

Jon-Mirena Landa Gorostiza
Universidad del País Vasco/Euskal
Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

Sumario

-

El objetivo de este trabajo se orienta a hacer un diagnóstico multinivel y mostrar la realidad actual, el estado de la cuestión, de los delitos de odio desde cuatro ángulos complementarios. Para ello el primer apartado se ocupa de la caracterización del modelo legislativo adoptado por España en esta materia. Caracterización que se desarrollará en contraste con los estándares internacionales y los principales modelos político-criminales de Estados Unidos y Europa. A continuación, en segundo lugar, se dará cuenta del estado del debate doctrinal con los puntos que hoy en día ocupan el centro de la controversia. En tercer lugar, se presentarán las líneas principales de aplicación jurisprudencial de los tipos penales muy influidas por una Reforma del año 2015 que ha precipitado un creciente número de condenas. Para finalizar, se mostrará la foto estadística a la luz de los datos oficiales y un apartado final de conclusiones. En síntesis, se presenta una suerte de estado de la cuestión actualizado de esta realidad delictiva en cuatro niveles: estado de la legislación, del debate doctrinal, de la jurisprudencia y de los datos estadísticos.

Abstract

-

This contribution is dedicated to exploring how hate crimes are regulated in Spain. The aim is to conduct a multi-level diagnosis and outline the current situation regarding hate crimes from four complementary angles. To this end, the first section focuses on characterizing the legislative model adopted by Spain in this area and comparing it with international standards and the principal political-criminal models of the United States and Europe. Second, the article discusses the state of the doctrinal debate, focusing particularly on the points that are currently at the center of the controversy. The third section outlines the principal ways in which case law has been applied to criminal offenses, a field heavily influenced by the 2015 Reform, which has led to an increasing number of convictions. Finally, the statistical picture painted by official data is examined. A final section draws a series of conclusions. In short, this article presents an updated overview of this criminal reality on four levels: legislation, doctrinal debate, case law, and statistical data.

Zusammenfassung

-

Ziel des vorliegenden Beitrags ist es, eine mehrstufige Diagnose durchzuführen und den gegenwärtigen Stand der Diskussion über die sog. Hassverbrechen aus vier komplementären Blickwinkeln darzustellen. Zu diesem Zweck konzentriert sich der erste Abschnitt auf die Charakterisierung des von Spanien in diesem Bereich angewandten Gesetzgebungsmodells. Charakterisierung, die im Gegensatz zu den internationalen Standards und den wichtigsten politisch-kriminellen Modellen der Vereinigten Staaten und Europas entwickelt wird. Zweitens werden die Zentralpunkte der gegenwärtigen Diskussion der Literatur. Drittens werden die Grundzüge der Rechtsprechung vorgestellt, die stark von einer Reform aus dem Jahr 2015 beeinflusst wurde, und zu einer wachsenden Zahl von Verurteilungen geführt hat. Abschließend wird das statistische Foto im Lichte der offiziellen Daten gezeigt und das Ergebnis der Untersuchung dargestellt. Zusammenfassend wird eine Art aktualisiertes Stands der Diskussion dieser kriminellen Wirklichkeit auf vier Ebenen dargestellt: Stand der Gesetzgebung, Diskussion der Literatur, Rechtsprechung und statistische Daten.

Title: *Hate Crimes in Spain: State of the matter*

Title: *Hassverbrechen in Spanien: Stand der Diskussion*

-

Palabras clave: Derecho penal, derecho comparado, jurisprudencia, delitos de odio, discurso de odio, incidente de odio

Keywords: *Criminal Law, Comparative Law, Case law, Hate crime, Hate speech, Hate incident*

Stichwörter: *Strafrecht, Rechtsvergleichung, Rechtssprechung, Hassverbrechen, Hassrede, Hassvorfall*

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i4.05

-

4.2024

Recepción
25/03/2024

-

Aceptación
17/04/2024

-

Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. Delitos de odio, estándares internacionales y modelo político-criminal español**
 - 2.1. Estándares internacionales
 - 2.2. Estados Unidos y Europa frente a los estándares internacionales
 - 2.3. Modelo político-criminal vigente en España
- 3. Debate doctrinal**
- 4. Situación de la jurisprudencia**
 - 4.1. Jurisprudencia sobre el discurso de odio criminalizado: delitos con palabras (artículo 510 CP)
 - 4.2. Jurisprudencia de la agravante del artículo 22.4 CP: delitos con hechos
 - 4.3. Jurisprudencia de la jurisdicción militar
- 5. Mapa empírico: los incidentes de odio**
 - 5.1. Fiscalía y Poder Judicial
 - 5.2. Excursus: análisis de sentencias 2018-2022
 - 5.3. Datos policiales
- 6. Conclusiones**
 - 6.1. Estado del modelo legislativo
 - 6.2. Estado del debate doctrinal
 - 6.3. Estado de la jurisprudencia
 - 6.4. Estado de la estadística policial y judicial
 - 6.5. A modo de reflexión final: una mirada integrada de los cuatro niveles
- 7. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

El objetivo principal de este estudio es presentar un estado de la cuestión, actualizado, sobre los delitos de odio en España. De un total desconocimiento en la década de los 90 del siglo pasado, las conductas de odio han pasado a tener una gran relevancia pública hasta el punto de que, un día sí y otro también, la prensa se hace eco de incidentes de esta naturaleza. La presencia en los medios de comunicación, o el recurso a la vía penal por este tipo de enfrentamientos entre los partidos políticos, contrastan, de forma llamativa, con la relativa escasez de datos si analizamos las estadísticas de la Fiscalía General del Estado o del Consejo General del Poder Judicial. La jurisprudencia, como enseguida indicaremos, va incluyendo pronunciamientos al respecto formando ya un cuerpo inicial de doctrina de cierta relevancia, pero el volumen de resoluciones judiciales contrasta, a su vez, notablemente, con los datos estadísticos de naturaleza policial que año a año publican oficialmente los responsables del Ministerio del Interior español o la Policía Vasca (Ertzaintza). En todo caso, se puede avanzar desde un principio que hay una enorme asimetría entre el cuadro que de esta realidad arrojan la hemeroteca y los datos estadísticos de tipo policial, por un lado, y la estadística judicial por el otro. Asimetría a la que acompaña una cierta desorientación y falta de consenso, tanto en el plano doctrinal como jurisprudencial, a la hora de determinar qué debe entenderse exactamente por delito de odio y cómo debe ser interpretado su contenido de injusto.

Los delitos de odio, al margen de su volumen oficial registrado e incluso de la presencia efectiva coyuntural de un mayor o menor número de los crímenes más graves de «eliminación» (como pueden ser los asesinatos, homicidios, lesiones graves o agresiones sexuales...), tienen un impacto potencial en la convivencia de cualquier sociedad democrática que hace imprescindible que, al menos, el circuito de la administración de justicia tenga una cierta coordinación: esto es, que la investigación y registro policial, la intervención de la fiscalía, y las resoluciones de los jueces (incluida la fase de ejecución de las condenas que se impongan) se vayan de forma progresiva ensamblando según criterios de interpretación comunes. Una trazabilidad transparente y bien documentada de todo el circuito facilitaría a su vez que la instancia policial pueda conocer cómo acaban siendo perfilados los incidentes que detecta e instruye de forma que las condenas impuestas fueran clarificando los puntos oscuros de forma progresiva para mejorar la dirección y factura de la propia elaboración de atestados. Pues bien, una tal situación ideal de transparencia en la que pudieran conocerse los datos policiales y su evolución posterior en términos de procedimientos incoados, sentencias (sean o no condenatorias) y penas impuestas está todavía muy lejos de alcanzarse en el contexto español. La fase actual, más bien, responde a la de unos cuerpos policiales activos y con un cierto –y creciente– nivel de formación; una Fiscalía con un nivel de conciencia del problema y de formación al respecto con clara necesidad

* Autor de contacto: Jon-Mirena Landa Gorostiza (jonmirena.landa@ehu.es). La presente contribución se inscribe como resultado del (y está financiada por el) Proyecto I+d+i PGC Tipo B, PID2020-115320GB-100 del Ministerio de Ciencia e Innovación (MICIN/FEDER UE), «Delitos de odio en España: retos pendientes.», Investigador Principal Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA, Catedrático de Derecho Penal y Director de la Cátedra Unesco de Derechos Humanos y Poderes Públicos, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) <http://www.katedraddhh.eus>; <http://www.jmlanda.com>. Asimismo se ha beneficiado de una estancia científica de investigación como *visiting scholar* en la *Columbia University (New York)* auspiciada y financiada por la Fundación y el Centro *Agirre Lehendakari (ALF-ALC)* durante los meses de enero a marzo 2024: en tal sentido quiero agradecer igualmente la ayuda científica y material prestada por el Prof. Joshua D. Fischer y demás miembros del AC4 (*Advanced Consortium for Cooperation, Conflict and Complexity*) de la citada universidad.

de dotarse de más medios en esta materia; pero un Poder Judicial que no parece, en contraste, que atienda a esta realidad con un nivel equivalente de atención ni de formación.

Ante esta situación, el objetivo de esta contribución se orienta a hacer un diagnóstico multinivel y mostrar la realidad actual de los delitos de odio desde cuatro ángulos complementarios. Se busca hacer y describir la foto actual de cómo están los delitos de odio. Una foto, en todo caso, no auto-referencial, sino en comparación con nuestros círculos de cultura jurídica más próxima. Para ello se comenzará con un primer apartado, a la búsqueda de una caracterización del modelo legislativo adoptado por España en esta materia. Caracterización que se desarrollará en contraste con los estándares internacionales y los principales modelos político-criminales de Estados Unidos y Europa como círculos de cultura jurídica indispensables. La pregunta subyacente a este primer estado de la cuestión es: ¿qué tipo de legislación tiene España? ¿se asemeja a su entorno jurídico? ¿integra adecuadamente los estándares internacionales? A continuación, en segundo lugar, se dará cuenta del estado del debate doctrinal con los puntos que hoy en día ocupan el centro de la controversia: ¿qué son los delitos de odio? ¿cómo deben interpretarse? En tercer lugar, se presentarán las líneas principales de aplicación jurisprudencial de los tipos penales: ¿cómo están aplicando los jueces estos preceptos penales? Para finalizar, se mostrará la foto estadística a la luz de los datos oficiales: ¿cuántos incidentes policiales se registran?, ¿cuántos llegan a ser condenados? ¿qué tipo de delitos son prevalentes, contra qué tipo de colectivos? Ello nos llevará ya, en un apartado final, a una serie de conclusiones. En síntesis, presentaremos una suerte de estado de la cuestión actualizado de esta realidad delictiva en cuatro niveles: estado de la legislación, del debate doctrinal, de la jurisprudencia y de los datos estadísticos.

2. Delitos de odio, estándares internacionales y modelo político-criminal español

Para caracterizar el modelo político-criminal español en materia de delitos de odio conviene, en primer lugar, identificar los estándares internacionales en la materia y contrastarlos posteriormente con su transposición al ámbito doméstico regional tanto en los Estados Unidos como en Europa².

2.1. Estándares internacionales

El referente fundamental para la criminalización –no la mera prohibición– anti-odio en el derecho internacional de los derechos humanos de ámbito universal se remite, en primer término, a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 (Convención de 1965). Una Convención que incorpora un estándar extraordinario: a saber, la obligación de incriminación de (una parte del) discurso del odio³. No se trata de una

¹ Sobre la pertinencia de la cuestión dada la división de opiniones y la controversia al respecto véase, por todos, sólo CÁMARA ARROYO, «El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (70), 2017, pp. 146 ss.

² Ampliamente al respecto LANDA GOROSTIZA, «Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-19), 2020, pp. 1 ss., con ulteriores referencias; también, recientemente, más atento al modelo agravatorio pero muy ilustrativo del contraste Estados Unidos versus Europa GORDON BENITO, *Delitos de odio y ciberodio. Una revisión acerca de las posibilidades de filtrado penal del discurso a través de los arts. 22.4 y 510.3 CP*, 2023, pp. 60 ss.

³ ABRISKETA URIARTE, «La discriminación racial: un análisis comparado sobre el marco jurídico internacional y europeo», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (29), 2015, pp. 6 ss.; MCGONAGLE, «General Recommendation 35 on combating racist hate speech», en KEANE/WAUGHURAY (eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination. A living Instrument*, 2017, pp. 251 s.

prohibición con margen de maniobra para el Estado ratificante sobre si ésta debe articularse a través de normativa administrativa, civil o de otra naturaleza. La obligación es de naturaleza penal tal y como literalmente recoge su artículo 4 cuando señala en su letra «a» que los Estados partes:

«Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación»⁴.

Este estándar, extraordinario por la amplitud y lo difuso del tenor literal del ámbito de la prohibición y por exigir la transposición doméstica mediante ley penal, no determinaba, sin embargo, contra las apariencias, ni mucho menos, una incorporación preceptiva, rígida y omnicompreensiva de prohibición de todo tipo de discurso del odio. Por el contrario, una mirada de conjunto al artículo 4 de la Convención revela que una tal prohibición debía realizarse de conformidad con el «debido respeto» (la conocida como cláusula «*with due regard to*»)⁵ al ámbito de libre y legítimo ejercicio de los derechos fundamentales y, en particular, de la libertad de expresión.

La obligación de incriminación (de una parte) del discurso del odio nace, por tanto, desde un principio asociada a la necesidad de (auto)limitar su alcance como consecuencia de la obligatoria consideración de límites –a ponderar– en su incorporación doméstica⁶. La transposición del estándar estuvo transida desde los inicios por la incertidumbre e indefinición del concepto (el del «discurso del odio») y la polémica de cómo se tiene que abordar la adecuada ponderación entre bienes jurídicos de forma que la prohibición penal no ahogue libertades fundamentales. El margen de ponderación, y la delimitación final del ámbito de prohibición que se derive en consecuencia, es un aspecto estructural subyacente al modelo de delito de expresión que se promueve en el artículo 4 de la Convención de 1965. Y esa incertidumbre o zona de penumbra

⁴ Convención de 1965. Artículo 4. «Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

- a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;
- b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;
- c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.»

⁵ En relación a la mención en la primera parte del artículo a la necesidad de proceder «(...) teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención (...) (*with due regard to the principles embodied in the Universal Declaration of Human Rights and the rights expressly set forth in article 5 of this Convention, inter alia*).

⁶ Lo que es coherente con su naturaleza no «auto-ejecutiva» (self-executing) MCGONAGLE, «General Recommendation 35 on combating racist hate speech», en KEANE/WAUGHURAY (eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination*, 2017, p. 251.

digamos «estructural» resulta también presente, incluso en mayor grado, en el estándar establecido en el otro gran referente universal: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Y es que también en dicho Pacto la intelección del estándar anti-odio que prescribe depende del juego de limitaciones recíprocas entre la demanda de intervención (artículo 20) y la necesidad de preservar la libertad de expresión (artículo 19)⁷. Efectivamente de conformidad con el artículo 20 de dicho instrumento internacional se establecen prohibiciones –en este caso no necesariamente de índole penal– de la propaganda en favor de la guerra y de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. Prohibiciones que deben, sin embargo, respetar límites⁸.

En todo caso, en una visión de conjunto, la práctica interpretativa tanto del artículo 20 del Pacto de 1966 (Observaciones Generales 11 y 34 del Comité de Derechos Humanos; y Plan de Acción de Rabat⁹)¹⁰ como del artículo 4 de la Convención de 1965 (Recomendación General 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial¹¹), pese a sus diferencias, ha tendido

⁷ Pacto 1966. «Artículo 20

1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.
2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.»

«Artículo 19.

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.»

⁸ La Observación General N° 34 del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/GC/34) establece de manera categórica en sus apartados 50 a 52 que las prohibiciones del artículo 20 comprenden actos extremos que caen dentro de las restricciones del artículo 19 y, por tanto, deben cumplir las limitaciones establecidas en el párrafo tercero de este último (legalidad, necesidad y proporcionalidad).

⁹ Informe del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso, A/HRC/22/17/Add.4, 11 de enero 2013. El denominado *Plan de Acción de Rabat* contiene y sintetiza una serie de criterios contextuales como umbral mínimo de intervención ante conductas de gravedad en materia de discurso del odio. Es un documento de trabajo que fue impulsado por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el marco de los esfuerzos por identificar un estándar de intervención en el Pacto de 1966 pero que ha acabado por convertirse en el verdadero referente sustantivo de dicho umbral también para la Convención de 1965.

¹⁰ Véase un análisis muy completo del estado de dicha práctica aplicativa en ROLLNERT LIERN, «El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional», *Revista española de derecho constitucional*, (115), 2019, pp. 84 ss., con un repaso del alcance de las Observaciones Generales relativas a los artículos 19 y 20, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos en la materia, el influjo y avance que representan el Plan de Acción de Rabat (2012) o los principios de Camden (2009), que le llevan a la sólida conclusión de que la prohibición del artículo 20 apunta a una suerte de «umbral de incitación» o, en nuestras palabras, a un estándar fuerte de filtrado de la parte de discurso de odio que debe prohibirse con base en criterios restrictivos apoyados en la intencionalidad del mismo y en su potencial para forzar el paso al acto (incitación) como riesgo inminente para el grupo diana a concretar en términos contextuales.

¹¹ Recomendación general N° 35 titulada *La lucha contra el discurso de odio racista* aprobada por el Comité para la eliminación de la discriminación racial en su 83° período de sesiones (12 a 30 de agosto de 2013). CERD/C/GC/35. Véase un estudio en profundidad sobre su alcance y trascendencia en MCGONAGLE, en KEANE/WAUGHTRAY (eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination*, 2017, *passim*.

recientemente a converger¹² apuntando a una suerte de test conjunto de filtrado que pudiera orientar la distinción entre el discurso de odio punible (o incluso sólo contrario a la ley) y el protegido por la libertad de expresión.

En particular, a partir de la Recomendación General 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Convención de 1965) del año 2013, el señalado test (inspirado en el *Plan de Acción de Rabat*) se apoya expresa y decididamente en criterios a inscribir en la dinámica de la incitación intencional a la realización de conductas agresivas cuya gravedad se remite a la valoración de la inminencia del riesgo de su materialización según factores de tipo contextual. Es lo que podría tildarse de «test fuerte de incitación» y que se apoya en tres elementos clave: intencionalidad; dinámica de incitación –explícita o implícita– a la comisión de actos (sean estos o no punibles) con un nivel mayor o menor de inminencia del riesgo de materialización; y, finalmente, la consideración de factores contextuales como elemento indispensable para captar el significado y gravedad de la conducta. Como resulta evidente la alusión a los denominados «factores contextuales» recoge en sede de interpretación del artículo 4 de la Convención de 1965 la propuesta del denominado *Plan de Acción de Rabat* que se desarrolló en el marco de los esfuerzos interpretativos de los artículos 19 y 20 del Pacto de 1966. Estos últimos, por tanto, se dan por incorporados a una suerte de *acquis* común a ambos¹³.

Sea como fuere, el estándar universal de criminalización del discurso del odio de incitación grave contra grupos diana se centra esencialmente en elementos de identificación étnica: raza, color, linaje, origen nacional o étnico. Grupos que como tales incluyen también los colectivos identificables como pueblos indígenas, y grupos de personas de común ascendencia, pero también inmigrantes, no ciudadanos, trabajadores domésticos inmigrados, refugiados o peticionarios de asilo. Ese núcleo duro de colectivos –que nosotros identificamos con el concepto-container «étnico»– sólo se expande más allá de forma excepcional y funcional, por razones de interseccionalidad, para la protección adicional de mujeres o grupos religiosos (islamofobia, antisemitismo...) en la medida en que puedan estar en conexión con el elemento de identificación subyacente de colectivo étnico¹⁴.

¹² No cabe en el marco de esta contribución un análisis en detalle de los matices diferenciales entre los estándares de incitación que se derivan de ambos instrumentos internacionales. Y menos aún de su evolución. Sí parece constatar, en todo caso, una cierta confluencia y acercamiento particularmente a partir de la Recomendación General 35 (sobre el combate del discurso del odio racista) que interpreta autoritativamente el artículo 4 de la Convención de 1965 tal y como señala MCGONAGLE, en KEANE/WAUGHTRAY (eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination*, 2017, pp. 255 s.; véase también el detallado estudio de ROLLNERT LIERN, *REDC*, (115), 2019, *passim*, quien se centra especialmente en el artículo 19 y 20 del Pacto de 1966 (pp. 84 ss.) y lo compara con otros estándares internacionales y europeos, llegando a la conclusión –que compartimos– de la criticable evolución interpretativa en la práctica aplicativa sobre todo del TEDH y del Consejo de Europa hacia un abandono del test fuerte de incitación (p. 98 s.) que acaba por difuminarse. Véase, también, por todos, el estudio de GASCÓN CUENCA, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, 2016, pp. 26 ss. y 36 ss.

¹³ Véase el apartado 16 de la citada Recomendación general que literalmente apunta a una suerte de «test de incitación» implícita o explícita, intencional, con riesgo (o probabilidad) inminente de que se produzcan conductas de terceros (punibles o no) a la luz de los factores contextuales (del apartado 15: contenido y forma del discurso; clima económico, social y político; posición o condición del emisor; alcance del discurso; y objetivos de este último). Véase, por todos, autoritativamente, el Informe del Relator para la libertad de expresión *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, A/74/486 (2019), apartados 15 y 16; también MCGONAGLE, en KEANE/WAUGHTRAY (eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination*, 2017, pp. 258 y 254.

¹⁴ Recomendación General 35 (CERD/C/GC/35) apartado 6: «En la práctica del Comité, al abordar el discurso de odio racista se han tratado todas las formas específicas de discurso a que se hace referencia en el artículo 4, dirigidas contra los grupos reconocidos por el artículo 1 de la Convención –que prohíbe la discriminación por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico–, como los pueblos indígenas, los grupos cuya condición

2.2. Estados Unidos y Europa frente a los estándares internacionales

Sentado lo precedente, sin embargo, debe resaltarse cómo en la escena internacional hay países, incluso ámbitos regionales al completo (paradigmáticamente Estados Unidos *versus* Europa) que tienden respectivamente a una cierta desvinculación del citado estándar internacional tanto por defecto (EEUU), como por exceso (Europa). Estados Unidos, en un extremo, tiende a negar la legitimidad de las prohibiciones del discurso del odio criminalizadas en Europa de la misma manera que en Europa, y en particular en el ámbito del Consejo de Europa, hay una cierta tendencia expansionista a dilatar y ensanchar el estándar de intervención hasta un punto en que parece diluirse o hacerse desaparecer la necesidad de articular limitaciones o restricciones. Ambas manifestaciones, en su extremo, tienden a negar el estándar internacional universal sea por defecto, sea por exceso. Veámoslo.

En efecto, cuando a finales del siglo pasado la legislación anti-odio americana se comienza a prodigar será la Corte Suprema estadounidense la que acabará por consolidar un sistema fundamentalmente monista y no dualista, declarando respectivamente la esencial incompatibilidad de la criminalización del discurso del odio (R.A.V. v. St. Paul 1992 –en adelante RAV–) y la compatibilidad de preceptos agravatorios (Wisconsin v. Mitchell 1993) con la Primera Enmienda¹⁵. El hito que supuso el caso RAV es difícil de minusvalorar en el sentido de que implicó prácticamente hasta el día de hoy la cancelación de lo que podría haber sido un curso de los acontecimientos bien diferente en términos de aceptar una mayor penalización del discurso racista.

Es cierto, sin embargo, que la posible criminalización del discurso del odio en Estados Unidos y su compatibilidad con los estándares de constitucionalidad es un campo de discusión especialmente agitado. La particular concepción de la Primera Enmienda americana como defensora a ultranza de que el gobierno no tenga la capacidad de prohibir la expresión de una idea o ideología simplemente porque la sociedad la encuentra ofensiva, es un principio esencial al que se contrapone, en el caso del discurso racista, el valor de la igualdad de todas las personas: esto es, el clásico enfrentamiento subyacente a la Primera Enmienda entre los valores de libertad e igualdad¹⁶. Frente a una fase inicial de cierto apoyo a la constitucionalidad de leyes en este campo contra la injuria colectiva (Beauharnais v. Illinois 1952)¹⁷, esta doctrina jurisprudencial

se basa en consideraciones de ascendencia, y los inmigrantes o los no ciudadanos, incluidos los trabajadores domésticos migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo, así como el discurso dirigido contra las mujeres pertenecientes a esos y a otros grupos vulnerables. A la luz del principio de interseccionalidad, y teniendo presente que "las críticas contra dirigentes religiosos o los comentarios sobre la doctrina religiosa o el dogma" no deben prohibirse ni castigarse, el Comité también ha prestado atención al discurso de odio dirigido contra las personas pertenecientes a determinados grupos étnicos que profesan o practican una religión distinta de la mayoría, por ejemplo las expresiones de islamofobia, antisemitismo y otras manifestaciones de odio similares contra grupos etnorreligiosos, así como las manifestaciones extremas de odio tales como la incitación al genocidio y al terrorismo. La creación de estereotipos y la estigmatización de miembros de grupos protegidos también han sido objeto de expresiones de inquietud y de recomendaciones por parte del Comité».

¹⁵ SILVERMAN, «Criminalidad xenófoba en los Estados Unidos: posibilidades de tutela ante el conflicto entre la protección de minorías y la libertad de expresión», *Cuadernos de Política Criminal*, (63), 1997, pp. 689 ss.; y LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4 CP 1995*, 2018, p. 44 con ulteriores referencias.

¹⁶ BARRON/DIENES, *First Amendment Law in a nutshell*, 6ª ed., 2023, p. 219.

¹⁷ Se trata de un caso relativo a una ley penal de Illinois que prohibía publicaciones que proyectaran un carácter depravado, criminal o de falta de virtud respecto de todo un grupo de ciudadanos de cualquier raza, color, credo o religión exponiendo a los grupos diana como personas de un valor inferior, de forma insultante o provocando una ruptura de la paz. El Tribunal Supremo de Estados Unidos, en un fallo 5 a 4, confirma la pena por la distribución de panfletos racistas y para ello se invocan distintos argumentos materiales en la línea de la prohibición del libelo, el daño a la convivencia interracial que provoca el discurso de odio o incluso la afectación

pronto entraría en declive¹⁸ hasta que en los años 80 el debate doctrinal impulsara y renovara el interés por la protección de minorías históricamente discriminadas. Este debate, sin embargo, quedó zanjado por el citado fallo RAV v. St Paul 1992 que, sobre la base de un caso de prohibición de quema de cruces, sirvió una doctrina que arroja serias dudas sobre el futuro y la viabilidad constitucional de cualquier norma contraria al discurso del odio¹⁹. Este diagnóstico ni siquiera parece desdecirse por fallos posteriores, como señaladamente el del caso Virginia v. Black 2003, en el que también se revisa la constitucionalidad de la prohibición de la quema de cruces, aunque aquí la norma en cuestión hacía referencia a tal quema sólo cuando ésta se lleve a cabo particularmente con la intención de intimidar. Es cierto que en este supuesto el alto tribunal americano considera que es la parte procesal-probatoria la que determina que la ley de Virginia sea inconstitucional por presumirse *iuris tantum* en la norma estatal que toda quema de cruces implicaría *prima facie* una tal intención intimidatoria²⁰. Ello parecería abrir a contrario, en la dimensión sustantiva, la posibilidad de una evolución de la jurisprudencia en la materia hacia la constitucionalidad de normas penalizadoras de estas conductas en determinadas condiciones²¹. Pero no debe perderse de vista que el juicio de constitucionalidad sobre constelaciones de casos que tienen que ver con el discurso de odio racista (sea éste más de tipo injurioso o más de tipo intimidatorio y/o incitatorio a la violencia), va mucho más allá de la quema de cruces y encuentra en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos lo que podríamos denominar una suerte de resistencia transversal²².

a la propia dignidad humana de cada persona perteneciente al grupo en cuestión atacado. BARRON/DIENES, *First Amendment Law in a nutshell*, 6ª ed., 2023, p. 220.

¹⁸ BARRON/DIENES, *First Amendment Law in a nutshell*, 6ª ed., 2023, p. 221, se hacen eco que en el caso Village of Skokie v. National Socialist Party 1978 ya se da por desacreditada tal doctrina en el conocido fallo que supuso dar prioridad y permitir una marcha de simpatizantes Nazis ataviados con uniforme y portando esvásticas a través de la ciudad de Skokie (Illinois) en la que vivían predominantemente personas judías. Las ordenanzas que perseguían evitar la marcha se consideraron contrarias a la Primera Enmienda sobre la base de que el discurso de odio que comprometían estaba constitucionalmente protegido.

¹⁹ BARRON/DIENES, *First Amendment Law in a nutshell*, 6ª ed., 2023, pp. 224, 221 ss.

²⁰ En el fallo en cuestión se aplica la doctrina del denominado *overbreadth* que, según BASTRESS, «El principio de “la alternativa menos restrictiva” en Derecho constitucional americano», *Cuadernos de Derecho Público*, (5), 1998, p. 242, debería traducirse como doctrina de la exorbitancia. Se trataría de supuestos en que la regulación en cuestión en su impacto abarca no sólo constelaciones de casos que legítimamente entran dentro de la esfera legítima de la pretensión regulatoria, sino también supuestos que, por exceso, implican un ejercicio de la libertad de expresión que nada tiene que ver con el cumplimiento de intereses legítimos del Estado. Doctrina que a nuestro juicio bien podría traducirse también como del «rebasamiento» o «rebosamiento». Y es que la regulación, en definitiva va «más allá» de unos límites dentro de los cuales quedaría justificada la norma por atender a un fin legítimo que le privaría de protección de la Primera Enmienda. El punto de partida de la pretensión legislativa está bien enfocado hacia un interés: la regulación, sin embargo, rebasa los límites de legitimidad e incorpora *de facto* casos protegidos por la libertad de expresión. La norma desborda («rebasamiento» o «rebosamiento») los límites que la harían legítima sin tacha de inconstitucionalidad.

En el caso que nos ocupa se proyecta sobre la parte procesal de la ley sancionatoria de la quema de cruces del Estado de Virginia que señalaba que «[a]ny such burning of a cross shall be *prima facie* evidence of an intent to intimidate a person or group of persons». Presumir, aunque sólo sea *iuris tantum*, que toda quema de cruces resultaría intimidatoria de partida incluiría y penalizaría, en opinión de la mayoría del alto tribunal, constelaciones de casos en que la quema no tiene por qué tener una tal intención. La regulación por tanto abarcaría supuestos que equivalen a esa intimación y otros que no: los primeros, objetivo legítimo de la regulación; los segundos, ejercicio de la libertad de expresión que debería quedar libre de intervención. El tribunal, de esta manera, da a entender -ya en el ámbito material- que una configuración de la norma penal sin excesos, restringida a supuestos de verdadera intimidación (*true threats*) no estaría vedada constitucionalmente. BARRON/DIENES, *First Amendment Law in a nutshell*, 6ª ed., 2023, pp. 62 s., pp. 51 ss., pp. 111 ss., p. 228.

²¹ HARTLEY, «Cross Burning. Hate Speech as Free Speech: A Comment on Virginia v. Black», *Catholic University Law Review*, (54), 2004, pp. 1 ss.; también BILLS/VAUGN, «A Contemporary Review of Hate Crime Legislation in the United States», *Criminal Justice Policy Review*, (34-2), 2023, pp. 118 s.

²² Debe quedar para otra investigación un análisis detallado de cómo se articula dicha «resistencia transversal». Limitaciones de esta contribución hacen imposible entrar a todas las perspectivas desde las que se puede debatir

Más allá por tanto del debate abierto y en permanente estado de agitación, se puede concluir que a día de hoy la Corte Suprema estadounidense relega, esencialmente, a la zona libre de intervención penal el discurso del odio (*hate speech*) y liquida los modelos de legislación penal anti-odio con palabras, mientras que afirma y legitima las figuras agravatorias de delitos base sin encontrar ahí tacha ninguna desde el punto de vista de la libertad de expresión. Se puede afirmar que a partir de la década de los 90 (S. XX) los delitos de odio como agravaciones de delitos base (*hate crime stricto sensu*) son el modelo de referencia en los Estados Unidos, por tanto, desvinculándose del estándar internacional universal de los derechos humanos que obliga a incriminar partes más sustanciales del discurso del odio.

Ahora bien, dentro de su propia línea legislativa de agravación de penas se ha ido produciendo en los Estados Unidos una cierta expansión de los colectivos diana a proteger más allá de la matriz étnica original hacia otros colectivos como, entre otros, significativamente los relativos a la orientación e identidad sexual, sexo/género, personas con discapacidad, e incluso colectivos definidos según la edad, el estatus marital, o los sin techo²³. Sin duda los colectivos de tipo étnico (raza, etnia, nacionalidad, religión) son los más asentados tanto en número de Estados federados

la constitucionalidad de las modalidades equivalentes del discurso de odio. Modalidades que tomando como referencia en espejo, por ejemplo, las contenidas en el poliédrico artículo 510 del Código penal español en cuanto eventual estándar europeo de delitos de odio con palabras, incluye no sólo casos de injuria colectiva, sino también supuestos de incitación, modalidades a través de las redes sociales, exhibición de símbolos y un largo etcétera. Determinar el potencial de la Primera Enmienda respecto de todas esas constelaciones de casos requiere un estudio amplísimo de la compleja y agitada jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. En todo caso, sin ánimo de exhaustividad, siguiendo, por todos, a BARRON/DIENES, *First Amendment Law in a nutshell*, 6ª ed., 2023, no puede perderse de vista el estricto estándar que representa la doctrina del «*clear and present danger*» como test de filtrado en supuestos de provocación (y en particular en constelaciones de casos de índole ideológico: p. 79 ss.); o la doctrina de las denominadas «*fighting words*» y su eventual desactivación como vía de constitucionalidad respecto de conductas peligrosas u ofensivas (en la medida en que no parezca vigente en la jurisprudencia americana la pretensión de exclusión radical de protección de este tipo de categorías generales de discurso: p. 103 y pp. 97 ss.); o la estricta vigilancia que se proyecta sobre estas constelaciones de casos desde la doctrina del rebasamiento o exorbitancia (*overbreadth*: pp. 51 ss.); o la resistencia a crear categorías no protegidas o menos protegidas por la Primera Enmienda (pp. 26 ss., pp. 33 ss., en particular respecto del lenguaje puramente ofensivo pp. 107 ss., o más amenazante pp. 111 ss.; y pp. 203 ss.); o el campo especialmente controvertido del discurso del odio a través de las redes sociales e internet con el debate correspondiente del potencial de censura en la moderación de contenidos por parte de agentes privados –no gubernamentales por tanto– (p. VI y pp. 18 ss.). Por último debe considerarse que si además alzamos la mirada más allá de supuestos de racismo o xenofobia y nos adentramos en otros grupos, el angular de análisis es todavía más complejo: por ejemplo, en particular, respecto de los problemas estructuralmente similares entre discurso de odio racista o misógino, homófobo, transfobo... (pp. 228 ss.). En definitiva, una visión global arroja por tanto, a nuestro juicio, una suerte de resistencia estructural a que supuestos de discurso del odio que en Europa serían sentenciados conforme a la normativa en vigor, puedan, sin embargo, llegar a ser penalizados en Estados Unidos sin tacha de inconstitucionalidad por resultar protegidos por la Primera Enmienda con argumentos cambiantes, complementarios y a veces contradictorios pero que no se compadecen, de momento, con una evolución sustancial de apertura o cambio esencial desde el caso RAV v. St Paul 1992 que sigue jugando, en todo caso, un papel central.

²³ BLAIR WOODS, «Hate crime in the United States», en HALL/CORB/GIANNASI/GRIEVE (eds.), *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, 2015, p. 156, indica que a fecha de mayo de 2013 44 Estados y Washington D.C. tenían legislación anti-odio relativa a grupos étnicos; 32 Estados y Washington D.C. relativa a la discapacidad; 31 Estados y Washington D.C. a orientación sexual; 28 Estados y Washington D.C. a sexo/género; 14 Estados y Washington D.C. a la edad; 13 Estados y Washington D.C. a la identidad de género o expresión; y 5 Estados y Washington D.C. a los sin techo. ALTSCHILLER, *Hate Crimes*, 3ª ed., 2015, pp. 30 ss., amplía aún más los grupos diana respecto del estatus marital y otros. Más recientemente BILLS/VAUGHN, *Criminal Justice Policy Review*, (34-2), 2023, pp.115 ss., realiza una cartografía actualizada de la legislación en la materia y sus tendencias en los 50 Estados y Washington D.C. e indica (p. 124) que 46 Estados y Washington D.C. incluyen en su legislación las categorías protegidas de raza, etnia/nacionalidad y religión; 33 Estados incluyen orientación sexual; 32 Estados la discapacidad; otros 29 el género; 12 la identidad de género y la edad; 7 una categoría general de «otros» (*other protected classes*); 5 incluyen el sin-hogarismo y la condición de oficial de policía (*law enforcement*) y 4 afiliación política.

que tienen regulación al respecto, como desde el punto de vista de la ausencia de discusión sobre la oportunidad de una tal incriminación. Colectivos, por el contrario, como los determinados por la orientación sexual, la identidad sexual, la condición de sin-hogarismo o por la profesión como agente de la ley (*law enforcement*) parecen todavía presa de un cierto debate que lastra su plena generalización a efectos tanto legislativos como de aplicación en la práctica²⁴. Ello parece confirmarse con una mirada a los datos de incidentes de odio recogidos por el FBI que muestran un mapa de grupos diana en los que la raza, la etnicidad, la ascendencia y la religión cuentan con una mayoría aplastante²⁵.

Estados Unidos representa, en síntesis, un modelo de combate penal anti-odio que desaprovecha y desatiende el mandato de criminalización del discurso del odio (*hate speech*) impulsado por el estándar universal del derecho internacional de los derechos humanos y apuesta decididamente por las agravaciones de pena (*hate crime* en sentido estricto). Respecto de los colectivos diana ha estado centrado históricamente y hasta bien entrada la década de los 90 del pasado siglo en la etno-violencia, pero ya muestra una progresiva ampliación –en vías de consolidación– de la tutela a otros grupos (orientación e identidad sexual, personas con discapacidad, etc...).

En contraste con los Estados Unidos, la cartografía de los principales espacios jurídicos de Europa a finales del Siglo XX sitúa la figura de la incitación al odio, la violencia y la discriminación como el instrumento central de referencia destinado esencialmente a la protección de colectivos

²⁴ Así lo destacan recientemente BILLS/VAUGN, *Criminal Justice Policy Review*, (34-2), 2023, pp. 115 ss.,

²⁵ Según la base de datos oficial de Delitos de Odio provista a nivel nacional por el FBI (*Hate Crime data for the nation*): que se nutre a su vez de dos fuentes: *National Incident-Based Reporting System -NIBRS-* y el *Summary Reporting System -SRS-*. Véase sobre las fuentes y su metodología JAMES, «Federal Data on Hate Crimes in the United States», *Congressional Research Service*, 2020, pp. 1 ss.) de un total de 11.613 incidentes en el año 2022 (recopilados a partir del suministro de información de 14.660 agencias policiales de un total de 18.888 agencias participantes) 6570 se adscriben al colectivo raza, etnia y ascendencia; 2014 a religión; 1947 a orientación sexual; 171 a discapacidad; 95 a género; 469 a identidad de género; y un total de 347 a supuestos de discriminación múltiple o interseccional (*multiple bias*). La suma de los grupos étnicos en sentido amplio (raza, etnia, ascendencia y religión), aún sin contar su presencia entre los incidentes de tipo múltiple, ascienden a un 75,46% del total: ¾ partes del mapa de colectivos. En segundo lugar se situarían los colectivos sexuales como segunda franja relevante y, finalmente, a mucha más distancia en número y porcentaje de casos los relativos a la discapacidad. Puede consultarse los datos on line en <https://cde.ucr.cjis.gov/LATEST/webapp/#/pages/explorer/crime/hate-crime> (último acceso 27 febrero 2024).

Esta tendencia no se ha hecho más que reforzar a partir del ascenso de incidentes antiasiáticos que se constató durante la pandemia del COVID y que motivó la aprobación de una ley de delitos de odio por parte de la Administración Biden: la denominada COVID-19 Hate Crimes Act (20 mayo 2021: *Public Law* 117-13, 117th Congress, 34 USC Ch. 305: HATE CRIMES puede consultarse on line en [https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title34/subtitle3/chapter305&edition=prelim#:~:text=Hate%20Crimes%20Prevention%20Act%20\(division,investigate%20and%20prosecute%20hate%20crimes](https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title34/subtitle3/chapter305&edition=prelim#:~:text=Hate%20Crimes%20Prevention%20Act%20(division,investigate%20and%20prosecute%20hate%20crimes) [último acceso 28 febrero 2024]). En esta ley se constata que se habían reportado en los 50 Estados y el Distrito de Columbia 3,800 casos de discriminación e incidentes anti-asiáticos en el contexto de la pandemia del COVID-19 entre el 19 de marzo de 2020 y el 28 de febrero de 2021. Véase sobre el impacto en términos de daños, el análisis de las causas y la reacción ante dicha oleada xenófoba KAPLAN, «The Rise in Anti-Asian Racism and Xenophobia in the Time of COVID-19», *Journal of Hate Studies*, (18), 2023, pp. 96 ss.; y LANTZ/WENGER/MILLS, «Fear, Political Legitimization, and Racism: Examining Anti-Asian Xenophobia During the COVID-19 Pandemic», *Race and Justice*, (13), 2023, pp. 80 ss.; también, con un angular más focalizado en políticas preventivas, pero ampliando el foco no sólo a la ola xenófoba anti-asiática sino también a otras olas relevantes como la producida tras los incidentes de asesinato por la policía de George Floyd, SINNAR, «The Conundrums of Hate Crime Prevention», *Journal of Criminal Law and Criminology*, (112), 2022, pp. 801 ss.

Pero no sólo los datos: es sintomático de las asimetrías de aplicación de la normativa según grupos que se haya celebrado el primer juicio (sin conformidad) por delito de odio a nivel federal por un incidente contra una persona transgénero este mismo año, habiéndose condenado al acusado el 23 de febrero de 2024 por el asesinato de «Dime Doe» una mujer negra transgénero en 2019. Véase <https://www.cbsnews.com/news/man-found-guilty-in-trans-womans-killing-after-first-federal-gender-based-hate-crime-trial/> (último acceso 28 febrero 2024).

étnicos en un sentido amplio (raza, etnia, origen nacional, incluso religión...)²⁶. Ello recoge y hace efectivas las obligaciones derivadas de la Convención de 1965 y a la vez acaba por influir en los modelos legislativos que se van a promover desde la Unión Europea (UE). Ya en el año 1996 la UE proponía como modelo de referencia para la cooperación en la lucha penal contra el racismo y la xenofobia ese estándar esencial de la prohibición de incitación y modos particulares de apología ligados al mismo²⁷. Pero no será hasta el año 2008 cuando, tras una larga discusión y preparación²⁸, acabó por aprobarse la Decisión Marco 2008/913/JAI²⁹.

En este estándar regional se traza una línea común, preceptiva, de combate penal anti-odio en que, como novedad mayor, se acumulan tanto prohibiciones del discurso del odio (*hate speech* criminalizado) como delitos de odio agravados (*hate crime*). En realidad el texto de la propia Decisión Marco 2008 acusa una suerte de prioridad formal o preferencia criminalizadora respecto de los delitos con palabras (artículo 1.1)³⁰ a los que se dedica gran parte de su texto (artículos 1, 2, 3, 7...) y sobre los que, sin embargo, siguen pivotando matices de orientación restrictiva

²⁶ LANDA GOROSTIZA, «El modelo político-criminal antirracista “sui generis” del Código penal español de 1995: una aproximación crítica», *Revue Internationale de Droit Penal*, (73), 2002, pp. 167 ss.

²⁷ Acción Común 96/443/JAI, de 15 de julio de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia. Véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código penal*, 2000, pp. 76 ss.

²⁸ Véase la Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia (2002/C 75 E/17) COM(2001) 664 final 2001/0270 (CNS) presentada por la Comisión en Bruselas el 29.11.2001. Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 75 E/269 26.03.2002. Véase, para la historia legislativa de esta Decisión, por todos, DE LA MATA BARRANCO, *Derecho Penal Europeo y legislación española: las reformas del Código penal*, 2015, pp. 199 ss.; también RODRÍGUEZ YAGÜE, «La política criminal europea contra la discriminación racial: ¿es la decisión marco 2008/913/JAI un verdadero avance?», en Díez-PICAZO/NIETO MARTÍN (dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, 2010, pp. 347 ss.

²⁹ Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Diario Oficial de la Unión Europea L 328/55 6.12.2008 (en adelante Decisión Marco 2008). Además, a través de la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Una Europa más inclusiva y protectora: ampliación de la lista de delitos de la UE a la incitación al odio y a los delitos de odio*, 9.12.2021 COM(2021) 777 final, se ha puesto en marcha el proceso para ampliar la lista de delitos de la UE para incluir la incitación al odio y los delitos de odio de conformidad con el artículo 83, apartado 1, del TFUE.

³⁰ Decisión Marco 2008: «Artículo 1 Delitos de carácter racista y xenófobo.

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas:

- a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico;
- b) la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales;
- c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo;
- d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.»

decisivos como la posibilidad de incriminar las conductas sólo si perturban el orden público o son amenazadoras, abusivas o insultantes (artículo 1.2)³¹.

Junto a lo anterior, sin embargo, por más lacónicamente que se redacte (artículo 4)³², se produce un salto cualitativo respecto al modelo originario al impulsarse también en la citada Decisión Marco 2008 criminalizaciones agravadas, abrazando así decididamente una nueva línea de política-criminal que objetivamente enlaza con la tradición propia de los Estados Unidos.

Con la entrada en el siglo XXI el modelo político-criminal europeo, por tanto, se amplía y a modo de síntesis añade a la tradicional criminalización del discurso del odio, agravaciones de pena de delitos base. En Europa se acaba así de hacer una especie de síntesis acumulativa de las líneas básicas de política criminal de ambos lados del Atlántico³³.

Lo que sin embargo todavía no acaba de materializarse en la Decisión Marco 2008 es la ampliación definitiva de los colectivos protegidos más allá del referente étnico. Las figuras penales según ese estándar se activan únicamente cuando la conducta en cuestión se dirige contra «un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico»³⁴. Es más: hay una cierta cautela en el modelo europeo señalado a la hora de interpretar la «religión» como elemento identificativo de colectivos de tal suerte que sólo parece demandarse, como estándar mínimo, la criminalización de las conductas en la medida en que la incitación o las agravaciones puedan ser probadas con base en que el elemento religioso es «un pretexto para dirigir actos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico»³⁵. Este matiz técnico del «pretexto» está dando a entender que ni siquiera es preceptiva una apertura de sus líneas directrices a dichos grupos religiosos como tales, sino sólo –y de forma restringida– a aquéllos cuando sean atacados solapándose a la hostilidad étnica que, en definitiva, sigue siendo por tanto el referente último al que se abre una cierta puerta complementaria³⁶. No hay referencias, sin embargo, más allá, quedando por tanto fuera del

³¹ Decisión Marco 2008 Artículo 1.2 «A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes.»

³² Decisión Marco 2008 «Artículo 4 Motivación racista y xenófoba. En los casos de delitos distintos de los contemplados en los artículos 1 y 2, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la motivación racista y xenófoba se considere como una circunstancia agravante, o bien que los tribunales tengan en cuenta dicha motivación a la hora de determinar las sanciones.»

³³ Alemania, como referente esencial en la materia, incorpora ya a partir del año 2015 una circunstancia agravante (§ 46 (2) (2) StGB) en la línea de los delitos de odio «con hechos» o en sentido estricto acumulando dicha figura a su emblemática Volksverhetzung (§130 StGB). Véase al respecto el estudio crítico de ROSTALSKI, «Motivos y actitudes como fundamento de la agravación penal en los “delitos de odio”», en LANDA GOROSTIZA/GARRO CARRERA (dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, 2018, pp. 79 ss. y especialmente pp. 84 ss.

³⁴ Véase *supra* el inciso final del artículo 1 a) de la Decisión Marco 2008.

³⁵ Véase el apartado 3 del artículo 1 de la Decisión Marco 2008 y también, en la misma línea, el Instrumento de Ratificación del Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003 (BOE Núm. 26, Sec. I. Pág. 7214, 30 de enero de 2015) que activa la entrada en vigor de dicho Protocolo para España el 1 Abril 2015 y en cuyo artículo 2.1. se establece literalmente: «A efectos del presente Protocolo: Por «material racista y xenófobo» se entenderá todo material escrito, toda imagen o cualquier otra representación de ideas o teorías, que propugne, promueva o incite al odio, la discriminación o la violencia, contra cualquier persona o grupo de personas, por razón de la raza, el ca[or]lor, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como de la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores.»

³⁶ En la misma línea que el estándar universal de la Convención de 1965 tal y como establece la Recomendación General 35 (CERD/C/GC/35) apartado 6 cuando alude al principio de interseccionalidad.

ámbito de protección de mínimos la agresión incitadora o mediante delitos agravados contra grupos identificables por su orientación o identidad sexual, género, sexo, enfermedad, discapacidad u otras circunstancias³⁷.

Sin embargo, esa línea político-criminal marcada desde la Unión Europea se está viendo desbordada por el trabajo desarrollado por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa que en un documento reciente y de gran trascendencia rebasa estándares en muchos de los frentes apuntados. Se trata de la Recomendación de Política General número 15³⁸ que establece a lo largo de casi setenta páginas toda una estrategia global antidiscriminatoria a partir del punto focal del discurso del odio y del que sólo cabe destacar aquí el siguiente aspecto³⁹. Los colectivos diana sobre los que el documento proyecta sus recomendaciones exceden manifiestamente el ámbito de lo étnico al comprender no sólo la raza, el color, la ascendencia, la lengua o el origen nacional o étnico propiamente dichos, sino también una referencia explícita a la religión, las creencias, el sexo, el género, la identidad de género, la orientación sexual, la edad, la discapacidad y «otras

³⁷ Línea de tutela que no parece vaya a poder mantenerse en el medio y largo plazo si se observan, desde una perspectiva más global, los borradores de Directiva tanto en materia de Violencia de Género [Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica 8.3.2022, COM(2022) 105 final 2022/0066 (COD)] como de Víctimas [Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2012/29/EU establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA, 12.7.2023 COM(2023) 424 final 2023/0250 (COD)], en la medida en que apuntan hacia una tendencia a equiparar e integrar los delitos de odio contra colectivos étnicos con la violencia de igual factura dirigida contra otros grupos vulnerables como los constituidos en torno al «género».

En la Propuesta de Directiva sobre violencia contra las mujeres acabada de señalar, en su Exposición de Motivos al aludir a la definición conceptual se indica: «(...) Por violencia contra las mujeres se entiende violencia de género dirigida contra una mujer por el hecho de que es una mujer o que afecta a las mujeres de manera desproporcionada. Incluye todos los actos de violencia de género que causan o existe la probabilidad de que causen daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, y las amenazas de realizar dichos actos. Engloba delitos como la violencia sexual, incluida la violación, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el aborto o la esterilización forzados, la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, el acecho, el acoso sexual, el feminicidio, *la incitación al odio y los delitos por razón de sexo* y diversas formas de violencia en línea («ciberviolencia»), como la difusión o la manipulación no consentidas de material íntimo, el ciberacecho y el ciberacoso.(...)» (el resaltado en cursiva es nuestro)

Respecto de la Propuesta de reforma de la Directiva en materia de Víctimas, en las consideraciones previas al articulado, en el párrafo 7 se indica: «Targeted and integrated support services should be available to a broad range of victims with specific needs. Such victims may include not only *victims of sexual violence, victims of gender-based violence and victims of domestic violence*, but also victims of trafficking in human beings, victims of organised crimes, victims with disabilities, victims of exploitation, victims of hate crime, victims of terrorism or victims of core international crimes. (...)» (el resaltado en cursiva es nuestro). En este caso no hay una integración cruzada de las categorías de víctimas de violencia de género y de delitos de odio, pero sí una tendencia general a una aproximación conjunta y una cierta «nivelación» de determinadas categorías de víctimas «con especiales necesidades».

Muy crítica, con sólidas razones, de una tal confluencia y abogando por una autonomía de las esferas prohibitivas de los delitos de odio *versus* delitos de género, por todas, ALONSO ÁLAMO, «¿Es el feminicidio un delito de odio?», *Revista Penal*, (50), 2022, *passim*.

³⁸ ECRI, General Policy Recommendation NO. 15 on Combating Hate Speech, adopted on 8 December 2015 (en adelante Recomendación General 15) que será citado conforme a la traducción española no oficial (Recomendación general nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorandum explicativo) llevada a cabo por la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

³⁹ Ampliamente para un estudio en profundidad, por todos, ELÓSEGUI ITXASO, «Las recomendaciones de la ECRI sobre discurso del odio y la adecuación del ordenamiento jurídico español a las mismas», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, (44), 2017, pp. 1 ss.

características o condiciones personales»⁴⁰. No se trata de una interpretación teleológica de actualización de un instrumento «vivo»⁴¹ sino directamente de una expansión *tout court* desde un ámbito particular de discriminación a todo el arco de colectivos vulnerables.

En definitiva, el estado de la cuestión sobre los modelos legislativos penales anti-odio parecen haber pasado definitivamente de una lucha entre propuestas monistas alternativas de incitación (*hate speech* criminalizado: delitos con palabras) *versus* de agravación (*hate crime*: delitos con hechos), a una acumulación de ambas al menos en Europa (manteniéndose la reticencia de los EEUU a criminalizar el discurso del odio) y que tiende a extender su tutela a cada vez más colectivos. Así las cosas, ¿cual es la situación en España? ¿cómo habría que caracterizar su vigente modelo político-criminal?

2.3. Modelo político-criminal vigente en España

Como ya expusimos hace casi veinte años⁴², con la aprobación del Código penal de 1995 se consagró en España desde un principio un modelo político-criminal antirracista y antixenofobo *sui generis* de máxima expansión. Se «adelantó» el legislador en casi dos décadas a una evolución de la política legislativa en nuestro círculo jurídico europeo que acabaría por acumular las figuras principales en liza: discurso del odio criminalizado (*hate speech crime*) y delitos de odio en sentido estricto (*hate crime*). Pues ya en 1995 el modelo español incorporaba delitos de odio «con palabras», vía la introducción del artículo 510 CP y los delitos de hechos agravados, vía una circunstancia genérica de agravación de la responsabilidad criminal (artículo 22.4 CP). Pero no sólo eso. Lo *sui generis* no se reducía a una apuesta firme por acumulación de modelos. También desde un principio se optó por una redacción específica de la figura de «apología» del genocidio (el ya derogado artículo 607.2 CP ahora integrado en el artículo 510 CP) y por incorporar tipos antidiscriminatorios específicos (denegaciones de prestación: artículos 511, 512 CP; discriminación laboral: 314 CP), un modelo de criminalización de la asociación racista (artículo 515.5º CP) y otros tipos penales cualificados u objetivamente interpretables en la misma línea de tutela (artículos 161.2º, 170.1º, 197.5º, 607, 611 CP...).

La proliferación de figuras, además, se veía extendida por un potencial ámbito de protección de gran angular habida cuenta de que los colectivos protegidos iban mucho más allá del referente étnico (incluyendo, sin tapujos, lo religioso y lo ideológico) incorporando también a grupos

⁴⁰ Recomendación General 15, p. 4. Así se establece desde el principio en el inicio del prólogo en cuyo final se añade «Recordando que la labor de la ECRI se centra en el discurso de odio por razones de «raza», color, lengua, religión, nacionalidad, origen nacional o étnico, identidad de género u orientación sexual, pero reconociendo que el discurso de odio puede basarse en todas las demás consideraciones mencionadas, y que las recomendaciones contenidas en este texto deben aplicarse a ellas, mutatis mutandis» (p. 6). En el apartado 6 del Memorandum Explicativo se vuelve a reiterar: «Aunque la Recomendación se refiere de forma específica al uso del discurso de odio que recaiga en el ámbito de trabajo de ECRI, sus disposiciones están previstas para que puedan aplicarse a todas las formas de este discurso, por ejemplo, por causas distintas a la «raza», como por ejemplo, color, idioma, religión, nacionalidad, origen nacional o étnico, identidad de género u orientación sexual.»

⁴¹ Véase en tal sentido acertadamente las consideraciones de KEANE/WAUGHRAJ (eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination*, 2017, pp. 14 ss., reivindicando una necesaria adaptación de la interpretación del estándar internacional de la Convención de 1965 y que lleva a primar una visión (en palabras de THORNBERRY, «Foreword», en KEANE/WAUGHRAJ (eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination*, 2017, p. XVIII) teleológica y no puramente literalista a la hora de dotar de contenido al concepto de «racismo».

⁴² Véase la caracterización ya realizada en su momento por LANDA GOROSTIZA, *Revue Internationale de Droit Penal*, (73), 2002, pp. 181 ss.; también, con más incidencia en su conexión con el proceso legislativo LANDA GOROSTIZA, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, 2001, pp. 13 ss. y *passim*.

sexuales, por enfermedad, discapacidad, etc. Por ello en su momento se podía afirmar que España seguía una vía propia, *sui generis*, justamente calificable como *modelo político-criminal europeo de máxima expansión*⁴⁵. La plantilla objetiva de los tipos penales se identificaba más con una política penal antidiscriminatoria y de tutela del principio de igualdad *in toto* que, meramente, de índole antirracista o antixenófoba.

En los veinte años posteriores a la aprobación del CP vigente: esto es, desde 1995 y hasta la fundamental reforma que afecta a esta materia del año 2015⁴⁴, los cambios no han hecho sino apuntalar el modelo. Cambios a mayor expansión de ámbitos típicos y a mayor número de colectivos a proteger. Probablemente, en una consideración de conjunto, los cambios han sido «menores» en el sentido de que no alteran en lo substancial el edificio ni su orientación antidiscriminatoria tal y como se construyeron en 1995. Hay quien pueda pensar que eso demuestra que en España se fue capaz de adelantar el futuro y preparar desde un principio los instrumentos de intervención idóneos. Otra es, sin embargo, nuestra valoración.

Y es que el modelo político-criminal español, desde un principio, pese a invocar los estándares internacionales en la materia acusa en su materialización un radical desbordamiento con preterición además del equilibrio adecuado de ponderación de los derechos en juego. Los estándares internacionales y su evolución dejan patente que el combate anti-odio es un fenómeno dinámico que requiere de instrumentos vivos que se acompasen mediante interpretaciones teleológicas a la realidad evolutiva de cada país. El consenso en una materia tan importante como la del combate del racismo y la xenofobia requiere ese «paso a paso» que garantiza efectividad no sólo en lo doméstico sino también en el imprescindible nivel internacional en un mundo globalizado. Desde que la Convención de 1965 y el Pacto de 1966 establecieron los puntos de partida han pasado más de 50 años para llegar a un cierto estándar de consenso respecto de la parte del discurso del odio a criminalizar legítimamente. E igualmente se va asentando la necesidad de una visión holística⁴⁵ de la intervención antixenófoba, tanto mediante vías no jurídicas (educativa, social, política...), como jurídicas de diversa índole (civil, laboral, administrativa...y penal). Primero debe establecerse una política general, no penal, antidiscriminatoria sobre cuya aplicación valorar la *ultima ratio*, la dosis precisa, necesaria e indispensable de derecho penal. España, sin embargo, convirtió desde un principio la *ultima ratio* del derecho penal en esta materia en una *prima ratio* a modo de política antidiscriminatoria penal⁴⁶. Esa distorsión amenaza el edificio antidiscriminatorio en su conjunto y nos remite, permítaseme la expresión, a la estrategia del «matar moscas a cañonazos». El riesgo de quien quiere prohibir penalmente por exceso es doble: en una dirección se sitúa el riesgo de impunidad y falta de efectividad porque los operadores jurídicos acaben por retraerse ante la amplitud de

⁴³ LANDA GOROSTIZA, *Revue Internationale de Droit Penal*, (73), 2002, p. 181.

⁴⁴ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77, 31 marzo 2015).

⁴⁵ En el mismo sentido ELÓSEGUI ITXASO, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, (44), 2017, p. 61, aunque insistiendo más en aspectos de aplicación que de necesidad de nueva normativa.

⁴⁶ Política que sólo 27 años después de la aprobación del Código Penal de 1995 se ha materializado a través de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en vigor desde el 14 de julio de 2022). Véase sobre ese ensamblaje «tardío» de políticas penales y extrapenales al respecto LANDA GOROSTIZA, «Igualdad de trato, no discriminación y delitos de odio», en SHERSHNEVA ZASTAVNAIA (ed.), *Dimensiones desde la desigualdad*. Zabaldú, v. 1, 2023, *passim*.

los ámbitos de prohibición; y, en dirección opuesta, el riesgo es de abuso e hiper-criminalización de esferas de libertad que pertenecen al ámbito esencial de los derechos fundamentales⁴⁷.

En síntesis: España ha acumulado los dos modelos legislativos y las líneas de intervención de política-criminal expandiendo su ámbito de prohibición a todo tipo de discursos y hechos delictivos no sólo referidos a grupos étnicos, sino también a un sin número de colectivos con riesgo de convertir lo que podría calificarse de preceptos antixenófobos o antirracistas más bien en un modelo de tutela penal antidiscriminatorio. Ese cambio de paradigma, esa ampliación del modelo, esa expansión de colectivos y de preceptos son el punto más característico del modelo español y que, a mi juicio, ha generado cierta desorientación en el debate interpretativo tanto doctrinal como jurisprudencial como a continuación se va a poder observar.

3. Debate doctrinal

La identificación del bien jurídico protegido no es sino un ejercicio de interpretación. Es, en realidad, una conclusión interpretativa a la que se llega a partir de un tenor literal de la norma sobre cuya base se proyectarán todos los demás criterios clásicos (sistemático, histórico-legislativo, teleológico...) de hermenéutica jurídica⁴⁸. Parece evidente, no obstante, que cuanto más abierto y difuso sea el tenor literal de una prohibición penal, mayor espacio dejará a que haya diversidad de propuestas sobre cuál deba ser *de lege lata* el sentido de tutela. Y este es precisamente el caso de los delitos de odio y, en particular de su precepto angular: el artículo 510 CP, que muestra elementos típicos de enorme generalidad y, se encontraría en esa fina línea al límite de interferir ilegítimamente en espacios de libertad a base de criminalizar actos puramente inmorales antes que estrictamente dañinos para un bien jurídico claramente delimitado⁴⁹. Por eso siempre, pero más en este caso, se revela esencial la pre-comprensión como punto de partida hacia una «conjetura de sentido»⁵⁰ sobre qué haya de considerarse como aspecto o aspectos clave a la hora de definir el contenido de injusto.

A la vista por tanto de estas consideraciones cabe afirmar, y resulta comprensible, que el debate esencial, fundamental, sobre el sentido de tutela, sobre la pre-comprensión y conjetura de sentido del delito de incitación al odio, siga dividiendo radicalmente a la doctrina. Y la sigue dividiendo además sobre unos parámetros de debate que no han variado en lo esencial desde que se aprobaron las primeras versiones del artículo 510⁵¹. Las propuestas, en definitiva, siguen

⁴⁷ Ambos riesgos ya se han materializado en la evolución española como enseguida daremos cuenta en particular en el estudio de la jurisprudencia (*infra* apartado 4).

⁴⁸ LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 4ª ed., 1994, pp. 316 ss.

⁴⁹ Sitúa adecuadamente la cuestión respecto de los delitos de odio en este mismo marco general acogiendo a consideraciones más propias del *common law* MIRÓ LLINARES, «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», en EL MISMO (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, 2017, pp. 28 ss.; también, en una visión más amplia, EL MISMO, «La criminalización de conductas «ofensivas». A propósito del debate anglosajón sobre los «límites morales» del derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-23, 2015, pp. 1 ss.

⁵⁰ LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 4ª ed., 1994, pp. 194 ss.

⁵¹ LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código penal*, 2000, pp. 218 ss. y 255 ss. Somos conscientes de que la determinación del sentido de tutela variará también en función de los preceptos que en concreto sean objeto de análisis (artículos 510, 511, 512, 314, 22.4...), pero partimos de que el núcleo esencial de su orientación de tutela se informa del debate central que ha acompañado a la figura de incitación al odio especialmente en el círculo jurídico europeo. Véase en tal sentido la propuesta interpretativa para la agravante genérica en LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, pp. 121 ss.; también, por todos, la exposición del debate sobre su fundamento y naturaleza DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, 2013, pp. 337 ss.

basculando entre aquéllas que apuntan más claramente hacia una línea de protección individual antidiscriminatoria y aquéllas otras que identifican como dimensión clave la protección de colectivos. La primera, a nuestro juicio, más difusa y general; la segunda, por el contrario, más próxima al sentido de interpretación originario de este tipo de preceptos en los círculos de cultura jurídica más próximos y en línea con los estándares internacionales más asentados.

En la doctrina española desde un principio se generalizó una perspectiva más de tipo antidiscriminatorio en clave individualista a la hora de intentar dilucidar el sentido de tutela de los delitos de odio. Se partía del derecho a la igualdad como paradigma y sólo en un segundo nivel se buscaban referentes colectivos de tutela⁵². Por supuesto que había posturas muy críticas y sólidas que buscaban una reducción teleológica del ámbito de prohibición y que, en conjunto, endosaban las implicaciones colectivas del daño social al que apunta el delito de odio⁵³. Pero ha de insistirse en que el cuadro global de la doctrina y la praxis forense ha tendido a una conjetura de sentido en clave de defensa individual de derechos a partir de la cual, en su caso, se va ampliando la mirada a aspectos más o menos supraindividuales⁵⁴.

(con ulteriores referencias); y, también, GÓMEZ MARTÍN, *Delitos de discriminación y discurso de odio punible. Nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, 2019, pp. 41 ss.

⁵² Un cartografiado exhaustivo de la situación en la década de los 90 en LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, 2000, pp. 217 ss.

⁵³ Paradigmáticamente al respecto LAURENZO COPELLO, «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos*, (19), 1996, pp. 219 ss.

⁵⁴ Véase, sin ánimo de exhaustividad y como botón de muestra el panorama de propuestas después de la LO 1/2015 que reflejan abrumadoramente esa pre-comprensión antidiscriminatoria (por supuesto con diversos acentos), por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 24ª ed., 2022, pp. 801 ss., apostando por una clara contextualización antidiscriminatoria de los tipos penales; GÓMEZ MARTÍN, *Delitos de discriminación y discurso de odio punible*, 2019, p. 30 (con ulteriores referencias) y GÓMEZ MARTÍN, «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18-20), 2016, pp. 11 s., él mismo con una propuesta mixta de bien jurídico individual colectiva; también DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*, 2018, pp. 106 ss., adhiriéndose a lo que tilda de doctrina mayoritaria que «con razón» dice debe ligar el bien jurídico con el derecho a no ser discriminado (con una ulterior descripción además de las diferentes posiciones de la doctrina española con una buena síntesis del panorama); MIRÓ LLINARES, en EL MISMO (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, pp. 50 s., cifrando el sentido de tutela en una «puesta en peligro más o menos remota de intereses individuales relacionados con la dignidad y la autonomía personal de cualquier individuo del grupo» también con ulteriores referencias a las posiciones con una buena síntesis de la literatura según propuestas de tutela según se sitúe el objeto en el derecho a no ser discriminado, la dignidad personal, la seguridad del grupo, la paz pública o «diferentes combinaciones mixtas de tales intereses y de otros individuales y colectivos»; y PORTILLA CONTRERAS, «Lección 10ª. La represión penal del discurso del odio», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte Especial IV. Delitos contra la Constitución*, 2016, pp. 385 ss., según el cual, sin embargo, el bien jurídico protegido del artículo 510 varía en función de las conductas típicas: sería el derecho a la igualdad del colectivo afectado por el móvil en conductas de discriminación mientras que en el caso de referencias a la violencia señala la seguridad como objeto de tutela. Niega categóricamente el citado autor que en los casos de incitación al odio exista bien jurídico alguno y califica su incriminación como una «mera excusa para reprimir la libertad de expresión». En clave fundamentalmente individual, recientemente, DE PABLO SERRANO/TAPIA BALLESTEROS, «Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal», *Diario La Ley*, (8911), 2017, pp. 1 ss., quienes no reflejan en un análisis monográfico de la cuestión las propuestas de bien jurídico colectivas y se ciñen en su propuesta «personalista» al estudio de la dignidad, honor y derecho a la igualdad y a no ser discriminado (con una orientación más «colectivizante» en un interesante estudio DE PABLO SERRANO, «El “reconocimiento” como fundamento filosófico para la sanción penal y administrativa del discurso del odio contra el colectivo LGTBI», en GUZMÁN ORDAZ/GORJÓN BARRANCO (coords.), *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, 2019, pp. 344 ss., apuesta por el honor como bien jurídico colectivo en el contexto de la teoría del reconocimiento de Axel HONNETH respecto del colectivo LGTBI). Apuestan, en el extremo opuesto, de forma nítida y unívoca por un bien jurídico supraindividual, por todos, recientemente, sólo, DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Capítulo 16. Circunstancias agravantes y mixta de parentesco. D. Motivos racistas», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal 2021*, 2020, pp. 539 s.; y GARROCHO SALCEDO, «Capítulo 45. Delitos contra la Constitución. Sección 4. Delitos relacionados con el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal 2021*, 2020, p. 1993. Para una visión de conjunto

Al no partirse de un colectivo vulnerable al que proteger y sobre cuya base intentar captar el daño colectivo que produce sea el delito de expresión, sea el delito agravado correspondiente, se tiende a perder el sentido de la interpretación⁵⁵. Cualquier discriminación, cualquier conducta ofensiva contra los grupos más diversos, parece establecer un primer indicio para activar los preceptos penales. Y es por ello por lo que en una primera fase de la jurisprudencia –como en seguida veremos– se retraían los operadores jurídicos y en concreto los jueces que tendían a proteger la libertad de expresión u otros derechos fundamentales antes de considerar el procesamiento y menos aún una resolución condenatoria. La apertura de los tipos penales, su gran número, la larga lista de colectivos, parecía incriminar sectores de actividad tan amplios que produjo una reacción de inaplicación en especial de los delitos de expresión.

En vez de haberse optado por una política criminal del «paso a paso», más atenta a la sociología real de tensionamiento entre grupos en España; una política que hubiera permitido centrar el contexto concreto de eventual tutela sobre algún grupo particularmente en la diana del odio (por ejemplo, el odio secular al colectivo de etnia gitana), se optó por una redacción de tipos penales abiertos. Pero al generalizar el modelo a una suerte de tutela penal antidiscriminatoria se corría el riesgo de hipertrofia del derecho penal y de la vida social con supresión de raíz de la función de *ultima ratio*. Ese modelo legislativo, ese tenor tan abierto y expandido de los tipos penales, por tanto, condicionó desde el principio un debate doctrinal escorado a una tutela genérica del principio de igualdad. Así se facilitaba la desorientación y en cierto modo se arrojó a la doctrina a posiciones y propuestas excesivamente difusas que parece que sólo tímidamente empiezan a corregirse a la luz de algunas tendencias emergentes. El ir y venir de la mirada desde lo individual a lo colectivo, esa vacilación estructural en la pre-comprensión de la que advertía HÖRNLE⁵⁶, no acaba de encontrar todavía en España la síntesis adecuada y definitiva: no en términos en los que la discusión doctrinal se vaya pacificando. Pero sí que, insistimos, se entrevé una tendencia cada vez mayor a una identificación del injusto típico a partir del daño colectivo que representa. Tendencia en la que se incardina nuestra propia visión de estos delitos y que se cifra en la «tutela de las condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos especialmente vulnerables»⁵⁷.

Para terminar este apartado conviene hacer una última reflexión. El debate sobre el bien jurídico, protegido acabado de presentar y central a la hora de hacer un diagnóstico global del estado de la doctrina, se tensiona y enfrenta, además, al menos, a dos retos mayores⁵⁸ que pueden

a un más alto nivel de abstracción con un sólido meta-análisis cartografiando de forma descriptiva y valorativa las diferentes orientaciones de tutela el riguroso estudio de FUENTES OSORIO, «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19-27), 2017, pp. 1 ss. (con ulteriores referencias). En cuanto a la praxis forense véase la toma de postura nítida de la Fiscalía General del Estado por una propuesta de bien jurídico en la línea de la dignidad humana como elemento esencial afectado en el marco de los principios de igualdad y no discriminación en su reciente Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 CP: apartado 2.1.

⁵⁵ CORRECHER MIRA, «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *InDret*, (2), 2021, p. 86 ss. y *passim*.

⁵⁶ HÖRNLE, *Grob Anstössiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, 2005, pp. 3 s.

⁵⁷ LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, 2000, pp. 341 ss.; más recientemente, actualizada y matizada, EL MISMO, *Los delitos de odio*, 2018, pp. 49 ss.

⁵⁸ Por supuesto no son los únicos vectores de discusión: otro aspecto esencial junto al de la configuración de bien jurídico es el de la ampliación de los grupos protegidos que repercute, a su vez, en la propia concepción del delito de odio y su objeto de tutela y que ya se viene apuntando como un elemento clave de reflexión a lo largo de este trabajo. Criminalizar una constelación de casos claramente identificable desde el paradigma discriminatorio no es lo mismo que criminalizar el paradigma como tal: cuantos más grupos a proteger -con tipos además más abiertos-, más se desdibuja el objeto de tutela o, con otras palabras, más necesario es desacoplar la discusión y buscar grupo a grupo y según constelaciones de casos y técnicas de incriminación el buen derecho que lo regule y

calificarse como aspectos estructurales que están incrementando aún más la agitación interpretativa en este campo. Se trata por un lado de la creciente interferencia y acople entre los paradigmas del delito de odio y del terrorismo y, por otro lado, el impacto de la criminalidad de odio a través del ciberdelito o de conductas por vía de las redes sociales y el espacio virtual.

Respecto de lo primero, la aproximación, confusión y aplicación simultánea o alternativa de los delitos de odio y de delitos de terrorismo no es un fenómeno específico del debate español⁵⁹. En Estados Unidos se ha producido recientemente una intensificación de esta discusión al enfrentarse a crecientes problemas para deslindar cuándo deben calificarse determinadas conductas como delitos de odio o como terrorismo *doméstico*⁶⁰. En el año 2011 Kevin Harpham puso una bomba, que finalmente no explotó, en la ruta por la que había de discurrir una marcha en Spokane (Washington) a impulsos de su ideología supremacista blanca. La manifestación en cuestión se celebraba en conmemoración de la muerte de Martin Luther King. El FBI en primera instancia calificó los hechos como terrorismo doméstico. Durante el procedimiento judicial, sin embargo, el acusado confesó y se allanó a los cargos de delito (federal)⁶¹ de odio y tentativa de

aplique. Una derivada de esa línea de argumentación es el problema creciente que representa la aproximación y el entrecruce entre los paradigmas político criminales de combate de la violencia machista y de género con el de los delitos de odio (Véase, al respecto, LANDA GOROSTIZA, «Capítulo IV. Derecho penal sustantivo: la violencia sexual», en ETXEBERRIA GURIDI (dir.), *La mujer víctima de violencia. Análisis multidisciplinar del ordenamiento jurídico español y europeo a la luz del Convenio de Estambul*, 2022, pp. 211 ss. A ello se habrá de volver enseguida en el apartado de jurisprudencia). Otra derivada de ese mismo debate sobre la ampliación de grupos es precisamente la que hace bascular este tipo de preceptos penales de odio hacia la política criminal contraterrorista según una clave identificadora de los colectivos diana basada en la motivación política. Limitaciones de esta contribución reducen el diagnóstico de este trabajo a este último aspecto, y a un breve apunte a las particularidades del comportamiento de odio a través del ciberespacio, como dos aspectos clave del debate en su estado más actual y de forma necesariamente sintética.

⁵⁹ Por todos sólo DÍAZ LÓPEZ, «Terrorism as a hate crime?», en CLIVE/LLOBET ANGLÍ/CANCIO MELIÁ (eds.), *Precursor Crimes of Terrorism. The Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective*, 2022 pp. 143 ss.; también, más centrado en los delitos de expresión, CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*, 2019.

⁶⁰ De acuerdo con el Código de los Estados Unidos (18 USC 2331 <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=domestic+terrorism&f=treesort&fq=true&num=204&hl=true&edition=prelim&granuleId=USC-prelim-title18-section2331> [último acceso 1 marzo 2024]) terrorismo doméstico se define de la siguiente manera:

- (5) the term «domestic terrorism» means activities that—
- (A) involve acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State;
- (B) appear to be intended—
- (i) to intimidate or coerce a civilian population;
- (ii) to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or
- (iii) to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination, or kidnapping; and
- (C) occur primarily within the territorial jurisdiction of the United States.

Por tanto es el lugar de comisión y la ausencia de una instancia de dirección extranjera, combinado con el carácter ideológico de la acción criminal, lo que esencialmente traza la frontera entre el terrorismo doméstico y el de carácter internacional. Ese carácter ideológico -o de motivación política- puede ser tan plural como cualquier visión del mundo a partir de ideas, entre otras, relativas a los derechos de los animales, derechos medioambientales, supremacismo blanco, creencias anti-gubernamentales o anarquismo. BJELOPERA, «Sifting Domestic Terrorism from Hate Crime and Homegrown Violent Extremism», *Congressional Research Service (CRS)*, 2016, p. 1. Para un análisis muy crítico con esta distinción entre el terrorismo doméstico y el internacional, con sólidos argumentos, SINNAR, «Separate and Unequal: The Law of “Domestic” and “International” Terrorism», *Michigan Law Review*, (117), 2019, pp. 1333 ss.

⁶¹ Hay que tener en cuenta que precisamente en el año 2009 se asienta una competencia federal más robusta para la persecución de los delitos de odio (en particular respecto de delitos con violencia) a través de la *Matthew Shepard and James Byrd, Jr., Hate Crimes Prevention Act of 2009*, 18 U.S.C. § 249. Véase respecto de los nuevos delitos creados en la línea de lesiones dolosas con instrumentos peligrosos, la información de la sección de derechos civiles del

uso de armas de destrucción masiva. A partir de ese momento la propia FBI consideró que los hechos integraban efectivamente un delito de odio⁶². Este tipo de dudas –odio *versus* terrorismo– se han seguido prodigando en atentados todavía mucho más graves. Así matanzas colectivas como las sucedidas en Orlando (Florida) en 2016 o El Paso (Texas) en 2019, con decenas de muertos, no sólo han dado visibilidad a los delitos de odio⁶³, sino que también han propiciado las dudas sobre su adecuada calificación jurídica⁶⁴. Probablemente, no obstante, ha sido el asalto al Capitolio producido el 6 de enero de 2021 el que ha acabado por exarcarbar este debate cuando una turba de manifestantes entraban por la fuerza al órgano legislativo a dos meses de que el Presidente Donald Trump hubiera perdido las elecciones presidenciales⁶⁵.

El paradigma genérico de la motivación ideológica subyacente parece aproximar los marcos normativos de delitos de odio y de terrorismo. Los delitos de odio tradicionalmente, sin embargo, no transitaban por ese crisol de mirada «ideológica» sino por el de protección de minorías históricamente marginadas que generaban un cierto consenso del arco político en su tutela⁶⁶. El

Departamento de Justicia de los Estados Unidos en <https://www.justice.gov/crt/matthew-shepard-and-james-byrd-jr-hate-crimes-prevention-act-2009-0> (último acceso 2 marzo 2024); también sobre el significado en términos históricos de la tal ley LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, p. 41 ss.

⁶² BJELOPERA, *Congressional Research Service (CRS)*, 2016, p. 2.

⁶³ BILLS/VAUGHN, *Criminal Justice Policy Review*, (34-2), 2023, p. 116.

⁶⁴ Respecto de la matanza de El Paso resalta tales dudas con una mirada más allá de lo jurídico recogiendo el impacto de percepción también en la prensa, VALCORE/BUCLER, «An Act on Terror and an Act of Hate: national Elite and Populace Newspaper Framing of Pulse Nightclub Shooting», *Criminal Justice Studies*, (33-3), 2020, pp. 1 ss. El autor de la masacre se declaró culpable en Febrero de 2023 y fue condenado a múltiples penas perpetuas consecutivas por 90 cargos entre los que figuraban decenas de delitos de odio con resultado de muerte y lesiones en violación de la Ley Matthew Shepard & James Byrd: véase al respecto la información proporcionada por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos en <https://www.justice.gov/opa/pr/texas-man-sentenced-90-consecutive-life-sentences-2019-mass-shooting-walmart-el-paso-texas> (último acceso 3 marzo 2024). Centrada en la matanza en Orlando véase PARADA, «White Supremacist have committed Domestic Terrorist Attacks, but Why have the Attackers not been indicted as Domestic Terrorists?», *University of La Verne Law Review*, (41), 2019, pp. 104 ss. Véase, también, DÍAZ LÓPEZ, en CLIVE/LLOBET ANGLÍ/CANCIO MELIÁ (eds.), *Precursor Crimes of Terrorism*, 2022 pp. 143 ss.

⁶⁵ Véase el análisis en particular desde el angular de la violencia que representa el supremacismo blanco de SINNAR «Hate Crimes, Terrorism, and the Framing of White Supremacist Violence», *California Law Review*, (110), 2022, pp. 489 ss.: esta autora señala de forma certera que las dudas –y acople– sobre la calificación como delito de odio o como terrorismo no son, en definitiva, más que el reflejo de la predominancia que han adquirido ambos paradigmas como marcos reguladores en un proceso de construcción social que simplemente estaba del todo ausente sólo una décadas antes (p. 492); véase también NOTES, «Responding to Domestic Terrorism: a Crisis of Legitimacy», *Harvard Law Review*, (136), 2023, pp. 1914 ss., más centrado en los problemas específicos de la falta de posibilidad de calificación jurídica a nivel federal del cargo «terrorismo doméstico» partiendo, también, del caso paradigmático del asalto al Capitolio. Por último, SACCO, «Stifing Domestic Terrorism from Violent Extremism and Hate Crime», *Congressional Research Service (CRS)*, 2022, pp. 1 ss.

⁶⁶ Actuaciones inspiradas por «ideología» neo-nazi contra colectivos como, por ejemplo, los judíos o los homosexuales no se calificarían como «ideológicos» sino más bien como de tipo étnico (antisemitismo, origen nacional, religión...) u homófobo. Se trata, en este caso, de una ideología –la neonazi– que por consenso político queda fuera del debate democrático (prohibiciones de partidos en Europa central, aplicación de la cláusula de abuso del derecho –artículo 17 Convenio Europeo de Derechos Humanos– por el Tribunal de Estrasburgo...). El fondo ideológico podría decirse se consensua como inaceptable en el marco de discusión política (incluso llegando en modelos de democracia militante a suponer un cordón sanitario de aislamiento de partidos en su esa órbita). En cambio los discursos desabridos, incluso ofensivos, en la medida en que pertenezcan al debate entre facciones ideológicas del arco parlamentario tienden a quedar de raíz fuera del radio de acción de los delitos de odio. Pasar la barrera de determinadas ideologías racistas hacia una exposición de todo enfrentamiento ideológico al escrutinio según parámetros de delito de odio generaría un problema grave de (falta de) contención del instrumento penal (*ultima ratio*) y de potencial limitación ilegítima de derechos fundamentales (libertad ideológica, de expresión...). Véase al respecto el contexto global desde el angular de las políticas de víctimas en LANDA GOROSTIZA, *Víctimas invisibles. Usos y abusos de la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de la violencia política a la luz de la lucha antiterrorista contra ETA*, 2023, pp. 95 ss. Para una exposición sintética de la particularidad española excesivamente centrada en conductas puramente ideológicas alejadas de la protección de

terrorismo, con una genealogía legislativa bien diferente, se focalizaba esencialmente como fenómeno de impugnación del Estado a partir de una determinada motivación política de obediencia a diversas ideologías. Sin duda el legislador va categorizando los fenómenos ideológicos con grandes asimetrías de tratamiento incluso, como hemos visto en el caso de Estados Unidos, dentro de la misma conceptualización de terrorismo (internacional *versus* doméstico⁶⁷). Probablemente la aproximación de los marcos de los delitos de terrorismo y de odio no constituye sino una variante más de la vis atractiva que genera el impulso ideológico subyacente según constelaciones de casos. Variante que no parece que vaya a detenerse sino más bien todo lo contrario⁶⁸.

En cuanto al segundo reto relativo a las particularidades de los delitos de odio desde el punto de vista de su comisión a través del ciberespacio⁶⁹, sólo cabe dejar apuntado que representa una materialización más de una cuestión transversal a todo tipo de criminalidad, pero que encuentra en particular en los delitos de expresión un campo privilegiado de multiplicación y amplificación de la controversia. Debate que registra en esta materia concreta la enorme contradicción de los modelos europeo y estadounidense respecto de la libertad de expresión. Y es que el hecho que hasta ahora determinadas constelaciones de casos de discurso de odio no sean constitutivas de delito en Estados Unidos pero sí en Europa, encuentra en internet y las redes sociales un campo permanente de agitación. En este momento del debate, por tanto, las posibilidades de combatir el discurso de odio on line nos remiten a la dificultad de que el estándar internacional de derechos

colectivos minoritarios véase el periódico EL PAIS, *Delitos de odio: peculiaridades españolas* (13 de julio de 2021) en <https://elpais.com/opinion/2021-07-13/delitos-de-odio-peculiaridades-espanolas.html> (último acceso 3 marzo 2024).

⁶⁷ SINNAR, *Michigan Law Review*, (117), 2019, pp. 1333 ss. Aunque también en España se producen dichas asimetrías con otra variante (que no es la señalada por SINNAR en Estados Unidos en términos de musulmanes *versus* supremacismo blanco) en la que el terrorismo doméstico tuvo un tratamiento bien diferenciado según su matriz ideológica (ETA y sus variantes *versus* terrorismos con implicación de agentes estatales): ampliamente al respecto LANDA GOROSTIZA, *Víctimas invisibles*, 2023, pp. 141 ss. y pp. 95 ss.

⁶⁸ No cabe aquí desarrollar esta línea de reflexión pero deben apuntarse los problemas de tipificación que generó el denominado caso Altsasu (LANDA GOROSTIZA, «Delitos de odio y sentido de tutela: reflexiones al hilo del “caso altsasu” (STS 458/2019)», en LAURENZO COPELLO/DAUNIS RODRÍGUEZ (coords.) *Odio, Prejuicios y Derechos Humanos*, 2021, pp. 351 ss.) en el que desde un principio se calificó como terrorismo lo que acabaría transformándose en acusación por delito de odio (que finalmente el Tribunal Supremo tampoco apreció); o el incremento notable de incidentes de odio en el contexto del *proceso* de Cataluña que en el momento en que se escribe este trabajo ha entrado también en una nueva fase tras la calificación indiciaria nada menos que por el Tribunal Supremo como delito de terrorismo de los acontecimientos que tuvieron lugar en 2019 (aeropuerto de El Prat) a impulsos del llamadonicanami Democrático (Auto del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2024 –causa especial 21248/2023–). Por cierto, a pesar de las diferencias, a nadie se le puede escapar el alto voltaje político, común, que conecta tanto el ataque al Capitolio del 6 de enero de 2021 en Estados Unidos y los acontecimientos que rodearon el denominado *procés* en Catalunya y que en ambos se esté discutiendo de forma intensa su calificación jurídica desde los paradigmas de delitos de terrorismo y/o de odio. La hipótesis que debería desarrollarse y que aquí queda únicamente planteada remite a un análisis de hasta qué punto los fenómenos extremistas violentos reciben marcos jurídicos o aplicativos sustancialmente diferentes (terrorismo internacional en Estados Unidos frente a violencia organizada de matriz supremacista blanca; terrorismos periféricos en España frente a otros fenómenos violentos de extrema derecha...) no tanto por el tipo de conducta y su gravedad, sino por la actitud de (mayor o menor) beligerancia de los aparatos (legislativo, judicial, policial...) del Estado según sea esa ideología de acompañamiento.

⁶⁹ Por todos, ampliamente, véase GORDON BENITO, *Delitos de odio y ciberodio*, 2023, pp. 465 ss., con ulteriores referencias.; más recientemente, GORDON BENITO, «Ciberodio. Un estudio de derecho penal comparado», *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (4), 2024, pp. 14 ss.

humanos en la materia sirva real y efectivamente como punto de encuentro⁷⁰ y poder articular vías de control más eficaces⁷¹.

4. Situación de la jurisprudencia

El estado de la jurisprudencia se puede sintetizar en una doble mirada según sean delitos de expresión (fundamentalmente el artículo 510 CP) que criminalizan partes del discurso del odio, o sean delitos de odio en sentido estricto: «con hechos», vía la agravación de tipos comunes por su orientación contra determinados colectivos (artículo 22.4 CP). Ambos tipos de delitos confluyen necesariamente en el sentido de tutela al que apuntan, pero conviene, en cualquier caso, mostrar su distinta articulación jurisprudencial.

4.1. Jurisprudencia sobre el discurso de odio criminalizado: delitos con palabras (artículo 510 CP)

El artículo 510 CP arrastra una historia de inaplicación del tipo por los tribunales al menos hasta la reforma del mismo por LO 1/2015⁷². En esa primera fase los intentos por aplicar el precepto penal de la incitación al odio habían estado marcados por la preocupación de que pudiera representar una injerencia ilegítima en el ámbito esencial de la libertad de expresión. Tal mirada garantista se trocó en el punto clave a partir del cual los tribunales tendían por vía de una interpretación muy restrictiva a archivar y absolver los casos que se judicializaban. A partir del

⁷⁰ Una buena síntesis actualizada de los problemas y retos a partir de la cuestión nuclear de la moderación de contenidos y los estándares de derechos humanos, por todos, HATANO, «Regulating Online Hate Speech through the Prism of Human Rights Law: The Potential of Localised Content Moderation», *The Australian Year Book of International Law*, 41, 2023, pp. 127 ss.; también, recientemente, ANTIC, «Sanctioning Hate Speech on the Internet: in Search of the Best Approach», *Union University Law School Review (Pravni Zapisi)*, (14), 2023, pp. 74 ss.; ALKIVIADOU, «The Internet, Internet Intermediaries and Hate Speech: Freedom of Expression in Decline», *SCRIPTED Journal of Law, Technologie and Society*, (20), 2023, pp. 243 ss.; y, más atenta también al plano técnico de su peligrosidad y capacidad de diseminación en combinación con una aproximación holística del fenómeno HENSON, «Virtual Whac-A-Mole: Addressing the Patchwork Regulation of Online Hate Speech», *Michigan State International Law Review*, (31), 2023, pp. 115 ss.

⁷¹ Está por ver si esta materia tan sensible puede servir para forzar un cambio de rumbo en la división del tratamiento de la libertad de expresión a un lado y otro del Atlántico. BARRON/DIENES, *First Amendment Law in a nutshell*, 6ª ed., 2023, pp. 18 ss., al hilo del control de contenidos de las redes sociales e internet, se hacen eco del debate renovado que supone para la jurisprudencia de control de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos el hecho de que los custodios (*gatekeepers*) de la libertad de expresión sean personas privadas y no agentes gubernamentales. El debate además tiene conexiones estructurales con materias como el discurso machista, pornografía, etc. Véase al respecto sólo RIESMEYER, «The Dark Side of technological Advances: How Technology has enabled domestic Violence and The contributing Role of The First Amendment», *Gonzaga Law Review*, (59), 2023, pp. 91 ss., remarcando el potencial de daño del discurso on line en materia de violencia machista y urgiendo, incluso más allá del marco legal y jurisprudencial, a una actitud más proactiva de control; también, en materia de racismo, la efectiva descripción de DÍAZ, «Online Racialization and the Myth of colorblind Content Policy», *Boston University Law Review*, (103), 2023, pp. 1929 ss., señalando el efecto asimétrico y discriminatorio del control de moderación en sus términos actuales abogando por el cambio. Desde la perspectiva europea, sin embargo, véase, sólo, el caso *Sánchez contra Francia* (STEDH, Gran Sala, de 15 de Mayo de 2023, recurso núm. 45581/15), que apunta a una actitud más proactiva de control en un supuesto en que un político francés es condenado penalmente por no moderar contenidos de incitación al odio con autoría de terceros en su propio muro de facebook. El Tribunal de Estrasburgo convalida la condena penal y no encuentra (por mayoría) violación del artículo 10 CEDH. Muy crítico al respecto e indicando un camino -en su opinión desacertado y-opuesto a la jurisprudencia en los Estados Unidos COTINO HUESO, «Menos libertad de expresión en internet: el peligroso endurecimiento del TEDH sobre la responsabilidad de moderación de contenidos y discurso del odio», *Revista de Derecho Digital e innovación. Aranzadi La Ley*, (16), 2023, pp. 1 ss.

⁷² Para la situación jurisprudencial previa a la Reforma del 2015 véase, por todos, LANDA GOROSTIZA, «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. A la vez un comentario a la STS 259/2011 -librería Kalki- y a la STC 235/2007», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (7), 2012, *passim*.

año 2015, sin embargo, hay una reforma en profundidad del tipo penal y una ampliación clara del marco literal que parece, definitivamente, abrir la puerta a una renovada doctrina interpretativa que parece más proclive a resoluciones condenatorias⁷⁵. No hay un cambio radical expreso en la interpretación del artículo 510, pero sí una aproximación práctica que comienza a precipitar pronunciamientos condenatorios.

En efecto, tras una interpretación todavía titubeante, pero, al fin y al cabo, condenatoria, por medio de la STS 72/2018, de 9 de febrero (ECLI: ES:TS:2018:396) (que confirma el castigo por delito de incitación al odio del artículo 510 en un caso de tuits machistas), la STS 675/2020, Penal, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4283) ratifica también la condena de instancia en el caso conocido como «Batallón de Castigo». Se trata de un concierto de grupos de música RAC (OI, Batallón de Castigo y Más Que Palabras) con contenidos incitadores y un amplio despliegue de propaganda de agitación neonazi, fascista y skinhead. Los hechos enjuiciados eran anteriores al año 2015, pero el pronunciamiento jurisprudencial se extiende al delito del artículo 510 tanto anterior como posterior a la reforma (LO 1/2015) respecto del que el Tribunal Supremo ve, en lo esencial, una continuidad. A lo largo de la Sentencia, por un lado, parece que la referencia a la dignidad humana como objeto de tutela va ganando centralidad en el mismo sentido en que parece apuntar también la Fiscalía General del Estado⁷⁴. El Tribunal Supremo, por otro lado, mantiene una cierta ambigüedad y construye su visión de la prohibición penal a partir de una pre-comprensión individualista de tutela, antes que colectiva; de mirada a un sujeto pasivo concreto, antes que a un grupo, pero con referencias generales también a bienes jurídicos o valores supraindividuales como la igualdad, la no discriminación y la convivencia democrática⁷⁵.

En el mismo sentido de mantener una cierta ambigüedad, en la STS 488/2022, Penal, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2085), el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación contra el fallo condenatorio de instancia⁷⁶ que versa sobre la extensa publicación en redes sociales de duros mensajes de superioridad de una interpretación del Islam, glorificando la violencia e insultando gravemente a otras ramas del Islam, a los nacionales del pueblo español en general y a los andaluces en particular, pero también a los homosexuales, a las mujeres o a «las personas de derechas (*sic*)». En concreto se le condenó al sujeto activo por un delito de incitación grave del artículo 510.1.a (agravado por el uso de internet y redes sociales como vía comisiva: artículo 510.3) a la pena de dos años y seis meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del sufragio pasivo, a una multa de nueve meses con cuota diaria de dos euros por día y a una inhabilitación especial de siete años para profesión u oficio educativo, del ámbito docente, deportivo y de tiempo libre. El Tribunal Supremo fundamenta la dura condena

⁷³ GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/LANDA GOROSTIZA (dirs.), *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*, 2023, p. 89. La doctrina científica, no obstante, sigue manifestando una actitud muy crítica por el riesgo de interferencia -quizás incluso ahora aún mayor- en la libertad de expresión. Así, por todos, sugiriendo drásticamente reformas de supresión y modificación en profundidad del artículo 510 reformado ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Los denominados delitos de odio: análisis dogmático y tratamiento jurisprudencial», *Estudios Penales y Criminológicos*, (41), 2021, pp. 648 ss.; también, más atento a cuestiones de índole ideológica, PORTERO HENARES, «Los delitos de odio en el artículo 510 del Código Penal y la libertad ideológica. Propuesta de enmienda», en GARCÍA RIVAS (dir.), *Criminalización del radicalismo violento: un debate europeo*, 2021, pp. 363 ss., con propuestas restrictivas, entre otras, de reducción del ámbito de prohibición del artículo 510 -que no en el caso del artículo 22.4 CP- a las conductas contra los colectivos diana de tipo étnico (dejando fuera el ideológico o los colectivos sexuales).

⁷⁴ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. Apartado 2.1.

⁷⁵ Para un análisis más en profundidad véase LANDA GOROSTIZA, «El delito de incitación al odio (artículo 510 cp): Quo vadis», *Revista Azafea*, (23), 2021, pp. 70 ss.

⁷⁶ Ratificando por tanto la condena dictada por SAP Madrid, Sección 17, de 2 de marzo de 2020 (ECLI:ES:APM:2020:3439).

en que no se castiga un puro sentimiento de odio, «(...) sino acciones ejecutadas con el filtro de esa aversión que desborda la reflexión personal para convertirse en el impulso que da vida a conductas que ponen en peligro las bases de una convivencia pacífica.» (Fundamento de Derecho segundo). La gravedad de las expresiones que llegan a invitar de forma expresa a la violencia, rebasa el ámbito de protección de la libertad de expresión con lo que encajan a juicio del alto tribunal en el artículo 510 como delito de peligro que no exige un resultado concreto ni tampoco un dolo más allá del genérico.

El Tribunal Supremo, en síntesis, consolidando una cierta ambigüedad «expansiva», no clarifica a día de hoy si el sentido de tutela es puramente individual (la dignidad humana) o más colectivo (protección de grupos)⁷⁷, pero sugiere un conjunto de referencias valorativas (así, por ejemplo, la convivencia pacífica) que permitiría acoger los diferentes sentidos y que demanda siempre un contraste motivado antes de convalidar la intervención penal entre las expresiones vertidas y su encaje en la jurisprudencia de control de la libertad de expresión. Es por tanto una doctrina más abierta y flexible que va generando condenas⁷⁸, acompasando este instrumento penal con la activación mucho más prolífica desde un principio de la agravante del artículo 22.4 CP que pasamos ahora brevemente a exponer.

4.2. Jurisprudencia de la agravante del artículo 22.4 CP: delitos con hechos

La agravante desde un principio no se va a ver expuesta a una impugnación radical de su constitucionalidad a diferencia de lo que ocurrió con el artículo 510 CP. La postura de la jurisprudencia en esta materia pronto se decantaría a favor de una agravante interpretada en clave subjetiva sin que tal posición haya variado significativamente desde los primeros pronunciamientos hasta la reforma que se produce en el año 2015 (LO 1/2015)⁷⁹. Agravante

⁷⁷ Aunque la STS 437/2022, Penal, de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:1644: caso Carpa española), en que se analiza la agresión contra personas que estaban atendiendo una carpa en la vía pública con el objetivo de visionar un partido de fútbol de la selección española en Barcelona, hace una interpretación del objeto de tutela del artículo 510.2.a (por el que se condena en concurso de leyes con el artículo 173.1 CP pero con aplicación de principio de especialidad -artículo 8.1- en favor del primero) muy en clave de protección del principio de igualdad y derecho a la no discriminación (en este caso con relación a razones de origen nacional y de tipo ideológico). El fallo se centra, sobre todo, en negar la necesidad de que se active el artículo 510 sólo cuando se trate de minorías o colectivos vulnerables y se adhiere también, con referencias a la dignidad humana, a la Circular de la Fiscalía General del Estado (Circular 7/2019, de 14 de mayo) antes mencionada. Más adelante en este mismo apartado de jurisprudencia, pero dentro del estudio de la agravante, volveremos sobre este aspecto esencial del colectivo vulnerable respecto del que esta Sentencia 437/2022 representa una posición no pacífica en la jurisprudencia reciente del alto tribunal.

⁷⁸ GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/LANDA GOROSTIZA (dirs.), *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*, 2023, p. 88, señalan que de la muestra analizada (n=177) en el periodo de tiempo inmediatamente posterior a la Reforma de 2015 (2018-2022) el porcentaje de sentencias que tienen que ver con el artículo 510 representa hasta el 61,6% del total. Por ello (p. 89) concluyen: «Una segunda tendencia evidenciada en la muestra analizada es que la controvertida figura del discurso de odio criminalizado vía el artículo 510 CP ha comenzado ya de forma definitiva a ser utilizado de forma más profusa por los tribunales arrumbándose definitivamente las reticencias a imponer condenas. Ello no prejuzga una valoración necesariamente positiva -ni negativa- de una tal evolución. En este trabajo, sin embargo, sí que debe constatarse que la apertura y ajuste de los tipos penales que se conjugan en el renovado artículo 510, ha permitido estrenar una jurisprudencia in crescendo que antes no acababa de sacudirse un estatus de paralización ante la eventualidad de su invasión de ámbitos esenciales para el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión.» Véase, también, *infra*, apartado 5.2.

⁷⁹ Véase entre el año 2001 y el 2017 las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: STS 1125/2001, Penal, de 12 julio (ECLI:ES:TS:2001:6086): no se aprecia la agravante en un caso de detención ilegal a inmigrante en el que se afirma que no consta que los acusados profiriesen insultos o frases ofensivas alusivas a su raza o procedencia nacional; STS 713/2002, Penal, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2002:2937): se aprecia la agravante en delitos de amenazas y homicidio intentado cometidos por un grupo que actuaba por motivación ideológica contra las

subjetiva que parece tender a una cierta investigación motivacional a partir de un contexto esencialmente bilateral de agresor frente a agredido, en clave de tutela antidiscriminatoria antes que de tutela de colectivos.

Lo señalado representa la línea de interpretación asentada sobre todo en torno al conjunto de conductas agresivas contra grupos étnicos o del colectivo LGTBIQ+ (homofobia, transfobia...). La reforma del año 2015, que incorpora expresamente las «razones de género», va a suponer, sin embargo, una línea novedosa de interpretación. A partir de tal reforma se detecta un creciente

víctimas –Skin Heads contra estudiantes de izquierdas–; STS 1341/2002, Penal, de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2002:5418): se aprecia la agravante en un ataque en la que los acusados se dirigieron a una zona que conocían era frecuentada por homosexuales y dijeron a la víctima de las lesiones que les daba asco por esa razón; STS 364/2003, Penal, de 13 de marzo (ECLI:ES:TS:2003:1732): se aprecia la agravante en delito de lesiones a un marroquí llamándolo «moro de mierda» y perseguiéndolo al grito de «al moro, al moro»; Auto TS 2131/2005, Penal, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2005:13989A): se aprecia la agravante en un caso de agresión tras gritar consignas de apoyo a un equipo de fútbol local y de carácter fascista y espetar a la víctima con la expresión «tú qué estás mirando, moro de mierda»; STS 241/2006, Penal, de 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2006:1271): no se aprecia en un supuesto de enfrentamiento entre bandas con origen en una rivalidad en la que el factor de la procedencia nacional fue meramente circunstancial; STS 1160/2006, Penal, de 9 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:7728): no se aprecia en el caso de un ataque a un indigente por ser un grupo de dudosa inclusión en el ámbito de la agravante; STS 1145/2006, Penal, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:7935): se aprecia en el caso de asesinato de un militante de la izquierda abertzale siendo los motivos políticos el origen del suceso; STS 1243/2009, Penal, de 30 de octubre (ECLI:ES:TS:2009:7693): no se aprecia en un caso de retardo malicioso de una adopción por parte de una pareja homosexual por considerarla inherente al delito de prevaricación aplicado; STS 360/2010, Penal, de 22 de abril (ECLI:ES:TS:2010:2019): se aprecia en un supuesto de asesinato por parte de un joven neonazi contra un adolescente antifascista que se dirigía a una manifestación; STS 460/2010, Penal, de 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2010:2563): no se aprecia en un caso de agresión a magrebí por los acusados, uno neonazi y otros simpatizantes, motivada por el haber causado daños el primero al vehículo de uno de los segundos; STS 815/2011, Penal, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2011:5131): se aprecia en el caso de una agresión por parte de simpatizantes de la ideología skinhead; STS 585/2012, Penal, de 4 de julio (ECLI:ES:TS:2012:5121): no se aprecia porque el motivo ideológico no fue el que determinó la agresión; STS 607/2014, Penal, de 24 de septiembre (ECLI:ES:TS:2014:3756): no se aprecia en un caso de injurias ya que se considera que la utilización de la mujer de la víctima para ofenderle a él no se desprende una finalidad machista, sino que su utilización estaba justificada por el parentesco; STS 314/2015, Penal, de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:2446): se aprecia en un supuesto de agresión y asesinato por motivos ideológicos; Auto TS 414/2016, Penal, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:2160A): no se aprecia en un supuesto de lesiones porque de las conversaciones en las que el acusado se refiere a la víctima como «el negro» no se considera probada la motivación racista; y, finalmente, la STS 983/2016, Penal, de 11 enero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:15): se aprecia la agravante por motivos ideológicos en el caso de un grupo de personas que de propósito común impiden un acto de celebración del día de Cataluña por medio de amenazas y coacciones. Véase también, por todos, AGUILAR GARCÍA, (dir.), *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, 2015, p. 174 ss., en donde se ofrece una síntesis del panorama jurisprudencial hasta el año 2015 afirmando que la jurisprudencia se pronuncia mayoritariamente por una naturaleza fundamentalmente subjetiva (p. 170). Incide en esa caracterización también, más recientemente, por todos, GUARDIOLA GARCÍA, «La agravante de discriminación y sus reformas: criterios interpretativos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (28), 2022, pp. 117 ss., con una propuesta crítica (también de las contradicciones de la jurisprudencia) de superación de ese paradigma puramente motivacional.

número de sentencias⁸⁰ que hacen referencia a dichas razones de género⁸¹, en las que se constata una construcción interpretativa diferente. En concreto el punto clave remite de manera casi

⁸⁰ El cuerpo jurisprudencial por aplicación de la agravante por razones de género, a pesar de haberse iniciado más tarde –Reforma de 2015– que el resto de motivos, va acumulando un volumen de pronunciamientos del Tribunal Supremo (más de 30 fallos en apenas 6 años) muy superior al número global conjunto del resto de aplicaciones que se habían ido produciendo desde 1995. Es lógico si se tiene en cuenta que la aplicación de la tal agravante se proyecta potencialmente sobre la mitad de la población (las mujeres), y no ya sobre minorías, en un campo -la violencia machista- con una etiología criminal tan grave, estructural y sostenida en el tiempo. Así, sin ánimo de exhaustividad, véanse los siguientes fallos condenatorios, con agravación de género (se indicará expresamente sólo los que no se aplica la agravante en el entendido que en el resto sí que concurre), en delitos, mayoritariamente contra la pareja o expareja -aunque también fuera de esa relación íntima- y sobre todo contra la vida (asesinatos, homicidios), la integridad física (lesiones) o la libertad sexual (con predominio de delitos de agresión sexual, violaciones, con un patrón severo de gravedad): STS 420/2018, Penal, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3164), primera sentencia condenatoria con la agravante por lesiones; STS 565/2018, Penal, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3757), condena por homicidio intentado contra la pareja; STS 707/2019, Penal, de 15 de enero (ECLI:ES:TS:2019:67), condena por asesinato de la pareja; STS 99/2019, Penal, de 26 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:591), condena por agresión sexual con penetración, contra la expareja y en la que el alto tribunal empieza a consolidar una doctrina más objetivante; STS 452/2019, Penal, de 8 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3035), asesinato de la expareja en el que no se aplica sin embargo la agravante; STS 444/2020, Penal, de 14 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2904), condena por agresión sexual con penetración contra persona que ejerce la prostitución; STS 571/2020, Penal, de 3 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3975), condena por asesinato de la expareja; STS 59/2021, Penal, de 27 de enero (ECLI:ES:TS:2021:458), condena por asesinato intentado de la pareja; STS 114/2021, Penal, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:457), condena por asesinato de la pareja; STS 300/2021, Penal, de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1374), no se aprecia la agravante en un supuesto de agresión reactiva del hombre contra su pareja que previamente le ataca apreciándose legítima defensa incompleta; STS 351/2021, Penal, de 28 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1732), condena por diversas agresiones sexuales cruentas y con penetración de la pareja en un contexto de sometimiento de intenso terror ambiental; STS 509/2021, Penal, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2547), condena por asesinato de la pareja; STS 650/2021, Penal, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2021:3150), no se aplica la agravante en agresión sexual con penetración y asesinato posterior, a pesar de la dureza de la violación de una menor que era su amiga pero no era su pareja ni expareja, por no encontrar elementos adicionales más allá del ánimo de matar y de agredir sexualmente, para sustentarlo; STS 662/2021, Penal, de 8 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3301), condena por el asesinato de la pareja; STS 666/2021, Penal, de 8 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3302), condena por el asesinato de la pareja; STS 687/2021, Penal, de 15 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3457), condena por agresión sexual en contexto de terror ambiental severo de la pareja; STS 999/2021, Penal, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4599), no se aprecia en condena por homicidio de la pareja; STS 23/2022, Penal, de 13 de enero (ECLI:ES:TS:2022:14), condena por asesinato intentado de la pareja; STS 66/2022, Penal, de 27 de enero (ECLI:ES:TS:2022:247) no se aprecia en supuesto de agresión vicaria al acompañante -hombre- de la expareja aunque se había apreciado en el fallo de primera instancia; STS 412/2022, Penal, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1645), condena por asesinato de expareja; STS 615/2022, Penal, de 22 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2625), condena por asesinato intentado de la expareja; STS 887/2022, Penal, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4134), condena por asesinato intentado de la expareja; STS 883/2022, Penal, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022: 4141), condena por agresión sexual con penetración de la expareja; STS 986/2022, Penal, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4840), condena por asesinato intentado de la pareja; STS 66/2023, Penal, de 8 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:398), condena por asesinato consumado de dos cuñadas e intentado de la suegra; STS 160/2023, Penal, de 8 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1284), condena por asesinato de la pareja; STS 337/2023, Penal, de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2100), condena por el asesinato de la pareja; STS 357/2023, Penal, de 16 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2250), condena por homicidio de la pareja; STS 595/2023, Penal, de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3243), condena por agresión sexual con penetración a una menor desconocida con ocasión de encontrársela inmediatamente después de haber mantenido relaciones sexuales con un tercero en un lugar apartado detrás de los autos de choque en un contexto festivo después de haberle reprochado tal conducta a dicha menor; STS 605/2023, Penal, de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3364), condena por agresión sexual en el contexto de otro delito de explotación sexual del artículo 187.1 respecto de su pareja; STS 626/2023, Penal, de 19 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3544), condena en que se agrava el delito de amenazas del artículo 169.2 por resultar más grave que el 171.4 en un contexto de maltrato de la pareja; STS 651/2023, Penal, de 20 de septiembre (ECLI:ES:TS:2023:3768), condena por asesinato de la pareja; STS 825/2023, Penal, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:4682), condena por asesinato de la pareja; y STS 917/2023, Penal, de 14 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:5377), condena por asesinato cruento –maza y cuchillo de sierra– de la pareja y de la hija como violencia vicaria también agravada.

⁸¹ En contraste, las Sentencias del Tribunal Supremo por motivos diferentes de las razones de género, se limitan en el periodo de tiempo desde el año 2017 hasta la fecha (según consulta de la base de datos Aranzadi Instituciones

automática al «contexto» de los hechos objeto de enjuiciamiento. Parece decaer una visión puramente subjetiva y de investigación básicamente motivacional y se tiende a fijar la investigación judicial también, de forma adicional, en el reconocimiento de indicios objetivos que atestigüen la dominación del hombre (sujeto activo del delito a agravar) y su intento de subordinación sobre la mujer (sujeto pasivo de la conducta) a la búsqueda de una manifestación de la secular situación de discriminación machista⁸². Agravar parece así el resultado de constatar

[último acceso 9 de marzo de 2024]) esencialmente a dos supuestos: el caso Altsasu STS 458/2019, Penal, de 9 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3124) relativo a razones ideológicas -no probadas finalmente- en la agresión a guardias civiles en la localidad navarra; y una STS 180/2020, Penal, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:2489), relativa a motivos racistas y xenófobos (origen nacional) de extrema dureza. Se trata este último de un supuesto en que el condenado va a acabar violando y asesinando a la hija -no común- de la pareja con la que convive, de tan solo cuatro años de edad. La agravante de racismo se va proyectar sobre todos los cargos: asesinato (hiperagravado con imposición de prisión permanente revisable: artículos 138/139/140.1.1º y 2º), cuatro delitos de maltrato ocasional (artículo 153.1), un delito de maltrato habitual (artículo 173.2) y un delito de agresión sexual con penetración a persona menor de 16 años (artículo 183). Se da por probado que dichos comportamientos se produjeron porque el padre biológico de la niña era rumano y el condenado profesaba fobia contra ese colectivo dentro del cual encuadraba a la niña de 4 años; la otra hija de su pareja, con la que también convivía, pero de padre biológico a su vez diferente de la anterior -no rumano a la sazón-, no sufrió agresión alguna. Llama la atención que dicha agravante se proyecte no sólo sobre el asesinato o la agresión sexual, sino también sobre los delitos de maltrato -ocasional y habitual-: serían, estos últimos, casos expresos de condena por discriminación múltiple o interseccional acumulándose un doble efecto agravatorio al combinarse la condición de conductas de marca de género (artículos 153 y 173) con la dimensión xenófoba (artículo 22.4) contra el colectivo étnico-nacional rumano.

⁸² Por todas, la STS 509/2021, Penal, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2547), en un caso de asesinato con agravante de género de su pareja se incide directamente en la cuestión cuando señala en el Fundamento Derecho tercero que «(...) Conforme a la doctrina de esta Sala (...) la concurrencia de una circunstancia de agravación exige un aditamento que en el caso de la dominación por razones de género se concreta en una base fáctica que permite deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el plus de antijuricidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquéllos y la supeditación de éstas. Algunas resoluciones de esta Sala Casacional señalan que no requiere la agravante de género un elemento subjetivo específico entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer (...) pero sí que objetivamente, prescindiendo de las razones específicas del autor, los hechos sean expresión de ese desigual reparto de papeles al que es consustancial la superioridad del varón que adquiere así el efecto motivador. Todo ello determinado a partir de las particulares circunstancias que rodean los hechos y del contexto relacional de agresor y víctima, no limitado al ámbito conyugal o de pareja, desde luego no lo impone el precepto, sino a todos aquellos en los que se conciten hombres y mujeres, y sean susceptibles de reproducir desiguales esquemas de relación que están socialmente asentados. Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado dé cuenta de tales elementos que aumentan el injusto, porque colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente asentados; y en lo subjetivo, que el autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad (...)» (FD 3º).

También, la STS 66/2023, Penal, de 8 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:398), en un caso de doble asesinato consumado y otro en grado de tentativa contra dos cuñadas y la suegra de la exmujer del condenado, afirma lo que se considera como doctrina consolidada en la materia (Fundamento de Derecho tercero). Aunque el recurrente en amparo alega que los delitos se cometieron no por su condición de mujeres sino por ser familiares directos de su exmujer, el Tribunal Supremo rechaza el alegato con base en que se da por probado que sólo quería matar de forma exclusiva a las mujeres de la familia de su exmujer y no a los hombres. La aplicación de la agravante de género, además, se considera compatible con la de parentesco también apreciada en el caso. En la larga exposición explicando la naturaleza y fundamento de la agravante de género el alto tribunal no es tan categórico y sigue aludiendo a la motivación y la reprochabilidad de la misma pero, al mismo tiempo, se acumula también el argumentario propio del Convenio de Estambul y la remisión al contexto de dominación masculina ya señalado con anterioridad.

Por último, la reciente STS 917/2023, Penal, de 14 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:5377), vuelve a acumular toda la doctrina y afirma la necesidad de los componentes o fundamento más de tipo objetivo (contexto de dominación, superioridad...) con el de tipo subjetivo (este último descrito como motivación pero también como dolo de consciencia sobre la situación de dominación). En esta última sentencia en la que el asesinato lo es tanto de la mujer como de la hija, se asienta la consideración respecto de esta última de su condición de víctima vicaria o vicarial. Así:

«Y como incide el Fiscal de Sala la agravante se aplicó en cuanto a las dos víctimas, porque lo hizo con ese fundamento subjetivo y objetivo, también respecto a su hija en una *forma vicaria de violencia de género*, por cuanto esta agravante no se aplica solo respecto al ataque a la pareja o ex pareja, sino que también puede ser aplicable en

una discriminación estructural, de grupo, en el caso objeto de enjuiciamiento y, por tanto, parece fundarse el castigo incrementado más en clave colectiva y «objetiva»⁸³ a la hora de tasar la agravante.

En la misma línea, algunos pronunciamientos relativos a cuestiones ideológicas parecen enlazar con una cierta tendencia a esa mayor «objetivización» de la interpretación de la agravante. Destaca aquí por su importancia el denominado caso Altsasu. En efecto, la STS 458/2019, Penal, de 9 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3124) representa un hito fundamental en el debate sobre la aplicación de los delitos de odio al ámbito ideológico y, más aún, a la eventual tutela institucional⁸⁴. Se trata de un supuesto de agresión contra dos agentes de la Guardia Civil, fuera de servicio, que después de cenar con sus parejas se dirigieron el 15 de octubre de 2016 a las 2:30 de la madrugada al bar *Koxka* de la localidad navarra de Alsasua a tomar unas consumiciones. Los autores, a los que se incardina en un contexto ideológico propio de la denominada «izquierda abertzale» (nacionalismo vasco de izquierdas), fueron condenados finalmente por el Tribunal Supremo, según las diferentes participaciones, a delitos de atentado, lesiones, desordenes públicos y amenazas; pero a nuestros efectos interesa el debate que se produjo respecto de la aplicación en primera instancia de la agravante por discriminación ideológica (artículo 22.4 CP) que se corrige y descarta finalmente en casación. Y para ello la gran novedad que supone este caso respecto de la línea general de interpretación jurisprudencial del artículo 22.4 CP, es que se otorga un gran peso a la consideración de la vulnerabilidad del colectivo a la hora de determinar la relevancia típica de la conducta. Se excluye la agravación por odio ya que el colectivo de la policía (la Guardia Civil) no es un «grupo vulnerable».

Esta nueva tendencia a analizar la vulnerabilidad del colectivo inclinaría la interpretación de la agravante hacia una cierta «objetivización» ya que es el impacto en el colectivo el punto clave a partir del cual releer el daño causado. En todo caso, es una tendencia incipiente que se encuentra a la espera de una mayor clarificación jurisprudencial⁸⁵.

el ataque a la hija mujer por el hecho de ser mujer y con la clara intención subyacente que tiene el agresor de dominarle y subyugarle, acabando por matarla después de haberlo hecho con su mujer, y engañándole, como consta en los hechos probados y para facilitar su ejecución, que es lo que llevó a cabo, por la presencia del factor de dominación y para, finalmente, hacer patente la desigualdad de género existente.

Ello nos lleva a admitir, también, la agravante de género en los crímenes a hijas del agresor, como en este caso ha ocurrido, en una acción de crimen vicarial con agravante de género matándolas a las dos por la misma razón estructural y el mismo fundamento, que debe ser enfocado con perspectiva de género para poder ahondar en el conocimiento y gravedad de esta agravante que supone una reiteración conductual de dominación, y que en algunos casos, como aquí ha ocurrido, puede acabar con el asesinato (...).

El relato descriptivo de los probados supone una evidencia del proceso seguido a cabo "antes" en su trayectoria para acabar con el "después" a la hora de ejecutar los dos crímenes, del fundamento de dominación de su acción y la razón de matarlas por ser mujeres y del sustrato psicológico y cosificador llevado a cabo que termina con la forma y modo de acabar con la vida con las dos mujeres que son su mujer y su hija a quienes les golpeó fuertemente con una maza para luego degollarlas.» (FD 2^a).

⁸³ ALONSO ÁLAMO, «El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa», en MONGE FERNÁNDEZ (dir.)/PARRILLA VERGARA (coord.), *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 2019, p. 114.

⁸⁴ ANDERREZ BELATEGI, «La protección institucional a través del discurso de odio: problemática general con especial referencia al caso "Savva Terentyev c. Rusia"», en ALONSO RIMO (dir.)/COLOMER BEA (coord.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, 2019, pp. 511 ss.; LANDA GOROSTIZA, «El mapa de odio en el País Vasco. A la vez una reflexión sobre los delitos de odio y la violencia política en Euskadi, Catalunya e Irlanda del Norte», *InDret*, (4), 2018, pp. 21 ss.

⁸⁵ Sin duda parece clave que la sentencia del caso Altsasu se centra en un colectivo muy particular, la policía, a la que se presupone una neutralidad ideológica y que presenta peculiaridades a la hora de determinar que se pueda tratar de un colectivo homologable al resto de los citados en los delitos de odio. En esa misma línea la STS 252/2023, Penal, de 11 de abril (ECLI:ES:TS:2023:1404) se decanta con contundencia por excluir definitivamente a la policía como colectivo vulnerable a efectos de su eventual tutela vía los preceptos de odio al tiempo que reclama en sus argumentaciones (con invocación por cierto de la sentencia del caso Altsasu) esa ligazón del resto de los colectivos a proteger precisamente con esa vulnerabilidad. En dirección opuesta, sin embargo, en la STS

En síntesis: la agravante de odio se sigue concibiendo jurisprudencialmente sobre un fundamento subjetivo, pero tanto en materia de género, como en materia ideológica, aparecen tendencias que parecen impulsar más bien una mirada «objetiva», que insinúan un transitar hacia una pre-comprensión colectiva del daño -o al menos mixta: individual y colectiva- relevante a efectos de incrementar la pena. Esa tendencia emergente se liga, por una parte, de forma unánime en la jurisprudencia del Tribunal Supremo del artículo 22.4 al contexto objetivo de dominación en la dinámica agresiva, machista, del hombre contra la mujer y, por otra parte, con división todavía de opiniones en el alto tribunal, en el recurso al argumento potencialmente restrictivo de la cualidad de «grupo vulnerable» como requisito para aplicarla que se está desplegando predominantemente en constelaciones de casos de matriz puramente ideológica.

El cuadro aquí expuesto de las tendencias de la jurisprudencia del Tribunal Supremo ilustran un debate que se antoja común cuando se revisan tanto casos de delitos de discurso de odio (artículo 510) como de aplicación de la agravante (artículo 22.4). Su distinta naturaleza no impide que el debate sustantivo sobre su sentido último de tutela acabe consolidándose en una mirada común de qué es un delito de odio. Por ello resulta de enorme trascendencia comprender que sobre todo la inclusión de las razones de género en el artículo 22.4 y su irrupción como un instrumento más de combate penal contra la violencia machista, tiene el riesgo de distorsionar el debate y la evolución interpretativa en la materia. El número de sentencias condenatorias del Tribunal Supremo en que se aplica la agravante por razones de género, aunque arranca mucho más tarde tras la reforma del año 2015, supera ya con creces las falladas en todo el resto de supuestos desde 1995. Nuestra posición y análisis no aboga por eliminar esa agravante por razones de género, sino por poner de manifiesto que la doctrina interpretativa de los delitos de odio se tiene que desagregar al menos según los paradigmas étnico (originario de estos delitos), el de colectivos sexuales minoritarios (orientación e identidad sexual, LGBTQ+), de género (cuando sea la mujer la destinataria en clave de violencia machista), de personas con discapacidad, por razones de aporofobia o de tipo socio-económico, etc. El hecho de que todos los grupos se hayan incorporado a la legislación no debe producir un efecto «homogenizador» de las particularidades de injusto según constelaciones de casos. La búsqueda de un «único» objeto de tutela común deberá complementarse con criterios interpretativos adicionales que vayan perfilando filtros de relevancia según grupos⁸⁶. En cierto modo eso ya está pasando con la parte de los delitos de odio por razones de género. Y en todo caso, el paradigma puramente ideológico debe tratarse como

437/2022, Penal, de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:1644: caso Carpa española), se analiza la agresión contra personas que estaban atendiendo una carpa en la vía pública con el objetivo de visionar un partido de fútbol de la selección española en Barcelona. El ponente –quien precisamente había emitido un voto particular crítico respecto de la Sentencia del caso Altsasu– reconduce la discusión a un supuesto de colectivo-diana mixto –por origen nacional y por ideología– y niega categóricamente que se pueda utilizar el argumento del grupo «vulnerable» para negar la tipicidad en este caso de un delito de discurso del odio criminalizado del artículo 510. Como se ve, por tanto, más allá de la exclusión de la policía como grupo susceptible de tutela, está abierta la discusión en el Tribunal Supremo sobre si la condición de grupo vulnerable debe ser un requisito o elemento clave a la hora de integrarse el tipo penal del artículo 510 y, en su caso, fundamentar un incremento de elevación de la pena en la agravante.

⁸⁶ Véase al respecto el volumen colectivo de MOYA GUILLEM (dir.)/DYANGO BONSIGNORE (coord.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, 2023, pp. 15 ss., en que –desde un prisma todavía más amplio que el de la normativa penal antidiscriminatoria– acertadamente se critica la ausencia en la doctrina de obras que arrojen una mirada transversal y exhaustiva de análisis sistemático y del fundamento de tutela penal de la diversidad del tratamiento del creciente número de grupos vulnerables en el Código penal. También véanse las reflexiones de TAPIA BALLESTEROS, «La protección de la igualdad y la no discriminación en el Código Penal. Errores y aciertos de las últimas reformas», *IgualdadES*, (9), 2023, pp. 169 s. y 143 ss., quien aunque parte de una valoración positiva de la política penal antidiscriminatoria que se va expandiendo sistemáticamente a los diversos colectivos, advierte, sin embargo, de lo pernicioso que es un solapamiento sin matices con el paradigma de los delitos de odio, conduciendo su reflexión con gran atención a las características de cada grupo y contra el riesgo de que se acabe por olvidar y desproteger a los colectivos históricamente discriminados.

una suerte de frontera exterior de los delitos de odio que no acabe infiltrándose en el núcleo de protección de estos preceptos haciéndoles perder su sentido originario y real de tutela. Los comportamientos agresivos de matriz puramente ideológica, no ligados a la tutela de grupos vulnerables, deberá analizarse más bien en la línea de los paradigmas antiterroristas, contra la violencia extremista y otros tipos equivalentes de violencia de motivación política.

4.3. Jurisprudencia de la jurisdicción militar

Resta, para terminar este apartado, una última reflexión sobre la jurisprudencia militar en esta materia. En realidad una reflexión sobre su aparente ausencia. Y es que el legislador no ha incorporado delitos de odio en sentido estricto en el Código penal militar. Sí que se recoge una mención expresa a la punición de actos de discriminación dentro de dos artículos de dicho cuerpo legislativo que acumulan además otra serie de conductas delictivas de forma conjunta (artículo 48 y 50 Código Penal Militar⁸⁷), y que en todo caso se dirigen a una línea de tutela más general del principio de igualdad y derecho a la no discriminación⁸⁸. No obstante, se producen casos de enorme gravedad que materialmente podrían ser supuestos paradigmáticos de criminalidad de odio cuya calificación según la jurisprudencia militar como conductas propias de los citados artículos 48 y/o 50, podría tener un efecto banalizador –y en todo caso distorsionador o de cierto ocultamiento– si se comparan con cómo están configurados y también, eventualmente, con cómo acabarían tipificados si las conductas en cuestión se juzgaran por la jurisdicción ordinaria. De forma paradigmática se puede ilustrar esa problemática con el caso del que se ocupa la STS 2052/2022, Militar, de 30 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2052).

⁸⁷ El Código penal militar vigente en la redacción de los artículos 48 y 50 contiene una mención idéntica en ambos preceptos a actos que supongan discriminación grave por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancias personal o social. Esta mención se acumula a un listado de actuaciones punibles como amenazas, coacciones, injurias, calumnias, ataque a la intimidad, a la dignidad o acoso. En concreto el artículo 48, dirigido a conductas del superior respecto de sus subordinados, se encuadra sistemáticamente dentro del Título II (Delitos contra la disciplina) cerrando su Capítulo III (Abuso de superioridad). El artículo 50, dirigido a conductas entre militares de la misma graduación, se incardina, sin embargo, en el Título III que, muy próximo al enunciado de encuadre sistemático del artículo 510 del Código Penal ordinario, se titula: Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares. Véase al respecto, JUANES PECES, «Artículos 45 a 48. Los delitos contra la disciplina (III). Artículos 49 y 50. Los delitos relativos al ejercicio de las libertades fundamentales y de las libertades públicas de los militares», en DE LEÓN VILLALBA/JUANES PECES/RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (dirs.), *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, 2017, pp. 652 ss. y 656 s.

Artículo 48.

El superior que, respecto de un subordinado, realizare actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, le amenazare, coaccionare, injuriare o calumniare, atentare de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo, o realizare *actos que supongan discriminación grave por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*, será castigado con la pena de seis meses a cuatro años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo. (el resaltado es nuestro)

Artículo 50.

El militar que, sin incurrir en los delitos de insulto a superior o abuso de autoridad, públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o en acto de servicio, impidiere o limitare arbitrariamente a otro militar el ejercicio de los derechos fundamentales o libertades públicas, realizare actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, le amenazare o coaccionare, le injuriare gravemente o le calumniare, atentare de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo, realizara *actos que supongan grave discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión. (el resaltado es nuestro)

⁸⁸ JUANES PECES, en DE LEÓN VILLALBA/JUANES PECES/RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (dirs.), *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, 2017, pp. 652 y 656 s., sitúa estos preceptos en la línea de protección del principio de no discriminación adaptada a las propias necesidades y especificidades de la institución castrense.

En tal supuesto la Sala V (militar) del Tribunal Supremo ratifica íntegramente la Sentencia del Tribunal Militar Territorial Cuarto (con sede en A Coruña) y considera a los cuatro acusados autores de un delito consumado de abuso de autoridad del artículo 48 Código Penal Militar (en su modalidad de acoso profesional o atentado grave contra la dignidad personal en el trabajo o realizando actos que supongan discriminación por la orientación sexual) con penas de 10 meses de prisión para los cuatro autores (guardia civiles) con una indemnización (responsabilidad civil) por daños psíquicos y morales de 10.000 euros. Se aplicó, desde el propio fallo de instancia, una atenuante por dilaciones indebidas ratificada también por el Supremo. El Tribunal Supremo modifica, subsana, la sentencia de instancia en el sentido de que declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado respecto de la indemnización de 10.000 euros, ya que considera que se omitió por error por el tribunal inferior.

Los hechos se remontan a una conducta de acoso constante de palabra en forma de hostigamiento y humillación (insultos, bromas, motes y comentarios homófobos y despectivos tanto respecto de su aspecto como de su valía profesional) durante 4 años (2010 a 2014) que le abocan a la víctima, finalmente, incluso a coger la baja con crisis de ansiedad el 30 de noviembre de 2014 con un cuadro diagnóstico de trastorno mental severo, que precisa atención psicológica y psiquiátrica por parte de profesionales de la salud. Son cuatro años de acoso ininterrumpido y hostigamiento desde que ingresa (junio de 2010) en el puesto de destino donde lo sufre (cuartel de Noia –A Coruña–) a manos de su superior (Cabo primero) y otros tres compañeros más veteranos que él. Las razones para ese comportamiento son claras y palmarias: la orientación sexual de la víctima⁸⁹.

En la misma línea se produce una condena por el artículo 50 del Código Penal Militar en el caso de la STS 95/2021, Militar, de 28 de octubre (ECLI:ES:TS:2021:3913), en que también se condena a tres sargentos –hombres– a un año de prisión por acoso (en este caso horizontal) con comentarios continuos de vejación y menosprecio a una compañera (sargento de tierra) por su orientación sexual y contra su valía profesional con expresiones despectivas como «hombre frustrado en cuerpo de mujer», «Chihuahua», «gandula», «minion», o «rata». La absolución en instancia es corregida por el Tribunal Supremo Militar quien condena a los acusados a penas a cada uno de un año de prisión, con la accesoria de suspensión militar de empleo y pérdida de derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y 15.000 euros en concepto de indemnización. No obstante, en este fallo se ratifica la absolución de instancia por la posible comisión de un delito de odio del artículo 510 del Código Penal ordinario⁹⁰.

Debería considerarse hasta qué punto sería conveniente que se exploren más a fondo las posibilidades, en primer lugar, del artículo 1.3 del Código Penal Militar que señala que «Cuando a una acción u omisión constitutiva de un delito militar le corresponda en el Código Penal una pena más grave, se aplicará dicho Código por la Jurisdicción Militar». Y ello desde la perspectiva de que las sentencias ya referidas, en concreto la STS 2052/2022, Militar, de 30 de mayo

⁸⁹ Los hechos probados de la sentencia confirmada recogen que entre 2010, cuando la víctima llegó al cuartel de Noia (A Coruña) y 2014, un cabo Primero de la Guardia Civil y otros tres guardias más veteranos que él en el destino, se referían a su persona con expresiones como «maricón» «Maripilí» «fresita» «la mujer del Puesto». El Cabo 1º, en concreto, hizo comentarios referentes a que «los maricones no deberían de estar en la Guardia Civil», «muerte a los maricones», «arriba España y muerte a los maricones», «prefiero tener un hijo muerto o drogadicto que maricón». Esas expresiones se alternaban, en ocasiones, con bromas o mofas, y también se realizaban comentarios acerca de la escasa competencia profesional, tildando al Guardia Civil de inútil y vago. La situación descrita se inició desde el momento en que el guardia se incorporó al Puesto de Noia, en junio de 2010, de forma ininterrumpida hasta que, en fecha 30 de noviembre de 2014, fue atendido de una crisis de ansiedad.

⁹⁰ En la citada STS 95/2021, Militar, de 28 de octubre (ECLI:ES:TS:2021:3913), se concentra el razonamiento para tal absolución en su Fundamento de Derecho séptimo, en el que el Tribunal Supremo (Militar) expone la doctrina (en su dimensión más internacional) de interpretación del Tribunal Supremo, sala segunda, pero termina de forma lacónica de la siguiente manera: «(...) Los hechos probados no tienen encaje en este tipo por más que la recurrente no lo entienda. (...)».

(ECLI:ES:TS:2022:2052), dan por probadas conductas de tal gravedad⁹¹ que la comparación de penas con el Código penal ordinario parece que podría elevar las mismas⁹². En todo caso debería quizás reflexionarse sobre si conviene que se produzca alguna reforma del Código penal militar para ayudar a visibilizar de forma más adecuada y reforzar la tutela de los delitos de odio que puedan producirse en comportamientos de competencia castrense⁹³.

5. Mapa empírico: los incidentes de odio

Las principales fuentes oficiales de datos relativos a los delitos de odio en España nos remiten principalmente a las Memorias Anuales de la Fiscalía General del Estado, a las Memorias anuales del Consejo General del Poder Judicial y a los informes de incidentes policiales que recopila anualmente el Ministerio del Interior del Gobierno de España y también, en ejercicio de su autonomía, el Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco (*Ertzaintza*: policía vasca).

5.1. Fiscalía y Poder judicial

El cuadro que se desprende tanto de las dos últimas Memorias de la Fiscalía⁹⁴ como del Consejo General del Poder Judicial⁹⁵ que recogen los datos hasta el año 2022 inclusive, es relativamente desolador. Y es que ya la Memoria de la Fiscalía, mucho más completa que la del Poder Judicial, indicaba lapidariamente respecto de los datos recogidos a lo largo de año 2022 (sobre las actuaciones relativas al año 2021):

«Resulta muy difícil o casi imposible una cuantificación exacta del número de procedimientos penales que se sustancian por estos delitos en los Juzgados de Instrucción de toda España. Ninguna

⁹¹ Una situación de acoso tan prolongado y de destrucción psíquica de la persona como el referido en la STS 2052/2022, Militar (Sección 1ª), de 30 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2052), podría eventualmente ser calificado conforme al Código penal ordinario como lesiones psíquicas (147/149 CP) también a su vez agravadas por el artículo 22.4 CP e incluso todo ello en concurso con un delito de tortura discriminatoria del artículo 174/177 CP o, alternativamente, de atentado contra la integridad moral del artículo 175/177 CP (en este último caso entonces con posible aplicación de la agravante del 22.4 CP).

⁹² RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, «Artículo 1. Ámbito de aplicación», en DE LEÓN VILLALBA/JUANES PECES/RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (dirs.), *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, 2017, pp. 65 ss., 72 ss.

⁹³ Se trata de una idea que no puede desarrollarse aquí por limitaciones de esta contribución. Pero a pesar de que existe la posibilidad de recurrir de forma conjunta al Código penal ordinario y al militar (para complementar y suplir las posibilidades de calificación jurídica de hechos que no tuvieran reproche en el Código militar (artículo 1.2 Código Penal Militar), o también la posibilidad ya mencionada, en su caso, de aumentar las penas por comparación del Código Penal ordinario en concursos de leyes (artículo 1.3 Código Penal Militar), quizás una reforma de éste último podría ajustar más adecuadamente la punición de comportamientos de odio graves que se puedan dar dentro de la jurisdicción castrense.

⁹⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Alvaro García Ortiz*, 2022 y FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Alvaro García Ortiz*, 2023 (disponibles, respectivamente, on line en https://www.fiscal.es/memorias/memoria2022/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS22.pdf y https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS23.pdf [último acceso 16 febrero 2024]).

⁹⁵ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. SECRETARÍA GENERAL, *Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los juzgados y tribunales en el año 2022, 2023* (disponible on line en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-anual-2023--correspondiente-al-ejercicio-2022> [último acceso 19 febrero 2024]).

de las aplicaciones informáticas de registro actualmente en funcionamiento tiene capacidad para ofrecer información fiable al respecto.»⁹⁶

Al año siguiente, la Memoria de la Fiscalía correspondiente a la actividad del año 2022, vuelve a incidir en la misma línea:

«Los datos estadísticos que se ofrecen en este apartado hay que tomarlos con prevención respecto a su exactitud, por los problemas de registro ya aludidos que impiden hacer un volcado de los delitos en los que se ha apreciado la agravante. Las cifras que se aportan son las proporcionadas en las memorias de las/os especialistas, entre quienes hay los que añaden a las dificultades para tener un control y conocimiento completo tanto de los procedimientos como de las sentencias, el hecho de no ser reportada esta información completa por las/os compañeras/os, lo que responde a la distinta organización que del trabajo se desarrolla en las diferentes fiscalías atendiendo a su tamaño y recursos.»⁹⁷

La Memoria 2021, recurriendo a diversas fuentes de información cruzadas (atestados policiales que se instruyen por delitos de odio y se remiten a los juzgados; datos centralizados por la Oficina Nacional de Lucha contra los delitos de odio del Ministerio del Interior; registros judiciales; denuncias y querellas del Ministerio Fiscal) daba cifras «aproximadas»⁹⁸ en torno a 1824 procedimientos judiciales penales incoados en el año 2021 y 1434 en el año 2020. Además, se recogen diligencias de investigación incoadas por las fiscalías territoriales: 224 (año 2021) frente a 236 del año (2020) anterior⁹⁹. A ello se añade que durante el año 2021 ascienden a 102 las diligencias incoadas por denuncias de delitos de odio y presentadas directamente ante la Delegación especializada de la FGE (correspondiendo la mayoría a hechos acaecidos el año 2020): nada menos que 97 de esas 102 denuncias se corresponden con delitos de expresión del artículo 510.1 CP y prácticamente todas esas 97 mediante modalidades de comisión a través de las TIC. En todo caso 53 de las 102 denuncias fueron archivadas directamente por no presentar *ab initio* relevancia jurídico-penal¹⁰⁰.

A partir de ahí señala la Memoria 2021 de la Fiscalía un conjunto algo disperso de datos de distinta naturaleza y poco precisos. Quizás los más interesantes se refieren a que se detecta un incremento en el número de escritos de acusación de hasta un 44,44% respecto del año anterior: de 135 –año 2020– a 195 –año 2021–¹⁰¹. También indica que entre los tipos penales específicos de delitos de odio más aplicados en la práctica sigue siendo el más frecuente el de lesión de la dignidad del artículo 510.2.a CP. Y añade:

⁹⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Alvaro García Ortiz*, 2022, p. 955 (en adelante *Memoria 2021*).

⁹⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Alvaro García Ortiz*, 2023, p. 985 (en adelante *Memoria 2022*). Además, ya en referencia a las cuestiones comunes a todas las Fiscalías se apunta también: «Es prácticamente unánime la mención en las memorias a las dificultades para tener un control efectivo y poder realizar la contabilización y seguimiento de las denuncias por delitos de odio, escritos de acusación y de archivo que se elaboran y las sentencias que se dictan, temática esta que conecta con la petición reiterada de disponer de un registro oficial que recoja no solo los distintos campos delictivos sino todas las particularidades de los motivos de discriminación que concurren en la materia.» (p. 984).

⁹⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2021*, p. 955.

⁹⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2021, 2022*, p. 956.

¹⁰⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2021*, p. 951.

¹⁰¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2021*, pp. 948 y 959.

«(...) En lo que respecta a los tipos penales generales a los que se aplica la agravante de motivación discriminatoria del artículo 22.4 CP, los más numerosos son los de lesiones y de amenazas. Se constata, igualmente, un aumento sostenido del número de procedimientos y escritos de acusación en los que la conducta se ha materializado a través de redes sociales o TICs.»¹⁰²

Por lo que respecta a los colectivos diana «La motivación discriminatoria más frecuente en procedimientos y acusaciones sigue siendo la relacionada con el racismo y la xenofobia (racismo, etnia, origen nacional y nación). Ahora bien, las motivaciones discriminatorias referidas a la orientación e identidad sexual y de género registran un aumento que ya venía apreciándose en años precedentes. Otro tanto ocurre con el motivo por ideología.»¹⁰³

Finalmente, también se hace eco del número de sentencias condenatorias en primera instancia recaídas en el año 2021 por delito de odio o que aprecian la agravante: 91. De ellas 49 corresponden a la aplicación de la agravante del artículo 22.4 CP y 28 a delitos de lesión de la dignidad (artículo 510.2)¹⁰⁴.

La Memoria 2022 no sigue exactamente la misma estructura¹⁰⁵ que su precedente y reduce en parte el despliegue de datos que proporciona. Aun así cabe destacar que apunta a un descenso notable de las diligencias de investigación¹⁰⁶ respecto de años anteriores. Así se indica que tales diligencias conforman una cifra global de 198 de las que sólo en 166 se tiene una información algo más completa que permite añadir que 35 son de supuestos cometidos a través de las TIC, que fueron archivadas 101¹⁰⁷, que se interpuso denuncia en 43 y que 22 seguían en tramitación al concluir el año¹⁰⁸. El número de escritos de acusación se mantiene estable (191 frente a 192 del años anterior)¹⁰⁹. Sí que se constata, sin embargo, un aumento del número de sentencias (152 frente a 91 del años anterior y de ellas 125 condenatorias)¹¹⁰. En todo caso, con todas las limitaciones y precariedad de las fuentes de datos disponibles, parecen mantenerse en términos globales las tendencias apuntadas en la memoria del año precedente tanto de dominancia de los incidentes dirigidos contra colectivos étnicos como grupo mayoritario seguido del de orientación

¹⁰² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2021*, p. 948.

¹⁰³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2021*, p. 948.

¹⁰⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2021*, pp. 958 s.

¹⁰⁵ De forma notoria, por ejemplo, se prescinde en esta memoria respecto de la del año anterior, de cualquier referencia a –e incorporación de– los datos del informe del Ministerio del Interior.

¹⁰⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2022*, p. 985, indicando que tal descenso «puede responder a un conocimiento cada vez mayor por parte de particulares y asociaciones respecto de los elementos que han de concurrir para encontrarnos ante un delito de odio, por lo que se denuncia menos en las fiscalías».

¹⁰⁷ La mayoría de los archivos por falta de relevancia penal de los hechos aunque también se den casos de supuestos que se archivan por estar ya judicializados o por inhibiciones a favor de otra fiscalías. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2022*, p. 986.

¹⁰⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2022*, pp. 985 s.

¹⁰⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2022*, p. 987, destacando asimismo la disminución desde 21 (año 2021) a 6 (año 2022) respecto de escritos de acusación por el artículo 510.1.a.

¹¹⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2022*, pp. 988 s.

e identidad sexual¹¹¹, como de una cierta predominancia -algo menguante- de las calificaciones jurídicas de delitos de expresión frente a los delitos de hecho (delitos base agravados)¹¹².

Como se colige a simple vista de lo expuesto, por más que se esfuerza la Fiscalía en dar datos, las limitaciones y diversidad de las fuentes arrojan un cuadro muy poco fiable. Ahora bien, si resulta escasa la información acabada de referir, los datos que contiene la Memoria del Consejo de Poder Judicial son directamente inexistentes remitiéndose como mejor fuente de datos a la de la Fiscalía General del Estado¹¹³. Por ello no debería sorprender que la recién aprobada Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en vigor desde el 14 de julio de 2022) disponga, taxativamente, en su artículo 36, párrafos 3 y 4 lo siguiente:

«Artículo 36. Estadísticas y estudios.

(...) 3. La Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial recabarán los datos de las denuncias presentadas en virtud de la presente ley, así como las resoluciones administrativas y sentencias judiciales.

4. La estadística judicial recogerá datos específicos sobre los asuntos registrados por infracciones relativas a trato discriminatorio. Cuando dichos datos se refieran a infracciones penales incluirán, al menos, las denuncias recibidas, los procedimientos incoados en relación con estos delitos, los tipos de delitos por los que se instruyen los procedimientos, los tipos de delitos por los que se dictan las sentencias, la causa de discriminación tenida en cuenta para calificar la conducta como discriminatoria, la aplicación en su caso de la agravante definatoria del móvil discriminatorio, las personas enjuiciadas, la forma de terminación de los procedimientos, las resoluciones de fondo sobre los mismos y las penas y medidas impuestas. (...)»¹¹⁴.

¹¹¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2022*, pp. 986 ss., en donde se señala que entre los motivos por discriminación detectados en las diligencias de investigación si se agrupan antisemitismo (6), antigitanismo (6), racismo, etnia, nación, origen nacional (67), ideología, religión y creencias (12) sumarían en total 91 y los correspondientes a orientación, identidad sexual y género llegarían a 59. El resto de motivos, residual en términos cuantitativos, se distribuye en razones de género (5), aporofobia, exclusión social (3) y enfermedad, discapacidad (8). En los escritos de acusación dominan igualmente los grupos diana de matriz étnica en sentido amplio (antisemitismo, antigitanismo: 3; racismo, etnia, nación, origen nacional: 38; ideología, religión, creencias: 26; en total: 66) siendo el segundo grupo el de orientación, identidad sexual, género (50). Debe destacarse que en los escritos ya las razones de género ascienden a 17. Por último, en los datos de sentencias que se reflejan la suma de antisemitismo (3), racismo, etnia, nación, origen nacional (34) e ideología, religión y creencias (19) da un total de 56 frente a orientación, identidad sexual y género -37-. Destaca en las sentencias la cifra de 20 respecto de las razones de género.

¹¹² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2022*, p. 985 ss, que se cifra en un total de 149 si se suman amenazas (1), integridad moral (3), artículo 510.1 (35), 510.2 (109) e incluso sentimientos religiosos (1) frente a 13 agravaciones del 22.4 en las diligencias de investigación; en los escritos de acusación un total de 96 (amenazas 170.1: 1; integridad moral 173.1: 10; artículo 510.1: 6; artículo 510.2.a: 79) frente a agravaciones del tipo base del 22.4 (91). Respecto de las sentencias, el sumatorio de supuestos relativos a integridad moral (11) y artículo 510 (65) asciende a 76 frente a la aplicación de la agravante del 22.4 con un total de 73.

¹¹³ En el apartado correspondiente a estadística judicial relativo a delitos y condenas que se aloja en la página web del Consejo (CGPJ) se indica literalmente:

«La Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado es la mejor fuente para obtener información sobre los delitos en los procedimientos penales. Ofrece el número de procedimientos (previas, jurado, sumario, abreviados, diligencias urgentes) incoados y calificados por el fiscal; y sentencias por provincias y delito.» (<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Actividad-del-Ministerio-Fiscal/> [último acceso 16 febrero 2024]). No consta, por tanto, información particular detallada respecto de este tipo de delitos a diferencia, por ejemplo, de la violencia doméstica y la violencia de género o el homicidio intencional.

¹¹⁴ El artículo en cuestión se completa con los siguientes apartados:

«Artículo 36. Estadísticas y estudios.

1. Al objeto de hacer efectivas las disposiciones contenidas en esta ley y en la legislación específica en materia de igualdad de trato y no discriminación, los poderes públicos elaborarán estudios, memorias o estadísticas, siempre que se refieran o afecten a aspectos relacionados con la igualdad de trato, y de acuerdo con los estándares

La propia Memoria 2022 de la Fiscalía se remite, por cierto, a dicho precepto legal como hito esencial que debería abrir una etapa con «(...) datos certeros que además permitan su trazabilidad y posibilite hacer reflexiones serias y detalladas sobre la evolución de la criminalidad»¹¹⁵.

5.2. Excursus: análisis de sentencias 2018-2022

Ante la falta manifiesta de datos solventes de estadística judicial, conviene traer a colación un reciente estudio en que se analizan un volumen relevante de fallos judiciales relativos a delitos de odio comprendidos entre los años 2018 y 2022¹¹⁶ y que vienen en cierto modo a pre-figurar un doble mapa de colectivos diana y de clase de preceptos penales aplicados que puede servir de elemento informativo de transición a la espera de esa mejora de la estadística judicial ya mencionada. En efecto, el citado trabajo partió de una amplísima muestra suministrada por el propio CENDOJ de la que, tras un primer trabajo de depuración, se seleccionó un inicial bloque de fallos relevantes en el periodo considerado de hasta 418 supuestos. De éstos, sin embargo, se dejaron fuera de consideración 241 que correspondían a casos en que se había aplicado la agravante por razones de género¹¹⁷. Este primer dato que apunta a un volumen tan elevado de supuestos, nada menos que el 58,7%, relativos a las razones de género, arroja una primera reflexión de futuro sobre el riesgo de que la irrupción de estos motivos discriminatorios en la redacción del artículo 22.4 del Código Penal tras las reforma penal producida en el año 2015 (LO 1/2015), acabe por distorsionar el mapa de colectivos diana de este tipo de criminalidad si no se

internacionales existentes, que permitan un mejor conocimiento de las causas, extensión, evolución, naturaleza y efectos de la discriminación por razón de las causas previstas en esta ley.

2. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad recabarán los datos sobre el componente discriminatorio de las denuncias cursadas y los procesarán en los correspondientes sistemas estadísticos de seguridad, publicándose con pleno respeto al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y a la autoidentificación racial o étnica.

(...)

5. Las administraciones públicas recabarán datos sobre las tipologías de discriminación, en coherencia con las elaboradas por el Ministerio del Interior en su informe anual sobre la evolución de los delitos de odio en España, respetando siempre la legislación que haga referencia al ejercicio de las competencias de cada organismo que recabe la información.

En todo caso, los datos de carácter personal obtenidos en el ámbito de las actuaciones a las que se refiere este artículo, deben cumplir la legislación reguladora de la protección de datos personales y, en su caso, quedarán protegidos por secreto estadístico y no podrán ser objeto de comunicación a terceros salvo en los casos expresamente establecidos en la legislación de protección de datos de carácter personal.»

¹¹⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Alvaro García Ortiz, Madrid, 2023, pp. 984, que además indica que la citada ley en su disposición final quinta añade un nuevo párrafo al artículo 18.3 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que «(...) literalmente dispone que en la Sección contra los delitos de odio deberá llevarse un registro de los procedimientos que se sigan relacionados con estos hechos, que permitirá la consulta de los Fiscales cuando conozcan de un procedimiento de los que tiene atribuida la competencia al efecto en cada caso. Puede ser esta la ocasión para que dicha previsión constituya el motor definitivo para disponer de tan solicitado registro, en el que se distingan tanto los tipos delictivos como de manera individualizada cada uno de los motivos de discriminación, así como el registro de las sentencias que en cada procedimiento se dicten, por instancias y sentido del fallo.»

¹¹⁶ GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/LANDA GOROSTIZA (dirs.), *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*, 2023. Estudio que es continuación de otros en la misma línea, a saber, GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS et al., *Análisis de casos y sentencias en materia de Racismo, Xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2014-2017*, 2019.

¹¹⁷ GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/LANDA GOROSTIZA (dirs.), *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*, 2023, p. 24.

procede a una separación estadística cabal de la violencia machista contra la mujeres, por una parte, y la criminalidad de odio (racismo, xenofobia, homofobia, transfobia...) por otra¹¹⁸.

Los restantes 177 casos¹¹⁹ se distribuyen por colectivos según un porcentaje mayoritario del 50,9% que comprende el grupo diana étnico en sentido amplio (raza, origen semita, pertenencia a la etnia gitana, etnia, origen nacional, nacionalidad, creencias, religión, ideología) frente a un segundo grupo de colectivos sexuales (orientación e identidad sexual) con un porcentaje del 22,7%¹²⁰. El mapa de colectivos por tanto se reparte en casi la mitad en conexión con fenómenos agresivos contra el núcleo histórico originario de este tipo de delincuencia (racismo, xenofobia...) y casi un cuarto de comportamientos homófobos y tránsfobos. Llama la atención el propio estudio respecto del alto porcentaje relativo de supuestos de tipo ideológico (ideología política) que asciende a un 15,3% respecto del total (n=177)¹²¹.

Por último, también deben destacarse algunas conclusiones que se arrojan respecto del mapa de tipos delictivos como termómetro -reflejado en los fallos judiciales analizados- de la clase de conductas que son prevalentes. En tal sentido el porcentaje de delitos de expresión alcanzaría el porcentaje del 79,6% (con una mayoría abrumadora de éstos relativos a casos del artículo 510 del Código Penal) frente a un 18,6% de delitos de hechos agravados (mayoritariamente lesiones). Por tanto, se obtiene un cuadro de funcionamiento de la maquinaria judicial muy volcado en la persecución de conductas de expresión como resultado de la apertura y modificación del tipo penal del artículo 510 tras la reforma de 2015 (LO 1/2015)¹²².

5.3. Datos policiales

De conformidad con el último informe publicado al respecto, en España, durante el año 2022 se registraron 1.869 incidentes de odio, de los cuales 73 se corresponden con infracciones administrativas. De los 1.796 incidentes potencialmente delictivos de odio, en función del colectivo protegido, obtenemos la siguiente distribución: racismo/xenofobia (42,04%), orientación sexual e identidad de género (25,56%), ideología (13,64%), sexo/género (10,52%), creencias o prácticas religiosas (2,62%), discapacidad (1,28%), antigitanismo (1,22%), aporofobia (0,95%), discriminación generacional (0,83%), antisemitismo (0,72%) y enfermedad (0,61%)¹²³.

Una visualización del mapa de colectivos arroja, por tanto, una primera franja de racismo-xenofobia en sentido amplio (sumando a racismo/xenofobia *stricto sensu*, la ideología, creencias o prácticas religiosas, antigitanismo y antisemitismo) del 60,24%; una segunda franja de colectivos con base en el sexo en sentido amplio (orientación sexual e identidad de género más

¹¹⁸ GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/LANDA GOROSTIZA (dirs.), *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*, 2023, pp. 88 s.

¹¹⁹ GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/LANDA GOROSTIZA (dirs.), *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*, 2023, p. 27.

¹²⁰ GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/LANDA GOROSTIZA (dirs.), *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*, 2023, pp. 85 s. El resto de colectivos (enfermedad, discapacidad, edad, situación familiar, exclusión social, aporofobia...) tendría un reflejo relativamente residual.

¹²¹ GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/LANDA GOROSTIZA (dirs.), *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*, 2023, pp. 85 s.

¹²² GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/LANDA GOROSTIZA (dirs.), *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*, 2023, pp. 86 ss.

¹²³ MINISTERIO DEL INTERIOR, *Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España 2022*, 2023, p. 36.

sexo/género) del 36,08%; y una tercera franja de otros colectivos (aporofobia, discriminación generacional, personas con discapacidad, enfermedad) del 3,67%.

Si se atiende a la tipología delictiva a que apuntan el conjunto de incidentes (n=1869), esto es, incluidas las infracciones administrativas, destacan dos grupos: en primer lugar, las lesiones acercándose a casi $\frac{1}{4}$ del conjunto (22,63%); y en segundo lugar las amenazas (18,08%). A continuación, pero ya a cierta distancia las injurias (6,21%), los daños (5,67%), la promoción del odio (5,62%), el trato degradante (5,03%), las coacciones (3,91%), humillación y menosprecio (3%) y otros delitos contra la Constitución (2,89%). Sorprende y llama la atención que hay un 26,9%, más de un cuarto del total, de supuestos que se clasifican como «resto» y de los que no cabe, en consecuencia, conocer su potencial tipificación¹²⁴.

El mapa de delitos se establecería con una predominancia de los incidentes potencialmente delictivos de expresión, con palabras: un 32,91% si sumamos un primer grupo de delitos tales como las amenazas, injurias, promoción del odio, humillación y desprecio; y hasta un 41,85% si sumamos además trato degradante y coacciones. Los delitos de hechos suman, por el contrario, un 28,3% y hasta un 31,19% si añadimos la categoría «otros delitos contra la Constitución».

Viremos ahora la mirada al País Vasco en donde se elaboran informes oficiales propios en los que la mejora progresiva de la metodología de trabajo policial parece facilitar, más que a nivel estatal, un incremento notable de los incidentes registrados en los últimos años¹²⁵. En Euskadi, durante el año 2022 se registraron 438 incidentes de odio potencialmente delictivos, de los cuales 3 se corresponden con infracciones administrativas. Si tenemos en cuenta que en el año 2016 se registraron 124 incidentes delictivos, en 2017 se registraron 129, en 2018 se identificaron 130, en 2019 se registraron 105, en 2020 se registraron 241, y en 2021 se identificaron 279, se detecta un importante aumento en lo que a los incidentes se refiere en las 3 últimas anualidades, pero más pronunciado aún en la última¹²⁶.

De los 435 delitos de odio (delitos de odio registrados), debido a los casos de discriminación múltiple, se parte en realidad de 444 delitos contra colectivos protegidos. En función del colectivo protegido, obtenemos la siguiente distribución: racismo/xenofobia (52,03%), orientación e identidad sexual (21,62%), género (15,32%), ideología y orientación política (7,66%), diversidad funcional (2,03%), creencias o prácticas religiosas (0,68%), aporofobia (0,23%), edad (0,23%) y otros (0,23%)¹²⁷.

El mapa de colectivos se sintetiza por franjas globales de la siguiente manera: una consideración in extenso del colectivo étnico (racismo, xenofobia, ideología, orientación política, creencias y prácticas religiosas y el antisemitismo) representa el 60,37%, esto es, cerca de dos tercios del mapa de odio. En segundo lugar, los colectivos sexuales considerados también in extenso (aglutinando los incidentes por razón de la orientación e identidad sexual y la identidad/razones de género) representan el 36,94% de los casos, es decir, más de un tercio del total; el resto de

¹²⁴ MINISTERIO DEL INTERIOR, *Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España 2022, 2023*, p. 11.

¹²⁵ CÁTEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS Y PODERES PÚBLICOS/DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD, *Informe de incidentes de odio de Euskadi 2022, 2023*, p. 13 ss.

¹²⁶ CÁTEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS Y PODERES PÚBLICOS/DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD, *Informe de incidentes de odio de Euskadi 2022, 2023*, p. 13.

¹²⁷ CÁTEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS Y PODERES PÚBLICOS/DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD, *Informe de incidentes de odio de Euskadi 2022, 2023*, p. 44.

colectivos (aporofobia, diversidad funcional, edad y otros) ascendería hasta el 2,72%. Un mapa, por tanto, muy similar en su estructura al que veíamos para el conjunto de España, con la salvedad, de cierta relevancia, relativa a los incidentes de tipo ideológico donde el porcentaje en España (13,64%) es casi el doble del detectado en el País Vasco (7,66%).

Desde el punto de vista de la distribución de los incidentes según el tipo penal al que potencialmente apuntan, los informes del País Vasco tienen la ventaja frente a los datos del Ministerio del Interior del conjunto de España, que no hay un grupo de «otros» en los que se pierde la tipificación y, además se excluyen ab initio las infracciones administrativas. Además, el desglose de datos responde con exactitud y claridad a las referencias exactas del Código penal a la hora de identificar la tipología delictiva. Por tanto, ofrece más seguridad y precisión al respecto. Los datos, en todo caso, apuntan también en el País Vasco, como en España, a dos grupos de incidentes prevalentes: las lesiones (180 casos: 41,38%) y las amenazas (90 casos: 20,69%); ambos también a considerable distancia de los siguientes grupos delictivos. Pero con un significativo mayor porcentaje, casi el doble, de lesiones detectadas sobre el conjunto en el País Vasco (41,38%) frente al conjunto de España (22,63%). Los dos grupos de delitos prevalentes -lesiones y amenazas- juntos abarcan el 62,07% de los incidentes delictivos, esto es, más de la mitad del mapa de odio. Las lesiones, que ya suponen más de una tercera parte del conjunto (180 casos: 41,38%), si se tienen en cuenta en una consideración in extenso otros delitos asimilables a la dinámica comisiva de delitos «con hechos» (sumando así los delitos de homicidio n=1, tortura n=1, secuestro n=1, agresiones sexuales n=5, resistencia y atentado n=3; daños n=21; e incluso el hurto n=8, y el robo n=2) el porcentaje se elevaría hasta el 51,03% (n=222) de los incidentes potencialmente delictivos. La tendencia en Euskadi, por tanto, a que el mapa delictivo se vaya estabilizando en torno a los incidentes (de hechos) más graves frente a los incidentes de tipo expresivo (delitos de expresión) se va consolidando¹²⁸. Así los delitos de odio «con palabras» («hate speech» en sentido amplio): esto es, si sumamos amenazas (n=90), discurso de odio en sentido estricto (n=34), injurias (n=10), y calumnias (n=3), alcanzan hasta el 31,49% (137), llegando incluso al 47,82% (208) si se acumulan asimismo categorías generales, pero próximas, como las coacciones (n=50) y el trato degradante (n=21). Así, incluso sumando tales categorías próximas, es necesario apuntar que los incidentes potencialmente delictivos de naturaleza expresiva han perdido la mayoría que ostentaban en años anteriores, arrojando la cifra más baja obtenida hasta la fecha.

En síntesis, en el País Vasco, como principales dos diferencias respecto del conjunto del Estado, se detectan: en primer lugar, en mayor número las lesiones y, en segundo lugar, comienza a dominar el registro de delito de odio «con hechos» frente a los «expresivos» al contrario de lo que ocurre en el conjunto de España.

6. Conclusiones

Son cuatro los estados de la cuestión que han sido presentados en este estudio. Cuatro estados del arte que se pueden sintetizar de la siguiente manera.

¹²⁸ CÁTEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS Y PODERES PÚBLICOS/DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD, *Informe de incidentes de odio de Euskadi 2022, 2023*, p. 45 ss.

6.1. Estado del modelo legislativo

El modelo político-criminal español contra los delitos de odio se ha caracterizado históricamente por un diseño generalista, de máxima expansión, que no tomaba en cuenta la sociología doméstica ni los grupos históricamente discriminados en España como punto de partida. En vez de tipos penales más ajustados y adaptados a constelaciones de casos particulares se optó por una suerte de política criminal antidiscriminatoria. Esta apertura y generalización del modelo por la variedad de figuras y la vaguedad de sus marcos literales, generó un cierto rechazo y reticencia a su aplicación por el poder judicial. Sólo con el tiempo y tras una reforma en el año 2015 se ha empezado a aplicar de forma más profusa sobre todo en lo que respecta a la parte que tiene que ver con el discurso de odio criminalizado: delitos con palabras (artículo 510 CP). El riesgo, no obstante, reside, por una parte, en que la apertura del modelo parece desviar la atención de su potencial de tutela con preterición de las minorías étnicas o sexuales históricamente discriminadas, en favor de una intervención en dinámicas de enfrentamiento puramente ideológico, incluso entre mayorías; y, por otra parte, el riesgo se cifra en la posible interferencia distorsionadora de esta línea político-criminal en los delitos de género y violencia machista contra las mujeres.

6.2. Estado del debate doctrinal

La discusión doctrinal, como perfecta correa de transmisión del modelo incorporado al ordenamiento, se ha debatido desde un principio entre impulsar una interpretación de los delitos de odio en la línea de un refuerzo general -individualista- del principio de igualdad y la dignidad humana de las personas, por una parte, y una tutela, por la otra, que tome en consideración como clave esencial el daño colectivo que estas conductas agresivas representan para el conjunto del grupo diana y la sociedad toda. De una precomprensión de los tipos penales más atenta a bienes jurídicos individuales y de política penal antidiscriminatoria se detecta, no obstante, una cierta tendencia emergente a propuestas más restrictivas que endosan la necesidad de filtrar la relevancia penal de las constelaciones de casos a través de un criterio de gravedad que pasa por el impacto colectivo del daño y por la vulnerabilidad de los colectivos que deben ser protegidos. Se detecta igualmente una creciente *vis atractiva* entre el paradigma de los delitos de odio y el paradigma antiterrorista a través del vector común de la naturaleza «ideológica» de ciertas constelaciones de casos subyacentes a sus respectivos núcleos de tutela.

6.3. Estado de la jurisprudencia

La jurisprudencia, más activa desde un principio a la hora de aplicar agravaciones de pena (artículo 22.4 CP), comienza también a partir de la Reforma de 2015 (LO 1/2015) a facilitar *de facto* condenas por delitos de incitación grave (artículo 510 CP). No hay tanto un cambio expreso y confeso de doctrina, sino más bien una actitud proactiva que se materializa en un número creciente de resoluciones condenatorias que contrastan con la tónica de predominancia de absoluciones y archivos previa. El hecho de hasta qué punto debe ser un requisito para la aplicación de los delitos de odio que el grupo diana deba ser vulnerable divide al Tribunal Supremo y sigue manteniendo la incógnita de si ello precipitará una evolución que la aleje de parámetros teleológicos excesivamente formalistas hacia la aprehensión de los marcos legales más en clave de tutela colectiva. A día de hoy prevalece una comprensión subjetivista de los tipos penales demasiado atenta a una investigación motivacional como clave de la antijuridicidad, aunque en materia ideológica –en particular en lo que hace a la denegación de colectivos institucionales como la policía– y también en materia de género, se van prodigando correctivos

jurisprudenciales que parecen asumir una cierta objetivación de la interpretación que acerca a los tribunales a lecturas del daño en clave colectivo. El volumen de casos y fallos conectados con las razones de género como vector de agravación albergan el riesgo potencial de distorsionar el conjunto de la evolución interpretativa en la materia. Por último, los delitos de odio en el ámbito de la jurisdicción militar carecen de una caracterización específica en el Código penal Militar que contribuye a una cierta falta de visibilidad pese a la gravedad de algunos casos fallados por la sala quinta del Tribunal Supremo. Debe abrirse el debate de hasta qué punto la situación actual de la jurisprudencia castrense es satisfactoria y si conviene una reforma que contribuya a una punición más adecuada y a una mayor visibilidad de estas conductas en aras de su efectiva prevención.

6.4. Estado de la estadística policial y judicial

La estadística policial en España inicia una senda de consolidación a partir del año 2013 con el primer Informe del Ministerio del Interior relativo a incidentes de odio¹²⁹ y los Informes del Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco¹³⁰. La estadística judicial, sin embargo, no permite una trazabilidad de los incidentes y se encuentra a la espera de una articulación sistemática que, por mandato legal a partir de la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación, obliga a un registro sistemático de datos tanto a la Fiscalía General del Estado como al Consejo General del Poder Judicial. La debilidad de las fuentes estadísticas, no obstante, parece apuntar según los datos disponibles a un mapa de delitos de odio en que dominan los incidentes contra los colectivos étnicos, en primer lugar, seguidos de las constelaciones de casos de transfobia y homofobia, ambos a gran distancia de otros colectivos. Como particularidades a destacar, en primer lugar, la (pura) «ideología»¹³¹ presenta registros notablemente elevados (no así en el ámbito vasco, por contraste); en segundo lugar, la irrupción de las «razones de género» amenaza con distorsionar el registro estadístico en esta materia por la falta a día de hoy de una claridad y distinción adecuada de los delitos de odio originarios frente a la violencia machista contra las mujeres; y, finalmente, hay una tendencia al registro de incidentes policiales con evidente sobrerrepresentación de los delitos de expresión frente a delitos base agravados u otros delitos «de hechos», tendencia que parece empezar a corregirse al menos en el ámbito vasco.

6.5. A modo de reflexión final: una mirada integrada de los cuatro niveles

A la luz del cuádruple estado de la cuestión descrito se podría intentar vislumbrar qué futuro sería deseable, y a la vez posible, para que el modelo español de delitos de odio mejorara su efectividad. Es quizás ya tarde para una reducción significativa de *lege ferenda* de los colectivos-diana a proteger porque, desde un punto de vista político-criminal, puede resultar una quimera esperar que un legislador se vaya a atrever a desandar el camino y reducir las esferas de tutela. La corrección del modelo deberá probablemente iniciarse a partir de una combinación adecuada

¹²⁹ MINISTERIO DEL INTERIOR, *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España*, 2014 (disponible on line en <https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/prensa/balances-e-informes/2013/Informe-sobre-los-delitos-de-odio-en-Espana-2013.pdf> [último acceso 27 julio 2023]).

¹³⁰ CÁTEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS Y PODERES PÚBLICOS/DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD, *Informe de incidentes de odio de Euskadi 2017, 2018* (disponible on line en http://katedraddhh.eus/documentos/pdf/informes/Informe_de_Incidentes_de_Odio_de_Euskadi_2017_-_CASTELLANO_-_DEFINITIVO.compressed.pdf [último acceso 27 julio 2023]).

¹³¹ Alerta adecuadamente del particular potencial distorsionador de esta categoría («caballo de Troya»), por todas, TAPIA BALLESTEROS, «El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un Caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación», *Política Criminal*, (16-31), 2021, pp. 284 ss.

de la evolución de la reflexión doctrinal en diálogo con la consolidación de determinados criterios jurisprudenciales emergentes (objetivización de la investigación motivacional, preponderancia del carácter objetivamente vulnerable de los grupos, diversificación y adecuación de criterios sustantivos de interpretación según grupo-diana...). Si se profundizara en las vías de corrección y contención de los tipos penales de odio (por medio del uso de criterios interpretativos sustantivos más exigentes de daño individual y colectivo combinados; de bienes jurídico-penales mixtos individuales y colectivos; de reducciones teleológicas según grupos más o menos vulnerabilizados; de un escrutinio más exigente de las constelaciones de casos en delitos de expresión frente a agravaciones de tipos base; de cautela y contención en contextos de enfrentamiento puramente ideológico, especialmente en casos de grupos mayoritarios; de evitación de invasiones recíprocas e interferencias intrusivas entre los ámbitos de prohibición de los tradicionales delitos de odio y el terrorismo o la violencia machista...), se prepararía el camino para una futura reforma de *lege ferenda* con ajustes técnicos que podría neutralizar los riesgos tanto de ineffectividad como de abuso o de desvío de su orientación de tutela. A ello ayudaría, sin duda, que la estadística judicial arrancara y se pusiera a disposición de la academia y la ciudadanía con rigor y transparencia. Ya que en tal caso las resoluciones judiciales permitirían una reflexión doctrinal más fructífera, más ajustada, y se revelaría un mapa empírico más realista que pudiera orientar –y poner el foco– sobre las conductas agresivas más habituales y graves. Ello visibilizaría dónde (grupos-diana y tipos de conducta) están los problemas reales y las necesidades de protección. La trazabilidad sería de ida (desde incidentes policiales a condenas firmes y ejecutadas) y vuelta (desde las condenas a la revisión de los criterios de selectividad policial) con el beneficio particularmente urgente de que la actividad policial pro-víctima se podría ir corrigiendo y re-orientando según se va depurando el contorno preciso de los ámbitos de prohibición vía condenas firmes. Al desvelarse entonces con claridad el núcleo de tutela, la persecución policial podría concentrar –y ahorrar– sus recursos con mejores resultados, con atestados mejor dirigidos (desplazando la prevalencia de incidentes de expresión a conductas de otra naturaleza y mayor gravedad), más sólidos en términos de carga probatoria, con mayor seguridad jurídica y con una consecuencia directa en la tutela de las víctimas que reforzaría su confianza. También permitiría discriminar de forma mucho más precisa el ámbito penal y el de los ilícitos administrativos (este último todavía por explorar y articular de forma adecuada). El círculo vicioso (de desconfianza cuando hay impunidad, de desorientación sobre las constelaciones de casos que abarca o de desaliento para el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión) se convertiría en uno virtuoso de manera que a más y mejor investigación policial mejoraría asimismo el resto de la cadena hasta la condena previsible con elevación de los estándares de seguridad jurídica evitando, asimismo, excesos liberticidas de derechos fundamentales. Todo ello, aunque pueda parecer paradójico, acabaría por reducir (quizás con la excepción de una necesaria reforma o ajuste en dirección opuesta en el ámbito castrense) y equilibrar en el medio y largo plazo el papel del derecho penal ante la lacra de los delitos de odio y facilitaría su coordinación (Estado Social) con otras políticas (antidiscriminatorias) jurídicas y extra-jurídicas, devolviendo a aquél una función de verdadera *ultima ratio* que nunca debió abandonar.

7. Bibliografía

ABRISKETA URIARTE, «La discriminación racial: un análisis comparado sobre el marco jurídico internacional y europeo», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (29), 2015, pp. 1 ss.

AGUILAR GARCÍA (dir.), *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2015.

ALKIVIADOU, «The Internet, Internet Intermediaries and Hate Speech: Freedom of Expression in Decline», *SCRIPTED Journal of Law, Technologie and Society*, (20), 2023, pp. 243 ss.

ALONSO ÁLAMO, «¿Es el feminicidio un delito de odio? », *Revista Penal*, (50), 2022, pp. 9 ss.

———, «El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa», en MONGE FERNÁNDEZ (dir.)/PARRILLA VERGARA (coord.), *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 91 ss.

ALTSCHILLER, *Hate Crimes*, 3ª ed., ABC-CLIO, Santa Barbara-California, 2015.

ANDEREZ BELATEGI, «La protección institucional a través del discurso de odio: problemática general con especial referencia al caso “Savva Terentyev c. Rusia”», en ALONSO RIMO (dir.)/COLOMER BEA (coord.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2019, pp. 511 ss.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Los denominados delitos de odio: análisis dogmático y tratamiento jurisprudencial», *Estudios Penales y Criminológicos*, (41), 2021, pp. 593 ss.

ANTIC, «Sanctioning Hate Speech on the Internet: in Search of the Best Approach», *Union University Law School Review (Pravni Zapisi)*, (14), 2023, pp. 74 ss.

BARRON/DIENES, *First Amendment Law in a nutshell*, 6ª ed., West Academic Publishing, St. Paul Minnesota, 2023.

BASTRESS, «El principio de “la alternativa menos restrictiva” en Derecho constitucional americano», *Cuadernos de Derecho Público*, (5), 1998, pp. 239 ss.

BILLS/VAUGN, «A Contemporary Review of Hate Crime Legislation in the United States», *Criminal Justice Policy Review*, (34-2), 2023, pp. 115 ss.

BLAIR WOODS, «Hate crime in the United States», en HALL/CORB/GIANNASI/GRIEVE (eds.), *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, Routledge, London-New York, 2015, pp. 153 ss.

BJELOPERA, «Sifting Domestic Terrorism from Hate Crime and Homegrown Violent Extremism», *Congressional Research Service (CRS)*, 2016, p. 2.

CÁMARA ARROYO, «El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (70), 2017, pp. 139 ss.

CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019.

CÁTEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS Y PODERES PÚBLICOS/DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD, *Informe de incidentes de odio de Euskadi 2022*, Eusko Jaurlaritza-Gobierno Vasco, Leioa-Vitoria-Gasteiz, 2023.

———, *Informe de incidentes de odio de Euskadi 2017*, Eusko Jaurlaritza-Gobierno Vasco, Leioa/Vitoria-Gasteiz, 2018.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. SECRETARÍA GENERAL, *Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los juzgados y tribunales en el año 2022*, Madrid, 2023.

CORRECHER MIRA, «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *InDret*, (2), 2021, pp. 86 ss.

COTINO HUESO, «Menos libertad de expresión en internet: el peligroso endurecimiento del TEDH sobre la responsabilidad de moderación de contenidos y discurso del odio», *Revista de Derecho Digital e innovación. Aranzadi La Ley*, (16), 2023, pp. 1 ss.

DE LA MATA BARRANCO, *Derecho Penal Europeo y legislación española: las reformas del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

DE PABLO SERRANO, «El “reconocimiento” como fundamento filosófico para la sanción penal y administrativa del discurso del odio contra el colectivo LGTBI», en GUZMÁN ORDAZ/GORJÓN BARRANCO (COORDS.)/SANZ MULAS (ED.), *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2019, pp. 344 ss.

DE PABLO SERRANO/TAPIA BALLESTEROS, «Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal», *Diario La Ley*, (8911), 2017, pp. 1 ss.

DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

DÍAZ, «Online Racialization and the Myth of colorblind Content Policy», *Boston University Law Review*, (103), 2023, pp. 1929 ss.

DÍAZ LÓPEZ, «Terrorism as a hate crime?», en CLIVE/LLOBET ANGLÍ/CANCIO MELIÁ (EDS.), *Precursor Crimes of Terrorism. The Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective*, Edward Elgar, Cheltenham UK/Northampton Massachusetts USA, 2022 pp. 143 ss.

DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, Civitas/Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Capítulo 16. Circunstancias agravantes y mixta de parentesco. D. Motivos racistas», en MOLINA FERNÁNDEZ (COORD.), *Memento Práctico Penal 2021*, Francis Lefebvre Penal, Madrid, 2020, pp. 539 ss.

ELÓSEGUI ITXASO, «Las recomendaciones de la ECRI sobre discurso del odio y la adecuación del ordenamiento jurídico español a las mismas», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, (44), 2017, pp. 1 ss.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Alvaro García Ortiz*, Madrid, 2023.

———, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Alvaro García Ortiz*, Madrid, 2022.

FUENTES OSORIO, «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19-27), 2017, pp. 1 ss.

GASCÓN CUENCA, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

GARROCHO SALCEDO, «Capítulo 45. Delitos contra la Constitución. Sección 4. Delitos relacionados con el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», en MOLINA FERNÁNDEZ (COORD.), *Memento Práctico Penal 2021*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 1992 ss.

GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/LANDA GOROSTIZA (dirs.), *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2018-2022*, Ministerio de Inclusión social, Seguridad Social y Migraciones, Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, Madrid, 2023.

GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS *et al.*, *Análisis de casos y sentencias en materia de Racismo, Xenofobia, LGTBIfobia y otras formas de intolerancia 2014-2017*, Ministerio de Trabajo Migraciones y Seguridad Social, Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, Madrid, 2019.

GÓMEZ MARTÍN, *Delitos de discriminación y discurso de odio punible. Nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, Juruá, Porto, 2019.

———, «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18-20), 2016, pp. 1 ss.

GORDON BENITO, «Ciberodio. Un estudio de derecho penal comparado», *Cuadernos de RES PÚBLICA en derecho y criminología*, (4), 2024, pp. 14 ss

———, *Delitos de odio y ciberodio. Una revisión acerca de las posibilidades de filtrado penal del discurso a través de los arts. 22.4 y 510.3 CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

GUARDIOLA GARCÍA, «La agravante de discriminación y sus reformas: criterios interpretativos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (28), 2022, pp. 117 ss.

HARTLEY, «Cross Burning. Hate Speech as Free Speech: A Comment on Virginia v. Black», *Catholic University Law Review*, (54), 2004, pp. 1 ss.

HATANO, «Regulating Online Hate Speech through the Prism of Human Rights Law: The Potential of Localised Content Moderation», *The Australian Year Book of International Law*, (41), 2023, pp. 127 ss.

HENSON, «Virtual Whac-A-Mole: Addressing the Patchwork Regulation of Online Hate Speech», *Michigan State International Law Review*, (31), 2023, pp. 115 ss.

HÖRNLE, *Grob Anstössiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005.

JAMES, «Federal Data on Hate Crimes in the United States», *Congressional Research Service (CRS)*, 2020, pp. 1 ss.

JUANES PECES, «Artículos 45 a 48. Los delitos contra la disciplina (III). Artículos 49 y 50. Los delitos relativos al ejercicio de las libertades fundamentales y de las libertades públicas de los militares», en DE LEÓN VILLALBA/JUANES PECES/RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (dirs.), *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 550 ss.

KAPLAN, «The Rise in Anti-Asian Racism and Xenophobia in the Time of COVID-19», *Journal of Hate Studies*, (18), 2023, pp. 96 ss.

KEANE/WAUGHROY (eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination. A living Instrument*, Manchester University Press, Manchester, 2017.

LANDA GOROSTIZA, «Igualdad de trato, no discriminación y delitos de odio», en SHERSHNEVA ZASTAVNAIA (ed.), *Dimensiones desde la desigualdad. Zabaldú*, v. 1, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2023, pp. 31 ss.

———, *Víctimas invisibles. Usos y abusos de la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de la violencia política a la luz de lucha antiterrorista contra ETA*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

———, «Capítulo IV. Derecho penal sustantivo: la violencia sexual», en ETXEBERRIA GURIDI (dir.), *La mujer víctima de violencia. Análisis multidisciplinar del ordenamiento jurídico español y europeo a la luz del Convenio de Estambul*, IVAP, Oñati, 2022, pp. 211 ss.

———, «Delitos de odio y sentido de tutela: reflexiones al hilo del “caso altsasu” (STS 458/2019)», en LAURENZO COPELLO/DAUNIS RODRÍGUEZ (coords.) *Odio, Prejuicios y Derechos Humanos*, Comares, Granada, 2021, pp. 351 ss.

———, «El delito de incitación al odio (artículo 510 cp): Quo vadis», *Revista Azafea*, (23), 2021, pp. 57 ss.

———, «Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-19), 2020, pp. 1 ss.

———, *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4 CP 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

———, «El mapa de odio en el País Vasco. A la vez una reflexión sobre los delitos de odio y la violencia política en Euskadi, Catalunya e Irlanda del Norte», *InDret*, (4), 2018, pp. 1-29.

———, «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. A la vez un comentario a la STS 259/2011 -librería Kalki- y a la STC 235/2007», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (7), 2012, pp. 301 ss.

———, «El modelo político-criminal antirracista “sui generis” del Código penal español de 1995: una aproximación crítica», *Revue Internationale de Droit Penal*, (73), 2002, pp. 167 ss.

———, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal (A la vez una propuesta interpretativa de la «normativa antidiscriminatoria» del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente Jurisprudencia)*, Comares, Granada, 2001.

———, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código penal*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 2000.

LANTZ/WENGER/MILLS, «Fear, Political Legitimization, and Racism: Examining Anti-Asian Xenophobia During the COVID-19 Pandemic», *Race and Justice*, (13), 2023, pp. 80 ss.

LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 4ª ed., Ariel, Barcelona, 1994.

LAURENZO COPELLO, «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos*, (19), 1996, pp. 219 ss.

MCGONAGLE, «General Recommendation 35 on combating racist hate speech», en KEANE/WAUGHTRY (eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination. A living Instrument*, Manchester University Press, Manchester, 2017, pp. 246 ss.

MINISTERIO DEL INTERIOR, *Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España 2022*, Ministerio del Interior. Gobierno de España, Madrid, 2023.

———, *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España*, Secretaría de Estado de Seguridad. Gabinete de coordinación y estudios, Madrid, 2014.

MIRÓ LLINARES, «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», en EL MISMO, (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 21 ss.

———, «La criminalización de conductas “ofensivas”. A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (17-23), 2015, pp. 1 ss.

MOYA GUILLEM (dir.)/DYANGO BONSIGNORE (coord.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 24^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

NOTES, «Responding to Domestic Terrorism: a Crisis of Legitimacy», *Harvard Law Review*, (136), 2023, pp. 1914 ss.

PARADA, «White Supremacist have committed Domestic Terrorist Attacks, but Why have the Attackers not been indicted as Domestic Terrorists?», *University of La Verne Law Review*, (41), 2019, pp. 104 ss.

PORTERO HENARES, «Los delitos de odio en el artículo 510 del Código Penal y la libertad ideológica. Propuesta de enmienda», en GARCIA RIVAS (dir.), *Criminalización del radicalismo violento: un debate europeo*, Iustel, Madrid, 2021, pp. 327 ss.

PORTILLA CONTRERAS, «Lección 10^a. La represión penal del discurso del odio», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte Especial IV. Delitos contra la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 379 ss.

RIESMEYER, «The Dark Side of technological Advances: How Technology has enabled domestic Violence and The contributing Role of The First Amendment», *Gonzaga Law Review*, (59), 2023, pp. 91 ss.

RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, «Artículo 1. Ámbito de aplicación», en DE LEÓN VILLALBA *et al.* (dirs.), *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 52 ss.

RODRÍGUEZ YAGÜE, «La política criminal europea contra la discriminación racial: ¿es la decisión marco 2008/913/JAI un verdadero avance? », en Díez-PICAZO/NIETO MARTÍN (dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas/Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pp. 331 ss.

ROLLNERT LIERN, «El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional», *Revista española de derecho constitucional*, (115), 2019, pp. 81 ss.

ROSTALSKI, «Motivos y actitudes como fundamento de la agravación penal en los “delitos de odio”», en LANDA GOROSTIZA/GARRO CARRERA (dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 79 ss.

SACCO, «Stifing Domestic Terrorism from Violent Extremism and Hate Crime», *Congressional Research Service (CRS)*, 2022, pp. 1 ss.

SILVERMAN, «Criminalidad xenófoba en los Estados Unidos: posibilidades de tutela ante el conflicto entre la protección de minorías y la libertad de expresión», *Cuadernos de Política Criminal*, (63), 1997, pp. 689 ss.

SINNAR, «Hate Crimes, Terrorism, and the Framing of White Supremacist Violence», *California Law Review*, (110), 2022, pp. 489 ss.

—————, «The Conundrums of Hate Crime Prevention», *Journal of Criminal Law and Criminology*, (112), 2022, pp. 801 ss.

—————, «Separate and Unequal: The Law of “Domestic” and “International” Terrorism», *Michigan Law Review*, (117), 2019, pp. 1333 ss.

TAPIA BALLESTEROS, «La protección de la igualdad y la no discriminación en el Código Penal. Errores y aciertos de las últimas reformas», *IgualdadES*, (9), 2023, pp. 143 ss.

—————, «El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un Caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación», *Política Criminal*, (16-31), 2021, pp. 284 ss.

THORNBERRY, «Foreword», en KEANE/WAUGHRAY (eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of all Forms of racial Discrimination. A living Instrument*, Manchester University Press, Manchester, 2017, pp. XIV ss.

VALCORE/BUCLER, «An Act on Terror and an Act of Hate: national Elite and Populace Newspaper Framing of Pulse Nightclub Shooting», *Criminal Justice Studies*, (33-3), 2020, pp. 276-296.