.

Este hecho es el que nos leva a entender que cuando se analizan la posible relevancia penal de conductas de humillación de terceros, colectivos o no, hay que distinguir dos grupos de posibles expresiones vejatorias y de delitos que pueden castigarlas.

Por un lado, estarán aquellas figuras que castigarían actos de humillación que, además de afectar al honor o la integridad moral de los sujetos contra los que se dirigen, también tendrán que representar un apoyo a la violencia cultural que resulte idónea para fomentar, aunque sea de forma indirecta, la ejecución de nuevos ataques delictivos y violentos contra el colectivo en el que se integran sus víctimas, con lo que se manifiestan como figuras que perfectamente encajable en el grupo de los delitos del discursos del odio propiamente dichos.

Por otro y claramente separados de los supuestos anteriores, estarían todos aquellos delitos que castigan actos de humillación sin exigir que tengan que presentar la idoneidad generadora de futuros ataques violentos

contra terceros que caracteriza a las figuras anteriores para hacerlo. Estas figuras fundamentan entonces su injusto primordialmente en la afectación del derecho al honor o a la integridad moral que supone la realización de todo menosprecio o humillación de la persona o del colectivo atacado por el mensaje, pudiendo llegar incluso a añadir a su injusto una parte estructural que requiera que su conducta típica haya de servir para sustentar la discriminación que sufran sus sujetos pasivos para poder ser tenida por tal⁶⁷. Sin embargo, no exigen, ni necesitan para poder apreciar su realización que los actos humillantes que castigan tengan que ser idóneos para generar actos violentos contra tales sujetos, lo que hace que no puedan ser considerados como verdaderos delitos del discurso del odio.

En el primer grupo de delitos se incluirían figuras como la de humillación a las víctimas del terrorismo contemplada en el art. 578 CP. Lo que, a nuestro juicio, diferencia esta figura de otras que también castigan actos de humillación de terceros (p. ej. el de atentados contra la integridad moral del 173.1 CP o la injurias), es precisamente el hecho de que su tipo de injusto solo podrá sancionar actuaciones humillantes que resulten idóneas para actuar como mecanismos incitadores indirectos a la ejecución de nuevos actos violentos contra terceros. En concreto, y por lo que se refiere al delito del 578 CP, contra todos aquellos que conforman el colectivo que tiene como objetivo o “diana” el concreto terrorismo que dio lugar a la víctima o víctimas cuya humillación vendría a castigar esta figura.

Será precisamente esta parte del injusto (el referido a la incitación indirecta a la ejecución de futuros actos violentos), añadido al propio de la humillación realizada, el que explicará no solo porqué estas humillaciones se contemplan y castigan en el mismo artículo y con las mismas penas que las conductas de enaltecimiento o al justificación del terrorismo, lo que ya denota la clara naturaleza de delito del discurso del odio que también tiene esta modalidad típica⁶⁸, sino también la razón que ha llevado al legislador a establecer

65 Piénsese, por ejemplo, en el caso Violeta Friedman, superviviente de los campos de exterminio nazi que interpuso una demanda civil contra el autor de una obra que negaba el holocausto por sentirse directamente ofendida por el mismo que terminó dando lugar a la STC 214/1991, de 11 de noviembre, ampliamente comentada, entre otros, por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. Op. cit. ant. p. 305 y ss.

66 GALTUNG, J. Op. cit. ant. p. 160.

67 Así debería haberlo hecho, a nuestro juicio el tipo básico del delito contemplado en el art. 510.2. a) CP si hubiera sido configurado como un verdadero delito de odio, conforme a lo aquí sostenido, lo que le debería haber llevado a castigar solo las humillaciones de colectivos discriminados y no de cualquier colectivo integrante de los estatus de los que habla (etnia, raza, nación, etc...).

68 Esto es lo que, a nuestro modo de ver, determina que nuestro legislador las haya tipificado junto a los actos de enaltecimiento o de justificación del terrorismo. El hecho de que también esta modalidad comunicativa (la de la humillación) pueda tener un componente incitador indirecto a la comisión de nuevos delitos terroristas es la que le ha llevado a castigar los actos que lo tengan como el delito del discurso del odio que es, junto a otras posibles manifestaciones del mismo como las de enaltecimiento o justificación del terrorismo en sí o de los terroristas. Se solventarías así el problema que planteaban CANCIO MELIÁ, M./DÍAZ LÓPEZ, J. A. cuando señalaban que la humillación de las víctimas del terrorismo poco o nada tenían que ver con las otras dos modalidades comisivas, al ser, en el mayor de los casos, en su opinión, una simple injuria gravísima, lo que les llevaba a abogar por la necesidad de sacar esta modalidad del dicho precepto de *lege ferenda*. En Op. cit. p. 155 y ss y 247.

que se tendrán que perseguir y sancionar de oficio y sin otorgar relevancia alguna al perdón del ofendido, algo que solo tiene sentido si se mantiene, como aquí se hace, que las humillaciones que esta figura sanciona tiene una parte de su injusto (la incitadora de violencia directa futura contra terceros) de la que dicho sujeto pasivo no podría, ni estaría legitimado en modo alguno para disponer⁶⁹.

Mientras tanto y en el segundo grupo de figuras represoras de actos de humillación, se encontrarían las figuras que podrán utilizarse para castigar los actos justificadores o enaltecedores de delitos que tan solo resulten humillantes para sus víctimas (p. ej. las injurias o el de atentados contra la integridad moral del art. 173.1 CP), debiéndose incluir también en su seno aquellos otros (como los contrarios a los sentimientos religiosos o los de injurias a la corona), que, al no requerir, ni explícita, ni implícitamente que los actos de humillación que castigan tengan que ser adecuados o idóneos para dar lugar a ataques de violencia directa contra aquellos que lo sufren o los colectivos en que se integran, ni necesitar que tengan que estar dirigidos contra sujetos que sufren una violencia estructural, no podrán ser considerados ni como delitos del discurso del odio, ni tampoco como figuras de odio propiamente dichas, con lo que no podrán encontrar en la inclusión en ninguna dichas categorías de delitos la posible fuente de legitimidad y de constitucionalidad de sus cuestionadas y, a nuestro juicio, cuestionables existencias y penas.

6. A modo de conclusión: El controvertido camino a seguir por los delitos de odio y del discurso del odio en las sociedades multiculturales

A lo largo de este trabajo hemos visto los problemas de todo tipo que plantean tanto los delitos de odio, como los del discurso del odio. A todos se les ha tratado de dar una respuesta partiendo de los estudios sobre la violencia realizados por GALTUNG, lo que nos ha llevado a considerar que mientras los primeros tendrán que castigar ataques dirigidos contra sujetos que pertenecen a colectivos discriminados que representen aportaciones de apoyo al mantenimien-

to violencia estructural que tales grupos sufren, los segundos castigan y tratan de impedir que se emitan mensajes o discursos que, si bien no incitan directa y expresamente a cometer actos delictivos concretos de violencia directa contra los sujetos o colectivos que dichas figuras protegen, sí que apoyan determinadas formas de violencia cultural ya existentes que hacen que se pueda considerar su difusión como adecuada, desde un punto de vista *ex ante*, para poder llevar a sus receptores llevar a cabo tales actos contra dichos sujetos.

Se configurarían así ambas clases de delitos sobre fundamentos diferentes. Unos, los del odio, castigan y tratan de evitar actos de apoyo a la violencia estructural. Los otros, los del discurso del odio, hacen lo propio con algunas formas de violencia cultural que respaldan y pueden llevar a que se ejecuten de forma efectiva actos de violencia directa. Esto lleva, como hemos visto, a que no todos los delitos del discurso del odio tengan necesariamente que partir, ni exijan que sus sujetos pasivos tengan que estar sufriendo violencia estructural para castigar los discursos que los atacan. Puede ser que algunos de dichos sujetos la padezcan y, precisamente, dicho hecho favorezca que el mensaje que se dirija contra los mismos llegue a ser idóneo para producir violencia directa en su contra (así podría suceder, por ejemplo, con el colectivo homosexual o los inmigrantes), pero ello no es requisito necesario e imprescindible, lo que, como hemos visto, hace factible que estos delitos puedan emplearse también para proteger a colectivos no discriminados (p. ej. las víctimas del terrorismo).

La delimitación aquí propuesta, como fácilmente se puede deducir considera que los grupos conformados por los delitos de odio y los del discurso del odio no funcionan como círculos concéntricos⁷⁰. Ambos grupos más bien se encuentran en una situación que se podría representar mediante el uso de dos círculos secantes que solo tendrían en su espacio de intersección aquellas figuras que castiguen la difusión de mensajes que, además, de resultar idóneos para dar lugar a la realización de actos violentos contra los colectivos que protegen, lo que haría que se les considerase como delitos del discurso del odio, también lo hagan exigiendo que

69 También podría haber sido un ejemplo de los actos de humillación propios de los discursos delictivos del odio, el delito que sanciona el tipo cualificado del art. 510.2.a) CP e incrementa la pena aplicable a quien realiza un acto de humillación de los colectivos y sus integrantes de los que habla el tipo básico de dicho precepto, cuando su ejecución promueva o favorezca un clima hostil, de odio, violencia o discriminación contra tales sujetos. Sin embargo y a nuestro modo de ver, tampoco esta figura puede ser tenida por tal, ya que lo que realmente permite fundamentar las mayores penas de los actos humillantes castigados por los verdaderos delitos del discursos del odio, no es el mero hecho que su ejecución resulte adecuada para generar violencia estructural o climas previos a la violencia directa y efectiva como este tipo cualificado exige, sino que lo sea para dar lugar a manifestaciones efectivas de esta última forma de violencia. Es decir, de violencia directa, algo que el tipo cualificado vigente no exige, con lo que, a nuestro modo de ver, no debería ser considerado como una figura del discurso del odio propiamente dicha.

70 De otra opinión, parece, sin embargo, CANCIO MELIÁ, M./DÍAZ LÓPEZ, J. A. Op. cit. ant. p. 238 y ss.

su emisión tenga que atacar a determinados colectivos discriminados, actuando entonces como instrumento de apoyo y sustento de la violencia estructural que dichos colectivos sufren, pudiendo calificárseles entonces como verdaderos delitos de odio.

Ahora bien, el hecho de que la propuesta formulada permita dar una adecuada respuesta a muchos de los problemas que plantean estas figuras no debe llevarnos a pensar que éstas hayan dejado de plantearlos.

Así, por ejemplo, el configurar los delitos del odio como figuras que previenen y castigan actos de apoyo a la violencia estructural derivada de la discriminación que sufren determinados colectivos nos enfrenta no solo al problema que se deriva de la necesidad de delimitar cuáles habrían de ser dichos colectivos, lo que puede ser en ocasiones objeto de controversia en las cada vez más multiculturales y segmentadas sociedades en las que vivimos. También hace necesario plantearse hasta qué punto la utilización generalizada de este tipo de instrumentos penales, especialmente protectores de grupos identitarios o clases, no puede generar una reacción adversa, entre aquellos otros que quedan excluidos de dicha protección, que pueda llevarlos a entender que están siendo injustamente tratados, lo que podría y, de hecho, en muchos países está llevando a que se abra un conflicto de identidades colectivas que lleva a muchos de quienes integran los grupos no especialmente protegidos, pero mayoritarios, a apoyar e incluso llevar al poder a aquellos populismos que les prometen que les van a protegerles como colectivo haciéndoles recuperar la “dignidad” supuestamente perdida frente a los grupos minoritarios o ajenos (p. ej. los inmigrantes) que consideran injustamente favorecidos⁷¹. Esto, a nuestro modo de ver, aconseja a utilizar tales instrumentos punitivos con mucha cautela y de forma restringida, lo que hace razonable pensar que solo debería utilizarse cuando quienes integran el colectivo discriminado que vengan a proteger estén siendo objeto, precisamente,

por el hecho de serlo, de frecuentes y graves ataques penalmente relevantes que hagan evidente la necesidad de otorgarles un mayor protección penal frente a los mismos, como, por ejemplo, sucede, a nuestro juicio, en el caso de la violencia de género en España o en el de los ataques policiales contra la población de color en Estados Unidos.

Por otra parte, y por lo que se refiere a los delitos del discurso del odio, resulta obvio el hecho de que, aunque el uso de estas figuras se restrinja a los casos en los que persiguen manifestaciones o expresiones claramente delimitadas y que además resulten idóneas por sí mismas para incitar a sus posibles destinatarios a cometer actos delictivos de violencia directa, continúan adelantando las barreras de la intervención penal hasta conductas ciertamente muy alejadas de la efectiva y real realización de tales actos, dotadas, por tanto, de una ciertamente limitada lesividad, provocándose así que su prohibición y castigo penal, aún cuando resulte legítima, pongan en máxima tensión el derecho a la libertad de expresión que una democracia no militante, como la nuestra, debe garantizar.

Precisamente por ello, parece también conveniente proceder a utilizar este tipo de instrumentos con cautela y de forma limitada, algo que, a nuestro juicio, debería llevar a que solo se debiesen de emplear a la hora de castigar aquellas manifestaciones o expresiones que resulten adecuadas para incitar, de forma indirecta, a sus receptores a cometer delitos (como, por ejemplo, los de genocidio o los delitos violentos de terrorismo), cuya posible realización, en caso de llevarse a cabo, sería tan grave que se justificara claramente el enorme adelantamiento de la intervención penal que representará el castigo de tales expresiones como delito consumado con independencia de si terminaron dando lugar o no al comienzo de la ejecución de dichos ataques.

71 Sobre el modo en el que la proliferación grupos diferenciados delimitados por identidades sociales cada vez más reducidas, que exigen un tratamiento diferenciado con respecto a las mayoritarias han fomentado la aparición de un resentimiento social en quienes se incardinan en otros grupos más amplios y como dicho sentimiento ha sido rápidamente aprovechado por movimientos populistas que llaman a recuperar los valores tradicionales que definían a este último colectivo, primordialmente de carácter nacionalista, dando lugar a la llegada al poder de políticos como los que lideran Trump en Estados Unidos, Orban en Hungría o Kaczyński en Polonia, véase lo comentado, por ejemplo, FUKUYAMA, F. *Identidad*, Ed. Deusto, 2018, p.24 y ss 130 y ss y 179. Evidentemente, muchas de sus reflexiones son perfectamente extrapolables a España con respecto al auge de algún conocido partido de ultraderecha. Pese a lo que pudiera pensarse, los riesgos político criminales del otorgamiento de especiales protecciones a determinadas comunidades o colectivos identitarios no es algo nuevo para el Derecho penal, ni algo que solo haya venido con la expansión de las multiculturalidad de las sociedades occidentales. Ya fue un factor decisivo en el debate que se planteó antes y durante los juicios de Nüremberg entre Lauterpacht y Lemkin y los conceptos de delitos contra la humanidad que defendía el primero y el de genocidio creado por el segundo. Pese a que hoy este último concepto está reconocido prácticamente de forma unánime, Lauterpacht cuestionaba que fuese adecuada su introducción en el ordenamiento jurídico internacional, entre otras cosas, como consecuencia de que consideraba que la especial protección que dicha figura otorgaba a determinados colectivos frente a otros, podría llevar, precisamente como había sucedido incluso antes de la guerra en Polonia, a que se agudizase la diferenciación entre colectivos protegidos y no (entre el “nosotros” y “ellos”), generando conflictos que no solo no ayudarían, sino que dificultarán la resolución de las disputas históricamente existentes entre unos y otros. Sobre esta interesante cuestión y el apasionante debate que generó, véase, SANDS, P. *Calle Este-Oeste*, Ed. Anagrama, Barcelona, 2016

No parece, sin embargo, que sea éste el camino que nuestro legislador está decidido a tomar, lo que previsiblemente llevará a que continuemos mucho tiempo cuestionando y debatiendo tanto sobre la verdadera naturaleza de las nuevas figuras que, a buen seguro,

tratará de crear al amparo bajo el aparente amparo de su inclusión en alguno de los grupos de delitos comentados, como sobre las también previsiblemente controvertidas resoluciones judiciales a que la existencia de tales delitos dará lugar.