



INFORME DE DELIMITACIÓN CONCEPTUAL EN MATERIA DE DELITOS DE ODIO

Estudio encargado por la Comisión de Seguimiento del Convenio de colaboración y cooperación Interinstitucional contra el racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia y financiado por la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Autor: D. Juan Alberto Díaz López, Profesor, Doctor de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid

Madrid, 14 de marzo de 2018

ÍNDICE

Resumen ejecutivo.....	3
1. <u>Introducción</u>	10
1.1. El “odio” como móvil del delito.....	10
1.2. “Discriminación” e “intolerancia”.....	13
2. <u>Delitos de odio</u>	19
2.1. Prejuicios y estereotipos: <i>bias crimes</i>	19
2.2. <i>Hate crimes</i> . Dos modelos legislativos.....	24
3. <u>Discurso de odio y delitos de discurso de odio</u>	38
4. <u>Delitos odiosos (<i>heinous crimes</i>)</u>	46
5. <u>“Incidentes de odio”</u>	53
6. <u>El listado de condiciones personales o causas de discriminación</u>	56
6.1. Etnia y raza.....	56
6.2. Ideología, religión y creencias.....	58
6.3. Nacionalidad.....	60
6.4. Sexo y género.....	62
6.5. Orientación e identidad sexual.....	63
6.6. Enfermedad y discapacidad.....	63

Presentación

Este Informe de delimitación conceptual sobre delitos de odio, es fruto del encargo realizado por el Grupo de Trabajo sobre discurso de odio que se constituyó en el ámbito del Convenio Marco de Cooperación y Colaboración suscrito entre el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Interior, el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, que lidera el grupo y el Centro de Estudios Jurídicos.

El Informe ha sido realizado por el Prof. Dr. D. Juan Alberto Díaz López, Profesor Asociado del Área de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

En este Grupo de Trabajo se valoró que el uso del discurso y del delito de odio está aumentando de forma muy importante, especialmente a través de la utilización masiva de los medios de comunicación electrónicos. Para ayudar a mejorar los esfuerzos que se vienen realizando para combatir el discurso de odio por parte de las instituciones y de la sociedad civil, se ha propuesto analizar y mejorar la recogida sistemática de datos e información sobre su incidencia y características, de modo que se pueda proporcionar información para establecer una estrategia definida para su prevención y/o eliminación.

En España la modificación realizada en el Código Penal a través de la *Ley Orgánica 1/2015, de 3 de marzo («B.O.E.» 31 marzo) reforma la penalización del discurso de odio, en su artículo 510, lo que ofrece una herramienta legal para luchar contra esta problemática. En este marco se plantea la necesidad de incrementar la cooperación y colaboración entre las Instituciones, la Sociedad Civil y las empresas para contrarrestar el discurso de odio.*

Además la Comisión Europea estableció en 2016 un Grupo de Alto Nivel de lucha contra el racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia y suscribió con las Plataformas de internet un Código de Conducta, en mayo de 2016, para contribuir a dar respuesta a la lucha contra el discurso de odio online. Desde la Comisión Europea se ha valorado muy positivamente el trabajo en colaboración que se viene realizando en España con instrumentos como el Convenio mencionado.

En su reciente Comunicación al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones COM (2017) 555 final la Comisión Europea “establece una serie de normas y principios para las plataformas online con el objetivo de avanzar en la lucha contra los contenidos ilegales en cooperación con las autoridades nacionales, los Estados Miembros y otros actores relevantes”. En dicha Comunicación no se plantean por el momento cambios en el marco legal existente o establecer medidas coercitivas sino guiar a las plataformas online para que puedan cumplir con sus responsabilidades afrontando la retirada del contenido ilegal que albergan. Además se pretende normalizar las buenas prácticas que se han establecido en relación con diferentes contenidos ilegales en los procedimientos de cooperación entre las plataformas y autoridades competentes.

Se subraya también la necesidad de una aproximación europea para abordar los contenidos ilegales de las plataformas y la retirada rápida y efectiva de los mismos en prevención de delitos respetando el principio de libertad de expresión online. Estas indicaciones se complementan con el necesario dialogo en cada ámbito.

En España y a través del Grupo de Discurso de Odio del Convenio de Colaboración y Cooperación estamos trabajando en este sentido estableciendo un dialogo transparente con las plataformas más importantes estableciendo un inicio de reuniones técnicas con Google/YouTube, Facebook y Twitter.

Además se participa, a través de SGIE/ Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, Movimiento contra la Intolerancia (MCI), Fundación Secretariado Gitano (FSG) y Federación Española de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales (FELGTB) en los ejercicios de seguimiento del cumplimiento del Código de Conducta para contrarrestar el discurso de odio online, promovidos por la Comisión Europea.

En este sentido siguiendo la Comunicación de la Comisión y el impulso de la Comisión de seguimiento del Convenio, el Informe que aquí se presenta, financiado por la Secretaría General de Inmigración y Emigración, pretende ser un documento de trabajo y de referencia para establecer un acuerdo sobre algunos conceptos básicos que nos ayuden a profundizar en los objetivos que en esta materia contempla el Convenio de Colaboración y Cooperación.

Madrid, 20 de noviembre de 2017

Objeto del informe

Desde la última década del siglo pasado ha ido asentándose en nuestro ordenamiento jurídico-penal la idea consistente de que determinados delitos son “de odio”, a pesar de que ningún Título o Capítulo del Código Penal vigente menciona expresamente tal concepto. La popularización de las nociones “delitos de odio” o “crímenes de odio” proviene de ordenamientos anglosajones (eminentemente EE.UU., y en cualquier caso de *Common Law*: de tradición jurídico-penal ajena a la nuestra, de corte germánico/continental), donde se gestaron los conceptos de *hate speech*, *hate crime* o *bias crime* que, con mayor o menor fortuna, se han traducido y aplicado a determinadas conductas en España.

El debate doctrinal que los delitos de odio o el discurso de odio generan a nivel puramente jurídico (e.g., los límites entre la libertad de expresión y la sanción penal, la posibilidad de agravar la responsabilidad penal por las motivaciones del autor o el papel que puede jugar el Derecho Penal a efectos de proteger a determinados colectivos tradicionalmente discriminados) no resulta en absoluto desdeñable. Sin embargo, con carácter previo a dicho debate, ha surgido otro puramente conceptual. Un debate, reflejo del que ya existía en ordenamientos anglosajones, en el cual es preciso detenerse para centrar cualquier discusión que se quiera mantener en materia de “delitos de odio”.

Cuando una determinada conducta se tilda de “delito de odio”, normalmente se está haciendo referencia a un tipo penal agravado. Ahora bien, no es lo mismo considerar que un “delito de odio” sea “el delito cuya responsabilidad penal se agrava por el odio o el prejuicio penal del autor hacia determinada condición personal de su víctima, sea cual sea esta” o que sea “el delito cuya responsabilidad penal se agrava porque produce un efecto intimidatorio en el colectivo al cual pertenece la víctima por razón de una de sus concretas condiciones personales, con independencia de cuál fuera el móvil del autor”. Al emplear “delito de odio” para referirse a ambos supuestos, pueden estar confundiendo conceptos dispares, que a su vez pueden tener, uno y otro, un fundamento distinto y una distinta relación con las nociones de “discriminación” o “intolerancia” (a su vez, no necesariamente coincidentes). La deficiente delimitación terminológica que existe respecto del concepto “delitos de odio” se ve corroborada por las críticas de un importante sector doctrinal, que ha abogado por emplear otro concepto (“delitos de discriminación”, en lugar de “de odio”) para referirse a diversos tipos de la parte especial del Código Penal.

Si las anteriores dificultades de delimitación conceptual en torno a las nociones de “crímenes de odio”, “delitos de odio” y “delitos de discriminación” no fueran ya suficientemente problemáticas, se añaden otras. Igualmente ha proliferado en nuestro ordenamiento el uso del término “discurso de odio” para referirse a determinados delitos (paradigmáticamente, al tipificado por el artículo 510 CP), cuando lo cierto es que esta noción igualmente anglosajona (*hate speech*) no se refería en su origen a conductas necesariamente delictivas. Esto nos lleva a otra noción adicional cuyo empleo es cada vez más frecuente: el de “incidentes de odio o de discriminación”. Una suerte de “cajón de sastre”, en el cual entrarían conductas no delictivas (por ejemplo, infracciones administrativas), que sin embargo alguna relación conceptual parecen guardar con los “delitos de odio”.

Con el fin de centrar la discusión entre operadores jurídicos en el ámbito de los llamados delitos de odio y de mejorar el marco normativo en materia de prevención de conductas relacionadas con la discriminación y/o con la intolerancia, se antoja ya inevitable como punto de partida clarificar

conceptualmente a qué nos referimos cuando empleamos uno u otro de los precitados términos provenientes de la tradición jurídica anglosajona, que han sido sin embargo ya plenamente incorporados a nuestro ordenamiento. Aunque la utilidad de este informe sobre delimitación conceptual parece innegable, con carácter general, para la discusión existente en materia penal sobre los delitos de odio y para apoyar los trabajos del grupo de discurso de odio de la Comisión de Seguimiento del Convenio de colaboración interinstitucional en materia de racismo y xenofobia, se antoja también con carácter particular muy útil a fin de analizar si las plataformas implicadas están previniendo adecuadamente, de conformidad con los códigos de conducta que les sean de aplicación, la comisión de determinadas conductas discriminatorias que se materializan a través de Internet.

Resumen ejecutivo

1.1. El odio, en el sentido en que se emplea en los llamados delitos de odio (implicando una especial negación de la dignidad humana -artículo 10 CE-), no ha de ir necesariamente referido a la concurrencia biológica de esta emoción. Se emplea en el sentido clásico de “deseo de un mal, originado en un prejuicio o sesgo de intolerancia (*bias*) contra una determinada clase de personas y, en su caso, contra la concreta persona que comparte las características que generan ese deseo”.

1.2. La discriminación, respetando los términos del Convenio 111 de la OIT y de las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2002/73/CE, 2004/113/CE o 2006/54/CE, consiste en conferir un trato menos favorable a una persona que aquél que se confiere a personas en situación comparable, por razón de alguna condición personal. Desde esta óptica, podría entenderse que un delito de odio es muestra de discriminación en tanto que produce efectos discriminatorios.

1.3. La intolerancia, partiendo de una definición del Consejo de Europa, consiste en el rechazo a las personas que no comparten nuestras condiciones personales. Desde esta óptica, podría entenderse que un delito de odio es muestra de intolerancia en tanto que en la conducta del autor subyace un prejuicio generado por su intolerancia y por tanto su *móvil es discriminatorio*.

2.1. “Delito de odio” admite dos acepciones, dependiendo del modelo legislativo ideal al que quiera adscribirse el tipo penal en cuestión. Guardan en común el ser en todo caso conductas penalmente tipificadas por la Ley y habitualmente sancionadas de forma agravada (ya sea mediante una circunstancia agravante genérica, ya sea mediante el establecimiento de subtipos penales agravados).

2.2. En primer lugar, por “delito de odio” se entiende el delito cometido por el sujeto motivado por el prejuicio hacia un estereotipo representado por una condición personal de su víctima, sea cual sea esa concreta condición personal (por ejemplo, “raza”, ya sea blanca o negra). Este concepto de delito de odio se encuentra especialmente vinculado con las nociones de intolerancia y con el móvil discriminatorio o prejuicioso del autor.

2.3. Alternativamente, por “delito de odio” se entiende el delito cuya comisión, con independencia de la motivación real del autor, conlleve una carga ofensiva, humillante o intimidatoria hacia un colectivo social que haya sido tradicionalmente objeto de discriminación por razón de alguna de las concretas condiciones personales de la víctima (por ejemplo, “raza negra”, pero no “raza blanca”). Este concepto de delito de odio se encuentra especialmente vinculado con la protección de colectivos tradicionalmente discriminados y con la prohibición de la discriminación (de efectos objetivamente discriminatorios).

2.4. Aunque nuestro Código Penal no regula expresamente en ningún Título o Capítulo los “delitos de odio”, y desde luego no los define ni menciona como tal, se considera que lo son todos aquellos a los que sea de aplicación la circunstancia agravante genérica del artículo 22.4^ª CP y varios tipos penales de la Parte Especial.

3.1. Un delito de discurso de odio (*hate speech crime*), respetando la definición de la Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y la posterior de la ECRI, es todo aquel acto

de habla (i.e., manifestación expresivo-comunicativa) sancionado penalmente que pueda considerarse delito de odio.

3.2. Los delitos de discurso de odio consisten paradigmáticamente en delitos de peligro o de clima (que favorecen, por ejemplo, la comisión de otros delitos de odio que no consistan en discurso), en los que se sanciona la incitación al odio y a la violencia, como por ejemplo la conducta tipificada por el artículo 510 CP. Nada obsta, sin embargo, a que puedan considerarse delitos de discurso de odio otras conductas típicas consistentes en actos de habla, como un delito de injurias agravado por la vía del artículo 22.4ª CP.

3.3. El discurso de odio (*hate speech*) se refiere a actos de habla con un contenido expresivo-comunicativo del odio o prejuicio del autor hacia determinada persona por razón de una condición personal, o generan un efecto discriminatorio en un colectivo caracterizado por una condición personal.

3.4. Todo delito de discurso de odio es un delito de odio y es una manifestación del discurso de odio, pero no todo discurso de odio es delito de odio (ni delito de discurso de odio). Un discurso de odio no requiere estar sancionado penalmente para poder denominarse de esta manera.

4.1. Un crimen odioso (*heinous crime*) es aquel delito que objetivamente contraviene de forma grave los principios rectores de un Estado en un momento histórico determinado.

4.2. Se catalogan habitualmente como crímenes odiosos conductas típicas muy dispares, desde los delitos de terrorismo o de criminalidad organizada hasta los de explotación sexual y pornografía infantil, inmigración sexual o trata de seres humanos.

4.3. Los delitos de odio suelen considerarse igualmente crímenes odiosos, si bien el que una conducta se catalogue como delito de odio y como crimen odioso obedece a distintos criterios.

5.1. Los incidentes relacionados con los delitos de odio (“incidentes de odio”) son hechos que, pudiendo ser indiciariamente constitutivos de un delito de odio o de una infracción administrativa relacionada con un delito de odio, no son delito: ya sea porque no es constitutivo de infracción alguna, ya sea porque sólo es constitutivo de la infracción administrativa, ya sea porque todavía no se ha dictado sentencia condenatoria por la comisión del delito de odio en cuestión.

5.2. Un discurso de odio que no pueda catalogarse como delito de discurso de odio sí puede ser tildado de incidente de odio.

5.3. Atendiendo a las posibles acepciones de la palabra “crimen” en lengua castellana, no sería incoherente afirmar que los incidentes de odio pueden ser crímenes de odio, aunque no sean delitos de odio. Sin embargo, para evitar confusiones se antoja preferible seguir empleando “crimen de odio” como sinónimo de “delito de odio”, reservando para las conductas no constitutivas de delito “incidente de odio”.

6.1. La correcta clarificación conceptual de los términos que con mayor habitualidad figuran en los tipos penales que podríamos denominar “delitos de odio” y que se han venido denominando por doctrina y jurisprudencia “condiciones personales” (por guardar una especial relación con el núcleo de nuestra identidad personal) o “causas de discriminación” (por ser habitualmente algunas de esas

concretas condiciones las que producen efectos discriminatorios en colectivos tradicionalmente discriminados) exigiría un posicionamiento teórico que este informe no pretende. Se ofrecen en este informe algunas clarificaciones partiendo de lo que podrían significar esos términos si el tipo penal en cuestión se fundamentara en el principio de igualdad en todos sean cuales sean nuestras condiciones personales, y no en la protección de concretos colectivos tradicionalmente discriminados. La lista de términos analizados no es exhaustiva, decisión que aconsejan recientes novedades legislativas en el orden penal en las que ya se ha empleado una fórmula de cláusula abierta.

1. Introducción

El presente informe pretende establecer una serie de clarificaciones conceptuales básicas que puedan servir de guía, a futuro, para tratar y discutir la problemática propia de los llamados “delitos de odio”. No pretende en modo alguno este informe imponer una determinada interpretación dogmática sobre el alcance de tipos penales, sino simplemente clarificar conceptos a fin de poder mantener adecuadamente esa clase de debates teóricos. Como necesario punto de partida, comenzaremos analizando tres nociones nucleares (“odio”, “discriminación” e “intolerancia”) para la problemática que nos ocupa.

1.1. El “odio” como móvil del delito

En los últimos tiempos, importando el concepto de ordenamientos de *Common Law* (eminentemente, de EE.UU.), se ha popularizado en nuestro ordenamiento la noción de “crimen de odio” (traducción literal de *hate crime*) o “delito de odio”.¹ Puesto que el odio parece ser un elemento nuclear del concepto, parece conveniente comenzar con una aproximación al mismo en el contexto jurídico-penal, adelantando que esta referencia al odio no implica que tenga que ser necesariamente este impulso² el que guíe la conducta del autor para que podamos afirmar que nos hallamos ante uno de estos “crímenes”.

Define el Diccionario de la RAE³ el odio (del latín *odĭum*) como la “*antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea*”⁴. El deseo (del latín *desidiŭm*), por su parte, sería el “*movimiento afectivo hacia algo que se apetece*”. No es cuestión baladí señalar que “emoción” tiene su origen etimológico en el latín *emoveo*, que vendría a significar “sacudir” o “conmover”. Lo cual, nuevamente, indica *movimiento*⁵. Quiere esto decir que el odio, en tanto que deseo de un mal, es una emoción. Atendiendo a que varios de nuestros tipos penales que suelen vincularse con los delitos de odio (como la circunstancia agravante del artículo 22.4ª CP o el delito del artículo 510 CP) hablan de “motivos”, tampoco está de más señalar que un motivo (del latín tardío *motĭvus*, relativo al movimiento, como lo es el deseo) es la “*causa o razón que mueve para algo*”. Por último, discriminar (del latín *discrimināre*) sería “*dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.*”.

Así las cosas, si aceptamos que conferir un trato de esas características es un mal, que a su vez sería “*lo que se aparta de lo lícito* [como se aparta paradigmáticamente una conducta penalmente típica], quien desea que se confiera ese trato a una persona *odia* a esa persona. Las conductas de “odiar” y “discriminar” se encuentran así, apriorísticamente, claramente relacionadas. Y como el deseo es movimiento, y el movimiento

¹ Con carácter general, *vid. passim* DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, 2013, incluyendo las referencias bibliográficas que allí se citan.

² Bien podríamos estar ante uno de estos “crímenes de odio” aunque fuera, por ejemplo, “asco” la emoción que “biológicamente” estuviera motivando la conducta del autor.

³ Las distintas definiciones están extraídas del Diccionario de la RAE, 23ª Edición.

⁴ En este sentido, como señalaba ORTEGA Y GASSET, *Estudios sobre el amor*, 2009, p. 65: “Odiar a alguien es sentir irritación por su simple existencia. Sólo satisfaría su radical desaparición. [...] Odiar es anulación y asesinato virtual –pero no un asesinato que se ejecuta una vez, sino que estar odiando es estar sin descanso asesinando, borrando de la existencia al ser que odiamos”.

⁵ Así, la expresión *emota mens*, *vid.* PALOMO DEL ARCO, “Los estados pasionales”, DEL RÍO FERNÁNDEZ (dir.), *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, 1995, p. 167.

es motivo, quien actúa por motivos discriminatorios estaría rigiendo su actuación por esta emoción universal, tradicionalmente tildada de “emoción negativa”⁶. En lo que respecta a la interpretación de lo que es el odio, ciertamente, a lo largo de la Historia se han producido diversas transmutaciones de su esencial acepción⁷. Sin embargo, incluso entonces orbitaban en torno a la acepción del odio las nociones de discriminación y prejuicio.

Hoy en día, por el contrario, el concepto ha ido haciéndose más y más vago en el lenguaje común. Por ejemplo: no es extraño escuchar que un alumno “odie” a su maestro porque le ha suspendido, cuando quizás no le desea ningún mal al maestro en concreto ni a los docentes en general. Puede que sea ira la emoción que con “odio” pretende expresar, y que lo que desee sea no volver a tener a ese profesor nunca más, sin necesidad de albergar en su apetito que le suceda alguna desgracia. Consciente del riesgo de confundir la ira con el odio (*misos*), ya establecía Aristóteles ciertas pautas de diferenciación⁸:

“la ira se ceba siempre en lo individual, como Calías o Sócrates, el odio en cambio comprende también las cosas genéricas, ya que todo el mundo odia al ladrón y al calumniador. Y aquella admite, con el tiempo, curación; este, en cambio, no es curable. Y la una conlleva tendencia a causar tristeza, mientras el otro tiende a causar daño [...] Y la una lleva consigo tristeza, el otro en cambio no; porque el que está enojado está triste, y el que odia, no. Y el uno se movería a compasión si al otro le ocurrieran muchas circunstancias, y este en cambio no se compadecería ante ninguna cosa; ya que el uno quiere que aquél contra quien está enojado, pague a su vez, mientras que el otro no quiere que exista aquél a quien odia.”

Es decir: para odiar no es necesario que el objeto de nuestra emoción sea un sujeto concreto, sino que basta con que sea “una determinada clase de persona”. Una persona cuya “clase” se determina con base en prejuicios hacia una condición personal que comparte con otras. Se odia la condición personal que

⁶ En este sentido, la conocida reflexión de LUTHER KING JR. expuesta en su sermón, de 1957, *Strength to Love*, acerca de cómo el odio basado en la intolerancia envilece al ser humano: “*Like an unchecked cancer, hate corrodes the personality and eats away its vital unity. Hate destroys a man's sense of values and his objectivity.*” No obstante, como señalara SARTRE, *L'Être et le néant. Essai d'ontologie phénoménologique*, 1976, *passim* y p. 463; quizás sería más adecuado decir que esta emoción es una frustrante tentativa frustrada: desear un mal último (la destrucción de alguien) nos conmina necesariamente a la desesperación. Supongamos que la destrucción del ser odiado fuera el “triumfo” del odio: puede que un genocidio motivado por odio basado en la intolerancia lograra la destrucción de toda una raza. Pero ello no borraría el hecho de que esa raza hubiera existido (es necesario el reconocimiento del otro para poder odiarle y eventualmente destruirle), por lo que el odio sería un deseo insaciable a pesar de que se consumara el mal que lo mueve.

⁷ Valga la pena señalar que, en la Edad Media, el pecado capital de la envidia vio evolucionar su propio significado, de forma que “con el paso del tiempo y el cambio en las condiciones sociales, la envidia se hizo más radical y se asoció al odio” (ASENJO GONZÁLEZ, “Integración y exclusión. Vicios y pecados en la convivencia urbana”, CARRASCO MANCHADO/RÁBADE OBRADÓ, *Pecar en la Edad Media*, 2008, p. 192). Ello se explica en buena medida dado que lo que se considera odio es, en muchas ocasiones, una emoción compleja, que al deseo de un mal en sí puede sumar la concurrencia de alguna otra emoción, como pudiera ser la envidia.

⁸ ARISTÓTELES, *Retórica*, 2.4, 1382 a.

“categoriza” a ese individuo. De ahí que se llegue a odiar también al individuo mismo, en tanto que perteneciente a esa categoría odiada.

Curiosamente, frente a la popularización del uso indebido de este término para designar emociones dispares, en los últimos tiempos y en paralelo, también se ha ido reconduciendo su significado a la acepción originaria de la tradición helénica⁹. En efecto, a partir de la década de 1980, ante el incremento y la mayor atención mediática en ordenamientos anglosajones hacia determinadas conductas delictivas, se constató que los autores de las mismas actuaban guiados por el odio que sentían hacia sus víctimas. Pero no era ya un odio en el sentido genérico del lenguaje común, sino que recuperaba su acepción originaria. Se denominaron así esas conductas “crímenes de odio”, no sólo porque el autor sintiera un fuerte rechazo hacia su víctima, sino porque su emoción se había generado por la existencia de un prejuicio, y consistía su delito en la concreción del deseo de un mal debido a una característica de su víctima. El empleo que de “odio” se efectúa en estos crímenes de odio, como puede apreciarse, va estrechamente ligado al de prejuicio y discriminación, suponiendo esas conductas la concreción del “deseo de un mal”.¹⁰

Cerrando el anterior paréntesis relativo a estos “crímenes de odio”, retomemos la intuitivamente aparente relación genérica entre odio y delito. Partiendo de la kantiana distinción entre emociones asténicas y esténicas, acogida sin ambages durante el siglo XX por nuestra doctrina científica, el odio se encontraría entre las segundas: se trataría de una emoción que produce un aumento de fuerzas¹¹. Por ello, tradicionalmente se entendió apta para motivar la comisión de delitos que de tal fuerza requieren, como pudieran ser los violentos. No cabe duda de que en incontables ocasiones se invocará esta emoción como el *Leitmotiv* que pone en marcha el motor de la actividad delictiva en más de un individuo, y que inspira la conducta del mismo hasta la consumación del tipo penal de que se trate. Especialmente, si nos referimos a uno de los llamados “crímenes pasionales”¹². No en vano, como ya señalara Beccaria, esta emoción “es la causa por la que las ofensas originan otras, pues el odio es un movimiento tanto más duradero que el amor, cuanto el primero toma su fuerza de la continuación de los actos que debilitan al segundo”¹³.

Quizás es menos común que se mencione el término “odio” en nuestra legislación penal o en la práctica forense. El uso de este término a nivel legislativo ha sido incluso objeto de críticas, por tratarse de un

⁹ Sobre la relación entre el concepto de “odio” aristotélico y el que se emplea al hablar de los *hate crimes*, vid. KONSTAN, *The emotions of the Ancient Greeks. Studies in Aristotle and Greek literature*, 2006, pp. 185-200.

¹⁰ Sobre esta evolución del empleo del término “odio” y sus interrelaciones con los conceptos de prejuicio y discriminación, vid. LEVIN/NOLAN, *The Violence of Hate: Confronting Racism, Anti-Semitism, and Other Forms of Bigotry*, 2010, *passim*, 224 pp.

¹¹ PALOMO DEL ARCO, “Los estados pasionales”... *op. cit.*, p. 168 y ss.

¹² Ya la decimonónica ciencia criminológica española planteaba que era ésta una de las emociones imperantes en este tipo de crímenes: “... los crímenes mal llamados pasionales (motivados por celos, odio, perspectiva de deshonor, etc.)”, vid. ANDRADE, *Estudio de Antropología Criminal Espiritualista*, 1899, p. 80.

¹³ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*. Señalaba el autor en la edición príncipe de 1764, p. 95: “Questa è la cagione, per cui le offese ne fanno nascere delle nuove, che l'odio è un sentimento tanto più durevole dell'amore, quanto il primo prende la sua forza dalla continuazione degli atti, che indebolisce il secondo”. La traducción anteriormente transcrita es la de Juan Antonio DE LAS CASAS, de 1774.

concepto un tanto indeterminado que se prestaría a la “imaginación jurisprudencial”¹⁴. Para lo que aquí nos ocupa y con base en lo expuesto, parece posible pese a todo establecer un mínimo consenso conceptual, especialmente si vinculamos la noción aristotélica con otros dos conceptos que a continuación esbozaremos.

1.2. “Discriminación” e “intolerancia”.

En el enfoque político-criminal relativo a los “delitos de odio” subyace la idea de “lucha contra la discriminación”. Ahora bien, cómo deba interpretarse en el contexto jurídico penal la noción de “discriminación” es objeto de un intenso debate doctrinal, especialmente teniendo en cuenta que varios tipos penales que podríamos clasificar como “delitos de odio” no nos hablan sin más de “discriminación”, sino de “motivos discriminatorios”.

No es el objeto del presente solventar esos debates doctrinales, por lo que nos limitaremos a exponer sus términos señalando que la “discriminación”, conforme a la definición del Convenio 111 de la OIT¹⁵ sería “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato”. Ahora bien, esa definición propia del ámbito jurídico-laboral nos da la respuesta a la pregunta “¿cuándo produce un trato un efecto discriminatorio?”. No así a “¿qué es un motivo discriminatorio?”.

Partiendo de la definición de la OIT, para que pueda hablarse de que un sujeto es discriminado, es preciso que pertenezca a un colectivo que esté sometido a discriminación. Desde esta perspectiva, ya en el contexto jurídico-penal, se ha indicado: “cuando la Constitución o el Código penal se refieren a la raza, el sexo o la etnia, están dirigiendo su tutela, por ejemplo, a las personas de raza negra, a las mujeres o a los gitanos y no así a los blancos, a los hombres o a los “payos””. La determinación de cuándo existe discriminación, conforme a esta postura, dependería de quién sea el “destinatario del trato”, de forma que el Código penal tutelaría sólo a determinadas minorías¹⁶. Pero la redacción típica de muchos delitos que podríamos catalogar como “de odio” nos habla de discriminación referida a motivaciones: motivos discriminatorios, odio discriminatorio. Y, desde luego, el contexto social real es irrelevante a efectos de que en la psique del autor

¹⁴ Memoria de la FGE del año 2009, p. 1054: “se presta a no pocos problemas la interpretación de los términos «odio», «violencia» y «discriminación» siendo deseable la utilización de términos menos indeterminados y que no se presten a la imaginación jurisprudencial.” No obstante, no puede negarse que las referencias a sentimientos como el odio en los tipos penales vienen siendo defendidas “por la doctrina en la medida en que conceden al juzgador un amplio margen de arbitrio y posibilitan la realización de la justicia material del caso concreto” (ALONSO ÁLAMO, “Sentimientos y Derecho Penal”, CPC, 2012, pp. 49-50). La crítica o la defensa del empleo de estos términos vendrá determinada por la confianza que se deposite en el potencial acierto de la interpretación judicial.

¹⁵ Considerada “una de las más avanzadas definiciones de lo que sea la discriminación, que ha estado en la base (no siempre explícita), de la elaborada en otros contextos internacionales”, vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “La prohibición de discriminación”, en M. E. CASAS BAAMONDE / M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, 2009, p. 292.

¹⁶ LAURENZO COPELLO, “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, JPD, 1999, cit. p. 19.

se genere el deseo de conferir un trato desigual e injusto (discriminar) a otro por razón de una condición personal. Por eso, los motivos discriminatorios también pueden proyectarse hacia un hombre blanco heterosexual.

Como puede apreciarse, el debate acerca de qué debemos interpretar por discriminación en el contexto de los “delitos de odio” no es únicamente conceptual.

En primer lugar, desde un determinado entendimiento de lo que debe interpretarse por “discriminación”, los delitos de odio estarían relacionados con la llamada “acción positiva”. La lógica subyacente a esas medidas consiste en que, con el fin de garantizar la igualdad de oportunidades, se confiere un trato diferente (más beneficioso) a determinados colectivos, que normalmente han sido víctimas históricas de discriminación. Estas medidas serían *“apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen”*¹⁷ esos colectivos. Así, para corregir esas desventajas del *“grupo víctima de tratos discriminatorios”*, *“la interdicción de la discriminación implica también, en conexión además con el art. 9.2 CE [...] el establecimiento de un «derecho desigual igualatorio», es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación”*¹⁸. De ahí que estas medidas, al implicar ese trato “desigual”, hayan sido también denominadas de “discriminación positiva”. No obstante, no sería verdadera “discriminación”: sería un trato diferente amparado por el artículo 14 CE. En este sentido, conviene recordar que pretendida instrumentalización del Derecho penal como cauce para medidas de acción positiva es sumamente polémica, como detalladamente expresó la muy conocida STC nº 58/2008, de 14 de mayo:

“El origen histórico de la «acción positiva» suele situarse en el Derecho de los Estados Unidos de América, si bien se ha extendido a otros países, y se ha proyectado incluso en el ordenamiento comunitario europeo (art. 141.4 del Tratado de la Comunidad Europea, cuyo contenido reiteran la Directiva 2002/73/CE y la Propuesta de Directiva 2004/0084). También se invocan algunos pronunciamientos de este Tribunal (SSTC 3/1993, de 14 de enero; 229/1992, de 14 de marzo; 28/1992, de 9 de marzo), en los que se hace eco de la legitimidad de estas políticas en relación con supuestas discriminaciones por razón de sexo. Particularmente, la ya citada STC 28/1992, de 9 de marzo, donde se distingue entre «normas protectoras», que responden a una consideración no igual de la mujer como trabajadora, constitucionalmente ilegítimas; y normas que podrían denominarse «promotoras», esto es, las que contienen medidas tendentes a compensar una desigualdad de partida y que tratan de lograr una igualdad efectiva de acceso y de mantenimiento en el empleo de la mujer en relación con el varón. Finalmente, se constata una limitada recepción de la doctrina de la acción positiva, que no puede atribuirse a la historia política española, ya que también en el ordenamiento europeo se han expresado reservas en relación con estas medidas, tal como demuestra la STJCE de 17 de octubre de 1995 (caso Kalanke). Asimismo, en el país pionero en su adopción ha surgido un movimiento «revisionista» que advierte de su efecto perverso en cuanto puede contribuir a generar una nueva discriminación fundada en la sospecha de falta de verdadera

¹⁷ Así definidas las medidas de acción positiva en el artículo 8 de la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

¹⁸ En este sentido, la STC N° 229/1992, Sala 1ª, de 14 de diciembre.

capacidad o mérito profesional o académico de sus actuales o potenciales beneficiarios. [...] las medidas penales como la cuestionada, que endurecen la respuesta punitiva en atención a la diferenciación sexual de los sujetos del delito, no tendrían el carácter de «acciones positivas». Para sostener esta afirmación se reproducen las consideraciones del Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la que es ahora Ley Orgánica 1/2004, donde se rechaza la procedencia de la adopción de medidas de acción positiva en ámbitos, como el penal o el orgánico judicial, en los que no exista un desequilibrio previo y no exista escasez de los bienes a los que accede la mujer. Según el órgano promotor, no se alcanza a comprender cómo favorece la igualdad de oportunidades para la mujer, en la línea señalada por el Tribunal Constitucional (STC 229/1992), el castigo más severo de conductas como la enjuiciada cuando son cometidas por un hombre. Aún más incomprensible resulta esa hipótesis si se tiene en cuenta la insistencia del intérprete constitucional en la idea de eliminación de trabas para la mujer, más como agente de su realización personal que como sujeto protegido, lo que significa un superior respeto a la dignidad de la mujer como persona capaz de regir sus propios destinos en igualdad de condiciones, una vez eliminados esos obstáculos de acceso, a través de una política de promoción, que no de protección. Tampoco sería de recibo la caracterización de esta tipificación como una fórmula de «reparación o compensación» colectivas por pretéritas discriminaciones sufridas por las mujeres como grupo social, pues se traduciría en la imputación a cada acusado varón de una responsabilidad también colectiva, como «representante o heredero del grupo opresor», lo que chocaría frontalmente con el principio de culpabilidad que rige el Derecho Penal. Se cuestiona, por tanto, la introducción de medidas positivas en un ámbito como el penal, ajeno a aquellos en que se ha venido desarrollando la acción positiva, como el laboral, educativo o de representación política, y se pone en duda la legitimidad que, con tan errada etiqueta, se pretende revestir a estas medidas penales, insólitas en el Derecho comparado, dado que sólo se contemplan, en el ámbito europeo, en las legislaciones de España y Suecia.”

En otras palabras: aunque se admita una diferencia de trato penal, no se hace para lograr una mayor igualdad entre hombre y mujer, sino por el mayor desvalor de la conducta de aquél. Dejando al margen la crítica de esta solución, lo que parece evidente es que el Tribunal Constitucional admite que la acción positiva no puede fundamentar una agravación penal.

Desde una segunda perspectiva, otra postura acerca de lo que debe interpretarse por “discriminación” en este contexto partiría de que relación entre los delitos de odio y la vertiente negativa del artículo 14 CE no es la “prohibición tajante de todo acto o medida perjudicial para un miembro del colectivo discriminado que tenga por fundamento alguna de las características de identidad que distinguen al grupo y lo sitúan en una situación de subordinación social”. Tampoco tendrían estos “delitos de odio” “la finalidad de conceder una protección reforzada a los miembros de colectivos socialmente minusvalorados con el fin de garantizarles que sus caracteres de identidad no serán un obstáculo para el goce efectivo de las libertades y derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”¹⁹. Esa noción de discriminación, como señala el artículo 23 LOEX (indicando, además, que se trata de una definición únicamente válida en el ámbito que esa ley regula) se

¹⁹ En este sentido, LAURENZO COPELLO, “Discriminación por razón de sexo y Derecho Penal”, CERVILLA/FUENTES (coords.) *Mujer, Violencia y Derecho*, 2006, p. 83.

refiere a lo que “conlleve” el acto (sus efectos), no a lo que lo *motive*²⁰, que es a lo que se suele referir la tipificación de los delitos de odio. La histórica situación de subordinación social de un colectivo sería irrelevante desde esta perspectiva para considerar “discriminatorio” un delito de odio, ya que su fundamento se encuentra en la motivación del autor: el odio discriminatorio hacia unas características de identidad. La idea de discriminación (como en “motivos *discriminatorios*”) guardaría más relación con la que manejaba la superada jurisprudencia del TC sobre el “varón discriminado”²¹. Esto es, sucintamente, que las condiciones enumeradas por el artículo 14 CE son “factores prohibidos de diferenciación que [juegan] por igual sobre todo sujeto en el que recayera, sin tener en cuenta su condición social y su situación de preterición y minusvaloración”²². Esta doctrina fue superada²³ en lo que a la consideración de “efectos discriminatorios” (en el ámbito laboral) se refiere. Pero aquí, nos encontraríamos ante una referencia a la discriminación aplicada a los *motivos*, en el orden penal. Y en este ámbito, sería posible conferir un papel *bidireccional* a la noción de *discriminación* (no sólo a la que padece el grupo tradicionalmente discriminado).²⁴ Desde esta perspectiva, sería “discriminatorio” (por la motivación discriminatoria del autor) un delito cometido por un sujeto perteneciente a una minoría tradicionalmente discriminada contra, por ejemplo, una víctima hombre, blanco y heterosexual.

Parece evidente que la definición de lo que deba entenderse por “discriminación” resulta sumamente compleja en el ámbito de los delitos de odio. Si lo anterior no fuera suficiente, nos encontramos con otro concepto, el de “intolerancia”, que igualmente suele traerse a colación en estas discusiones. Un concepto que en ocasiones se emplea como aparente redundancia de “discriminación” (así: “los delitos de odio son muestra de discriminación e intolerancia”). No es éste un problema conceptual nuevo: por ejemplo, ya la Declaración de la Asamblea General de la ONU de 25 de noviembre de 1981, sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, definía “intolerancia” y “discriminación” en su artículo 2.1 como un todo indisoluble. La confusión conceptual entre ambas nociones tiene fiel reflejo a nivel jurisprudencial, en el que se superponen en tanto que aparentes sinónimos que

²⁰ Artículo 23.1 LOEX: “A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural.”

²¹ Por todas, STC Nº 81/1982, de 21 de diciembre.

²² Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “La prohibición de discriminación”, CASAS BAAMONDE/RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, 2009, pp. 292-294.

²³ Vid., como punto de inflexión, SSTC nº 128/1987, de 16 de julio y nº 145/1991, de 1 de julio.

²⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, “Desigualdades penales y violencia de género”, *AFDUAM*, 2010, p. 77, nota 47: “incluso se ha considerado elemento constitutivo de la discriminación su carácter «unidireccional», del grupo dominante al marginado –así, Lorenzo Copello, *La violencia de género... (como en nota 11)*, p. 12, con referencias adicionales–. La cuestión es polémica, y hay quien admite la bidireccionalidad –así, Larrauri Pijoan, *Igualdad y violencia de género (como en nota 11)*, p. 7, que da cuenta de la violencia entre personas del mismo grupo marginado, por ejemplo de policías negros a detenidos también negros, y lo explica sobre la base de que «una sociedad estructurada jerárquicamente en torno a la variable raza produce efectos independientemente de cuál sea la raza del autor», cit. p. 7.”

justifican la intervención del *Ius Puniendi* estatal. Entre otras muchas, bastará con remitirse a la STC del Pleno, Nº 177/2015, de 22 de julio:

“Otro límite [a la libertad de expresión] generalmente aceptado remite al «discurso del odio», presente en los mensajes que incitan a la discriminación y a la exclusión –cuando no a la agresión o la eliminación– de determinados colectivos por razón de sus características étnico-culturales, religiosas, origen nacional, sexo u orientación sexual, o factores análogos de vulnerabilidad. Así considerado, el llamado «discurso del odio», es un exponente histórico del reverso de la democracia, o del peligro de su quiebra. [...] la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁵ ha afirmado que «[l]a tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia» (STEDH de 16 de julio de 2009, caso Féret c. Bélgica, § 64)”.

Como puede apreciarse, pudiera parecer que intolerancia y discriminación operan como sinónimos (i.e., que lo opuesto de la discriminación sería la tolerancia). Intuitivamente, parece empero que un mejor antónimo de discriminación sería “equiparación”: que “tolerar” no es lo mismo que “igualar”.²⁶ De hecho, definiciones de “tolerancia” como la obrante en la Declaración de Principios sobre la Intolerancia de la UNESCO, de 16 de noviembre de 1995, dotan a la “tolerancia” de un contenido propio y no equivalente al de “no discriminación”.²⁷

En definitiva, parece claro que discriminación e intolerancia no son sinónimos, y al mismo tiempo que dada su intrínseca relación conceptual no es pacífica la distinción entre ambas. A los efectos que nos ocupan, pueden resultar de utilidad unas definiciones elaboradas Consejo de Europa²⁸:

“La intolerancia es una falta de respeto a las prácticas o creencias distintas de la propia. También implica el rechazo de las personas a quienes consideramos diferentes, por ejemplo los miembros de un grupo social o étnico distinto al nuestro, o las personas que son diferentes en su orientación política o sexual. La intolerancia puede manifestarse en una amplia gama de acciones a través de discursos de odio, causar lesiones físicas o incluso el asesinato.

Discriminación se produce cuando las personas reciben un trato menos favorable que el dispensado a las demás que se encuentran en una situación comparable solo porque forman parte, o se considera que pertenecen, a un determinado grupo o categoría de personas. Las personas pueden ser discriminadas debido a su edad, discapacidad, etnia, origen, creencias, raza, religión, sexo o género,

²⁵ Sobre la relevancia de la dignidad (artículo 10 CE) a estos efectos conforme a la propia jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, vid. PASCUAL LAGUNAS, *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2009, *passim* y pp. 159 ss.

²⁶ Sobre interacciones entre ambos conceptos según la acepción que se admita de “tolerancia”, vid. HABERMAS, “Intolerance and discrimination”, *I. CON*, Vol. 1, Nº 1, 2003, pp. 2-12.

²⁷ Vid. artículo 1. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13175&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

²⁸ Extraídas del *Manual de Educación en los Derechos Humanos con Jóvenes*, disponible en: <http://www.coe.int/es/web/compass/discrimination-and-intolerance>.

orientación sexual, idioma, cultura y por muchos otros factores. La discriminación, que a menudo es el resultado de los prejuicios que tienen las personas, hace que la gente se sienta impotente, impide que se conviertan en ciudadanos activos y que participen en el desarrollo de sus habilidades y, en muchos casos, de acceder al trabajo, a los servicios de salud, educación o vivienda.”

Parece pues que la intolerancia va más referida a las creencias del sujeto acerca de las condiciones personales que no comparte (a lo que antes nos referíamos al hablar de “motivos discriminatorios”). Esas creencias podrán, en su caso, exteriorizarse a través de un móvil (en tanto que razón para la acción del sujeto), concretándose en un delito de odio (así, el “odio discriminatorio” al que nos remitiría la mención a la discriminación en el artículo 22.4^a CP vendría a ser un odio basado en la intolerancia). La discriminación, por su parte, guarda más bien relación con el hecho de conferir un trato desigual a quien debe ser tratado de igual manera, por razón de una de sus condiciones personales: el delito de odio, en tanto que trato desfavorable para un sujeto por razón de una de esas condiciones personales, podría ser en sí mismo considerado un efecto discriminatorio de la conducta del autor.

Clarificaciones conceptuales. Apartado 1.

- + El odio, en el sentido en que se emplea en los llamados delitos de odio (implicando una especial negación de la dignidad humana -artículo 10 CE-), no ha de ir necesariamente referido a la concurrencia biológica de esta emoción. Se emplea en el sentido clásico de “deseo de un mal, originado en un prejuicio o sesgo de intolerancia (*bias*), contra una determinada clase de personas y, en su caso, contra la concreta persona que comparte las características que generan ese deseo”.
- + La discriminación, respetando los términos del Convenio 111 de la OIT y de las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2002/73/CE, 2004/113/CE o 2006/54/CE, consiste en conferir un trato menos favorable a una persona que aquél que se confiere a personas en situación comparable, por razón de alguna condición personal. Desde esta óptica, podría entenderse que un delito de odio es muestra de discriminación en tanto que produce efectos discriminatorios.
- + La intolerancia, partiendo de una definición del Consejo de Europa, consiste en el rechazo a las personas que no comparten nuestras condiciones personales. Desde esta óptica, podría entenderse que un delito de odio es muestra de intolerancia en tanto que en la conducta del autor subyace un prejuicio generado por su intolerancia y por tanto su *móvil* es *discriminatorio*.

2. Delitos de odio

La propia definición de “delitos de odio” ofrecida por el Diccionario de la RAJYL²⁹ nos muestra el problema conceptual que existe en esta materia, ya que por “delito de odio” en realidad podemos estar refiriéndonos a dos clases de conductas diferenciadas y no necesariamente coincidentes:

“Conjunto de delitos que admiten varias acepciones. En primer lugar, tal denominación se refiere a aquellos delitos agravados por haber sido cometidos con una determinada motivación o móvil, consistente en el odio o prejuicio del autor hacia un estereotipo caracterizado por una condición personal, real o sólo por él percibida, de su víctima (etnia, sexo, creencias, etc.). Alternativamente, también puede referirse este concepto a aquellos delitos cuya comisión, con independencia de la motivación real del autor, conlleve una carga ofensiva, humillante o intimidatoria hacia un colectivo social que haya sido tradicionalmente objeto de discriminación por razón de alguna de dichas condiciones personales. Pueden incluirse entre estos delitos o crímenes de odio todos aquellos a los que fuera de aplicación la circunstancia agravante genérica de motivos discriminatorios, así como diversos tipos de la parte especial del Código, paradigmáticamente los relativos al llamado “discurso del odio” (entre los que se encuentra el delito de incitación al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél del art. 510 CP).”

Como tendremos ocasión de confirmar en este epígrafe, esta doble definición obedece a la génesis de la legislación estadounidense sobre esta clase de delitos, y se encuentra en la base de un debate de notable incidencia (tanto en los ordenamientos anglosajones, donde se discute si sería preferible denominar a esta clase de delitos “*bias crimes*” o “*hate crimes*”, como en España, donde igualmente existen voces que prefieren “delitos de discriminación” a “delitos de odio”).

2.1. Prejuicios y estereotipos: *bias crimes*.

La traducción literal de *bias* sería sesgo o prejuicio³⁰, por lo que los *bias crimes* –concepto que en ordenamientos anglosajones se emplea como sinónimo de *hate crime*– vendrían a ser los “crímenes prejuiciosos”. Esto es, los que comete el autor guiado por un determinado prejuicio (por ejemplo, hacia quienes tienen una determinada orientación sexual o pertenecen a una etnia distinta a la suya). Sin embargo, el concepto de prejuicio no abarca de forma suficiente el significado de los *bias crimes*, al no bastar cualquier clase de “prejuicio” genéricamente entendido³¹. Lo cierto es que nos encontramos, a la hora de analizar el concepto de *bias crime* confrontado al de *hate crime*, ante una aparente cuestión de mero “etiquetado”. De

²⁹ Diccionario Jurídico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2016, p. 357.

³⁰ En el lenguaje jurídico anglosajón, se emplea con habitualidad el término *bias* en este sentido, si bien algo matizado en algunas ocasiones. Así, por ejemplo, al referirse al llamado *advocate's bias*, el “prejuicio” (más bien, la “parcialidad”) que tiene el abogado al llevar un asunto, lo cual dificultaría que pudiera analizarlo de forma desapasionada. Vid. GARNER (ed.), *Black's Law Dictionary*, 2009, p. 183.

³¹ Es decir, entendido como opinión apresurada acerca de algo que se conoce mal (“juzgar las cosas antes de tiempo”). Este prejuicio genérico no es el que específicamente, a efectos de los crímenes de odio, nos interesa.

forma significativa, reproduciremos una definición de *bias crime* elaborada por el FBI, que goza de cierta popularidad a nivel doctrinal anglosajón³²:

“Una infracción penal cometida contra una persona o propiedad³³ que está motivada, total o parcialmente, por el prejuicio [bias] del autor contra una raza, religión, discapacidad, orientación sexual, u origen étnico/nacional; también conocidos como Crímenes de Odio [hate crimes]”.

En Europa, se ha asimilado esta misma fórmula (motivación prejuiciosa, más comisión de un delito, igual a crimen de odio). Así, señala la OSCE:

“La motivación prejuiciosa hace referencia a las ocasiones en las que la motivación de un infractor está motivada, en todo o en parte, por su prejuicio. Un prejuicio se define aquí como una opinión o actitud prefigurada negativa hacia una o varias personas basada en su identificación real o supuesta con un grupo. Si una víctima de un delito es seleccionada de manera intencionada sobre la base de esta motivación, podemos decir que se ha cometido un delito de odio.”³⁴

Detengámonos nuevamente en la noción de *bias*. Siguiendo con la lógica conceptual del FBI, sería:

“Una anticipada opinión o actitud negativa hacia un grupo de personas basándose en su raza, religión, discapacidad, orientación sexual, u origen étnico/nacional”³⁵.

Es decir: un prejuicio, en la ya consolidada acepción de Allport³⁶. Sin embargo, el *quid* de la cuestión radica en la naturaleza del prejuicio: ¿puede ser delictivo un prejuicio? Si el prejuicio es un mero pensamiento no exteriorizado, no hay hecho, *ergo* no puede ejercer un Estado liberal-democrático su Derecho penal *del hecho*: el pensamiento no delinque, ni “paga aduanas” (*Gedanken sind Zollfrei*). Ello no significa que el prejuicio no genere suspicacias en el ámbito penal. Es más, conviene resaltar que el prejuicio suele ser tildado de actitud *negativa*. Desde el prisma de la psicología social, una actitud sería “una asociación objeto-

³² Vid. McDEVITT *et al.*, “Improving the quality and Accuracy of bias crime statistics nationally”, PERRY (ed.), *Hate and Bias crime. A reader*, 2003, p. 77.

³³ Destacaremos el hecho de que la definición del FBI reduzca el ámbito de los *bias crimes* a los delitos contra las personas y la propiedad, restricción que estaba presente en la redacción conferida por nuestro Legislador a la agravante en su versión inicial (artículo 10.17 Antiguo CP).

³⁴ Vid. el análisis de las estadísticas remitidas a la OSCE por los Estados miembro en IBARRA/STROHAL *et al.*, *La lucha contra los Delitos de Odio en la región OSCE*, 2005, p. 21.

³⁵ Definiciones – de traducción propia - de *bias* y *bias crimes* extraídas de *Hate Crime Data Collection Guidelines*, 1999, disponible en <http://www.fbi.gov>. Es preciso señalar que, tras la promulgación el 23 de Octubre de 1990 de la *Hate Crime Statistic Act*, el FBI ha venido realizando estudios estadísticos anuales sobre los crímenes de odio (tipo de víctimas, etc.). Su documentación e informes pueden consultarse en <http://www2.fbi.gov/ucr/hc2009/abouthcs.html>.

³⁶ El concepto de prejuicio (*prejudice*), sufrió un importante vuelco tras esta clásica obra (vid. ALLPORT, *The Nature of Prejudice*, 1954, *passim*, 537 pp.). Así, pasó a referirse no sólo al hecho de llegar precipitadamente a conclusiones o dogmas sin el preceptivo razonamiento previo, sino también a que partiendo de razonamientos erróneos se estereotipe a sujetos atribuyéndoles determinadas características (“los judíos son avariciosos”, etc.). Este autor fue quien apuntó la interrelación existente entre el prejuicio (empleando ya su actual sentido como *bias*) y la discriminación, que sería de causa/efecto. Esta noción de prejuicio, en tanto que origen de formas de discriminación, es la que asume la doctrina anglosajona al emplear el término en los *bias crimes*.

evaluación en la memoria", que "orienta siempre a la persona hacia el objeto al que hace referencia" y "connota ese objeto de forma positiva o negativa", aunque pueda llegar a ser modificada³⁷. El debate surge a la hora de determinar qué elementos influyen en la génesis de la actitud. Puede hacerse hincapié en el componente afectivo/emocional (como el odio), o en el componente cognitivo (las creencias "prejuiciosas", como lo son las racistas), admitir que son ambos los que la configuran, etc. El hecho de que el elemento afectivo esté presente en la actitud (y consecuentemente, en la conducta) muestra la clara vinculación entre las emociones y el prejuicio. Así, si admitimos que es la creencia lo que determina una actitud, puede que una emoción (como pudiera ser el odio) provenga de un prejuicio³⁸. En cualquier caso, el prejuicio no es una realidad que pueda constatarse. Un sujeto puede tener un prejuicio y no saberlo nadie más, mientras no se exteriorice de alguna manera. Por eso, parece que con *bias crime* se pretende transmitir la existencia de algo más que el prejuicio en sí. Existe un factor adicional en la ecuación, puesto que si se habla de que un delito es "prejuicioso", significa que ha podido constatarse que el prejuicio existía: el prejuicio se ha materializado *ad extra*, como factor explicativo de la comisión de la conducta delictiva.

En efecto, en el caso de los crímenes de odio, el prejuicio se materializa en una conducta, que es lo que en esta clase de crímenes se llega a sancionar. Obviamente, el prejuicio, como todas las actitudes, sólo es inferible: no se trata de un comportamiento, no es un hecho exteriorizado. Así pues, en los *bias crimes*, pese a su denominación, se está haciendo hincapié, no en el prejuicio en sí, sino en su materialización. Cuando, *motivado* por ese prejuicio, el autor de un delito pasa a la acción, ya no se trata de una mera opinión o pensamiento. En ese caso, hay una forma de trato negativo (la comisión de un delito) motivada por el prejuicio (la actitud, también negativa), que se exterioriza *ad extra* al materializarse el deseo de un mal (el "odio" del autor hacia una característica de su víctima, respecto de la cual se tiene el prejuicio). Si se cumplen esos parámetros, podría hablarse de "crimen prejuicioso", porque ha sido el prejuicio del autor el motivo por el cual ha cometido el delito. Si un sujeto no tuviera ningún prejuicio contra los judíos, difícilmente les odiaría *por ser judíos*, difícilmente cometería un crimen de odio contra un sujeto *por ser judío*. Por eso el prejuicio juega un papel clave en los crímenes de odio, y por eso se prefiere en ocasiones el término *bias crime* al de *hate crime*.

El pretender dotar de mayor importancia a la concurrencia del prejuicio que a la del odio, a la hora de conceptualizar estas conductas, no es cuestión baladí: la existencia de un prejuicio conlleva normalmente la voluntad del autor de conferir un peor trato por razón de la característica (la raza, la orientación sexual, etc.) que está prejuizando. Si el autor de un crimen de odio actúa necesariamente guiado por su prejuicio, más que por una emoción irrefrenable, significa que ha evaluado la situación. Que su motivación era conferir un trato *peor*, no sólo por el daño que supone la comisión del delito, sino porque ese daño se justificaría internamente en su creencia de que, por revestir determinada condición, su víctima merecía el trato inferior

³⁷ Vid., partiendo de las premisas de OSKAMP, FAZIO o DEVINE, lo expuesto por MORALES, "El prejuicio racial como actitud negativa", en YUBERO/MORALES (coord.), *Del prejuicio al racismo: perspectivas psicosociales*, 1996, p. 11 y ss.

³⁸ Vid. esta opción en DEVINE, "Prejudice and outgroup perception", TESSER (ed.), *Advanced Social Psychology*, 1995, pp. 467-524

que supone el delito. En definitiva, y así se viene admitiendo, quien comete un *bias crime* actúa guiado por "motivos discriminatorios"³⁹.

Es importante delimitar correctamente esta noción de discriminación, ya apuntada en el anterior epígrafe. En muchas conductas (no necesariamente delictivas) que pueden tener *efectos* discriminatorios, no concurriría el prejuicio que caracteriza a los *bias crimes*: no existiría *motivación* discriminatoria. Así, serían "conductas discriminatorias" que no vendrían inspiradas por "motivos discriminatorios", ya que lo que hace que un *motivo* lo sea es, precisamente, la existencia del prejuicio. Con el fin de facilitar la comprensión de lo que estamos exponiendo, diremos que es posible discriminar confiriendo un trato desigual a los iguales, pero que ello puede no tener que ver con un prejuicio en el sentido empleado al hablar de *bias crimes*. A efectos clarificadores, retomemos la clásica distinción de nuestro Tribunal Constitucional entre desigualdad y diferencia⁴⁰ (por todas, STC, Pleno, nº 75/1983, de 3 de agosto⁴¹).

Con base en esta doctrina, tratar de forma diferente a quienes lo son, siempre que esté justificado, no es conferir un trato desigual. Ergo, al no haber en esos casos afectación del contenido esencial del artículo 14 CE, no habría discriminación. Por el contrario, si objetivamente no estuviera justificado ese trato diferente, habría efectos discriminatorios. Sin embargo, puede que las motivaciones de quien confirió ese trato no fueran discriminatorias en absoluto: puede que valorara que ese sujeto era diferente a otros, y por eso debía conferirle un trato distinto, al estar justificado obrar así. Si erró en su razonamiento, se produciría

³⁹ KELLY/MAGHAN/TENNANT, "Hate crimes: Victimizing the Stigmatized", en R. J. KELLY (Editor), *Bias Crimes: American Law Enforcement and Legal Responses*, 1993, p. 24.

⁴⁰ Sobre la postura del TC respecto del llamado "test de desigualdad de trato", vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley", CASAS BAAMONDE/RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, 2009, pp. 276-291.

⁴¹ "El artículo 14 de la Constitución configura el principio de igualdad ante la Ley como un derecho subjetivo de los ciudadanos, evitando los privilegios y las desigualdades discriminatorias entre aquéllos, siempre que se encuentren dentro de las propias situaciones de hecho, a las que deben corresponder un tratamiento jurídico igual, pues en tales supuestos la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos que eviten las desigualdades, pues de no actuarse legislativamente de tal manera surgiría un tratamiento diferenciado a causa de una conducta arbitraria, o al menos no debidamente justificada del poder público legislativo. Sólo le resulta posible al legislador, en adecuada opción legislativa, establecer para los ciudadanos un trato diferenciado cuando tenga que resolver situaciones diferenciadas fácticamente con mayor o suficiente intensidad que requieren en su solución por su mismo contenido una decisión distinta, pero a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida y dejando, en definitiva, al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los artículos 53.1 y 9.3 de la Constitución ni sea irrazonada, según deriva todo ello de la doctrina establecida por este Tribunal Constitucional en las sentencias de 10 de julio de 1981, 14 de julio de 1982 y 10 de noviembre de este último año, así como de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975."

discriminación con independencia de sus motivos, porque los efectos se valoran de forma objetiva, no atendiendo a la subjetividad de quien confiere el trato.

Hace falta “algo” para que lo que llamamos “prejuicio” sea aquél que concurre en la psique del autor de un “crimen prejuicioso”. Ese “algo” que caracteriza esta modalidad de prejuicio es la asunción por el autor del *bias crime* de un estereotipo configurado conforme a una condición personal (como la raza, la orientación sexual, etc.). Es la visión estereotipada que ejemplifica la condición personal en cuestión lo que permite la génesis del prejuicio hacia la víctima. El estereotipo juega un papel determinante en las actitudes de los seres humanos, tanto a nivel social como individual. La actitud hacia una persona, por ejemplo, puede depender en mayor medida de las características del estereotipo al que se asocia al sujeto en cuestión que de la realidad social de quienes comparten esa peculiar característica o de sus demás características individuales. Así, el estereotipo se encuentra en la base de diversos fenómenos, entre los que destacan los llamados pánicos morales (*moral panics*)⁴². Muchos de estos “pánicos morales” que se generan a nivel social se encuentran, a su vez, en la génesis de conductas discriminatorias - por ejemplo, la percepción por parte de varios sujetos del estereotipo del inmigrante delincuente, identificado con el riesgo de ser víctimas de delitos cometidos por inmigrantes, puede generar un pánico social xenófobo⁴³ y, por ello, conductas discriminatorias⁴⁴ -, entre las cuales se encontrarían los crímenes de odio. Por otra parte, el estereotipo reviste tal influjo en nuestra psique que no es necesaria la preexistencia de ese pánico social: él mismo se basta para explicar el prejuicio inherente a un *hate crime*.

Partiendo de la noción de “estereotipo negativo” se han introducido también en nuestro ordenamiento los conceptos de prejuicio y motivos discriminatorios como elementos definitorios de los delitos de odio. Concretamente, se ha afirmado que el estereotipo es un elemento esencial para la llamada “dinámica del odio”, es decir, para que el odio que siente el autor de un *bias crime* se concrete *ad extra* en el hecho delictivo. Sólo a través del estereotipo es posible lograr la deshumanización de la víctima en la psique de un sujeto, siendo normalmente éste el punto en el que el autor de un crimen de odio pasa a la acción⁴⁵.

Así pues, definiendo los *bias crimes*, parece que habríamos definido el concepto de “delito de odio”, ya que como adelantábamos *hate crime* se emplea en tanto que sinónimo de aquéllos. No obstante, realmente solo nos hemos adentrado en la primera de las dos acepciones de “delito de odio” que adelantábamos al inicio de este epígrafe.

⁴² Lo cual sería, conforme a COHEN, *Folk Devils and Moral Panics*, 2011, p. 1 y ss.; la reacción social de pánico ante un episodio, condición, persona o grupo de personas que han sido definidos como una amenaza para los valores e intereses de la sociedad.

⁴³ Vid. SUNSTEIN, *Laws of Fear. Beyond the precautionary principle*, 2005, *passim* y p. 98.

⁴⁴ Vid., sobre estereotipo, discriminación y pánicos morales, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, 2010, p. 81 y ss.

⁴⁵ La interrelación entre odio, prejuicio, estereotipo y discriminación ha sido introducida en nuestro ordenamiento de forma similar a la expuesta por LEVIN y MCDEVITT (vid. *Informe Raxen. Acción Jurídica contra el Racismo y los Crímenes de Odio*, 2011, p. 133).

2.2. *Hate crimes*. Dos modelos legislativos

En lo que respecta a los primeros usos de la denominación “*hate crimes*” para referirse a determinado tipo de delitos, es preciso mantenerse en EE.UU., concretamente en la época inmediatamente posterior a su Guerra Civil. Bien es cierto que en Europa, también en la segunda mitad del siglo XIX, se había vinculado el odio al delito de forma similar a la cual se refiere este concepto hoy en boga.⁴⁶ Sin embargo, ninguno de estos primigenios empleos del término “crimen de odio” tuvo continuidad suficiente como para datar, en ese momento, el inicio de la corriente que, hoy en día, ha supuesto la paulatina popularización de este concepto en nuestro ordenamiento.

La actual proliferación del término tiene un origen fácilmente rastreable en los movimientos sociales que, a partir de los años 60 del siglo XX, germinaron al otro lado del Atlántico para luchar por la igualdad de derechos y erradicar la discriminación (cuyo máximo exponente era, precisamente, la comisión de crímenes de odio por razón de determinadas características). Tras asentarse el concepto de *hate crime* en EE.UU., se adentró en Europa en tiempos todavía más recientes, especialmente a través de las Islas Británicas.

En Reino Unido, el término fue utilizado por vez primera de forma reiterada en los medios tras el asesinato de un joven adolescente negro (Stephen Lawrence) en 1993, y se popularizó tras los atentados del metro de Londres (el 7 de Julio de 2005), a raíz de las represalias de algunos sujetos contra individuos de fe islámica. Durante ese periodo, la doctrina británica constató la existencia de un tipo de criminalidad que excedía lo que allí se denominaba como “delitos raciales”, y adoptó la expresión americana de “*hate crimes*” para referirse de forma amplia a todos aquellos crímenes que se cometieran por el odio que el autor sintiera hacia una determinada característica de su víctima, que no necesariamente era su raza (así, su sexo, religión, etc.). Aunque también en Gran Bretaña se criticó la elección de esta emoción del “odio” para catalogar un grupo de delitos tan dispar (insistiendo en la relevancia del prejuicio – *bias* –, como ya hemos referido), finalmente la expresión se ha asentado también en el Reino Unido⁴⁷.

Tampoco podemos obviar, por lo que a la recepción del término en nuestro ordenamiento respecta, que fue traducido por vez primera al castellano en ordenamientos latinoamericanos como “crímenes de odio”⁴⁸. Bajo

⁴⁶ Así lo demuestra la aseveración de ZOLA - en su famoso artículo “J'accuse...!”, publicado en *L'Aurore* de 13 de enero de 1898; primero de los que escribió sobre el “*affaire Dreyfus*” -, sobre el carácter criminal de utilizar el patriotismo para fomentar el odio: “*C'est un crime que d'exploiter le patriotisme pour des oeuvres de haine*”. Vid. ZOLA, *J'accuse...! La Vérité en marche*, 1988, p. 110. Extrapolando a nuestro contexto sus palabras, parece sugerir que algunos medios empleaban lo que hoy se catalogaría como un “discurso de odio” ideológico.

⁴⁷ Para la inserción del concepto en Europa vía Reino Unido, vid. CHAKRABORTI/GARLAND, *Hate crime: Impact, Causes and Responses*, 2009, p. 2 y ss.

⁴⁸ La traducción habitual de *hate crimes* es “crímenes de odio”, aunque en ocasiones se emplee en castellano “delitos de odio” para referirse a este tipo de conductas. Algo semejante ocurre en lengua inglesa, en donde se emplea – también de forma menos popularizada – “*crimes of hate*” o “*crimes of hatred*” en lugar de “*hate crimes*”, de la misma manera que se emplea como sinónimo “*bias crime*” y “*crime of prejudice*”. Es preciso señalar, no obstante, que en sus orígenes estadounidenses (1980-1990), un término que se empleaba con frecuencia [vid. KELLY/MAGHAN/TENNANT, “Hate crimes... op. cit., p. 25] era el de *RRES* – acrónimo de *Racial, Religious, Ethnic and Sexual-crimes*.

esta denominación fue asimilado en España el concepto⁴⁹, si bien recientemente y en el ámbito jurídico parece ganar enteros el término “delitos de odio”. En cualquier caso, no cabe duda de que fue en EE.UU. donde fue configurándose el concepto de *hate crime* y donde surgió – con base en dicho concepto – el debate sobre el fundamento de la agravación de esta clase de delitos. Como punto de partida, nos detendremos por lo tanto en esta génesis conceptual al otro lado del Atlántico.

En puridad, la primera condena por la comisión de un crimen de odio tuvo que ser necesariamente a finales del siglo XX, tras la promulgación de las primeras leyes estadounidenses que recogían la agravación de responsabilidad penal por este tipo de conductas. Es complejo hablar del primer momento en el que se cometió un “crimen de odio” abstractamente considerado, sin atender a su efectiva tipificación penal en esos términos o, al menos, a su popularización en el lenguaje común gracias a los medios. Muy reveladora – a efectos terminológicos – es la definición que propone el FBI, especialmente por el intento de diferenciación entre conceptos conforme se cometiera la conducta en una u otra época:

“Los crímenes de odio y prejuicio (crimes of hatred and prejudice) — desde los linchamientos a las cruces ardiendo⁵⁰ o al vandalismo en las sinagogas — son una triste constante en la Historia de América, pero el término de “crimen de odio” (hate crime) no entró en el vocabulario de la nación hasta la década de 1980, cuando grupos de odio (hate groups) emergentes, como los Skinheads, iniciaron una oleada de crímenes relacionados con el prejuicio (bias-related crime).”⁵¹

Es decir, que “*bias crime*” y “*hate crime*” serían expresiones sinónimas que se emplearían para referirse a conductas contemporáneas, mientras que “*crimes of hatred*” o “*crimes of prejudice*” se emplearían con carácter general, también para épocas remotas y con independencia de que estuviera popularizado el término. Pero la “etiqueta” no haría variar el contenido del concepto mismo, que es lo que ahora pretendemos delimitar.

En principio, de “crímenes de odio” podrían calificarse los salvajes linchamientos que padecieron muchos sujetos negros hasta bien avanzado el siglo XX en EE.UU., cuando ninguna ley preveía condenas agravadas por este tipo de delitos – si es que preveían condenas⁵². Puede que, con una mayor perspectiva histórica, existan quienes consideren un crimen de odio el ejecutar a sujetos de raza negra por el prejuicio que sienten los funcionarios del sistema hacia esa raza, a la vista de las menores ejecuciones de sujetos de etnia caucásica

⁴⁹ En el presente informe, se utiliza de forma genérica “crímenes de odio” para referirnos al tipo de conductas catalogables como tal conforme al debate estadounidense, ya que no existe ningún Título ni Capítulo de nuestro Código que tipifique en tales términos los “delitos de odio”. Así, de hecho, se introdujo el término en España: como “crímenes”, y no “delitos” (vid. IBARRA, *Los crímenes del odio: violencia skin y neonazi en España*, 2003, 300 pp.). Por lo tanto, si empleamos en algún momento el término “delitos de odio” debe entenderse indistinto, a nuestros efectos, del de “crímenes”, con la salvedad que se explicitará en el epígrafe relativo a los “incidentes de odio”.

⁵⁰ Uno de los clásicos símbolos del KKK.

⁵¹ “*Crimes of hatred and prejudice — from lynchings to cross burnings to vandalism of synagogues — are a sad fact of American history, but the term “hate crime” did not enter the nation’s vocabulary until the 1980s, when emerging hate groups like the Skinheads launched a wave of bias-related crime.*”

⁵² Vid. KAUFMAN-OSBORN, “Capital punishment as legal lynching?”, OGLETTREE/SARAT (ed.), *From Lynch Mobs to the Killing State*, 2006, pp. 21-54.

en EE.UU.⁵³; de la misma manera que se atribuye el calificativo de crímenes de odio a los padecimientos que sufrieron muchos judíos durante el *III. Reich* en Alemania, en su momento conformes a ese ordenamiento. Así las cosas, es posible abarcar dentro del concepto conductas dispares, lo cual conlleva una mayor confusión a los efectos que aquí nos ocupan.⁵⁴ Por lo tanto, sin pretender constreñir el concepto de crimen de odio a la voluntad del Legislador, no puede obviarse que el hecho de castigar más severamente al autor de un delito atendiendo a su odio y prejuicio hacia un determinado colectivo es un fenómeno reciente. Recientes son las leyes que los han tipificado y reciente, en definitiva, es el debate que han suscitado dichas leyes.

Como muestra de lo que acabamos de exponer, y probable consecuencia de su “novedad” conceptual, uno de los mayores problemas en el estudio de este tipo de delitos deriva de la vaguedad terminológica. Buena prueba de ello son las *divergencias doctrinales a la hora de elaborar una certera definición de crimen de odio*, exacerbadas al ser los pronunciamientos de la doctrina anteriores a la promulgación de la primera ley estadounidense sobre esta clase de delitos. Por lo tanto, antes de analizar cómo se introdujo el concepto de crimen de odio en la legislación estadounidense, resulta esencial atender al concepto que doctrinalmente venía configurándose con anterioridad. Inevitablemente, puesto que son varias las disciplinas que han intervenido en esta configuración conceptual, habrá que atender a un concepto multidisciplinar de crimen de odio. A continuación, de forma sucinta, repasaremos algunas de las posturas más destacadas, vinculadas a las originarias reivindicaciones de los movimientos sociales que propugnaban el reconocimiento legislativo de los *hate crimes*.

Señalaban Jacobs y Potter que el término de “*hate crime*” es una construcción social sin una definición propia que resulte evidente, si bien consideraban que era la concurrencia de un prejuicio (*bias*) lo que determinaba que pudiese ser calificado un delito de “crimen de odio”. Esta idea, expuesta en el anterior epígrafe, fue asumida mayoritariamente por la doctrina: todo crimen de odio requería la presencia de ese prejuicio hacia una característica estereotipada de la víctima. Estos autores ponían sobre la mesa un problema derivado de lo anterior: por qué los prejuicios hacia determinadas características y no hacia otras debían suponer la comisión de un crimen de odio. Es decir, por qué se establecía un *numerus clausus* de elementos (raza, religión, etc.) y se excluían otros. Estos autores resolvían el dilema desde una postura pragmática y positivista: será crimen de odio si el Legislador ha considerado oportuno proteger de forma especial una determinada condición personal⁵⁵. Esta solución no resultaba demasiado convincente para muchos sectores que, sin perjuicio de reconocer el valor de esta aproximación conceptual, se encontraban más cercanos a los movimientos sociales que impulsaban la inclusión a nivel legislativo de los crímenes de odio. Como ya hemos señalado, si el término de “*hate crime*” comienza a proliferar en EE.UU. se debe en gran medida a la lucha por la igualdad de Derechos de las minorías. Es decir, por quienes, de igual manera que – *ad exemplum* -

⁵³ OGLETTREE, “Making Race Matters in Death Matters”, OGLETTREE/SARAT (ed.), *From Lynch Mobs to the Killing State*, 2006, pp. 55-95.

⁵⁴ Como señala HAMM, *Hate crime: internacional perspectives on causes and control*, 1994, p. vi; el hecho de equiparar la violencia racista de los grupos neonazis con la ejercida por el *III. Reich* contra los judíos bajo el mismo paraguas de los “*hate crimes*” puede dar lugar a un buen número de equívocos. Podría afirmarse que, desde la concepción “expansiva” del concepto, el primer crimen de odio “se habría cometido hace un millón de años, cuando un *homo erectus* golpeó en la cabeza a otro con una porra” (GERSTENFELD, *Hate crimes: causes, controls and controversies*, 2004, p. 9).

⁵⁵ Vid. JACOBS/POTTER, *Hate Crimes, Criminal Law and Identity Politics*, 1998, *passim*. y pp. 11-28.

luchaban por establecer medidas de carácter laboral (insertas en la llamada acción positiva) para facilitar el acceso a puestos de trabajo de colectivos tradicionalmente discriminados, también abogaban por el establecimiento de sanciones penales agravadas si el autor cometió el delito contra un miembro de dichas minorías⁵⁶. Estas corrientes no podían admitir que se sometiera un catálogo de prejuicios “por razón de” a una voluntad supuestamente arbitraria del Legislador. Básicamente, porque ni siquiera admitían un catálogo de motivos discriminatorios “por razón de”, sino más bien “contra”, determinados colectivos. De la misma manera que defendían el establecimiento de medidas de acción positiva para facilitar el acceso de – pongamos – las mujeres al mercado laboral, no podían admitir que se agravara la responsabilidad penal de quien actuara guiado por razón de su odio y prejuicio al sexo de la víctima, sin mayores matices. Más bien, puesto que se trataba de proteger a las minorías tradicionalmente discriminadas, entendían que el crimen de odio era aquél cometido – supongamos – por un sujeto de raza blanca contra un sujeto de raza negra; ahí sí, por razón de su raza.

Como parte de esa corriente, Gerstenfeld afirmaba que el hecho de que fueran unos u otros los colectivos para calificar a un delito como crimen de odio se justificaría si la víctima pertenecía a alguna minoría tradicionalmente sujeta a discriminación. Esta autora, sin embargo, concedía que la vaguedad del término no podía ser resuelta con su propuesta de definición, porque no quedaba claro cuáles *debían* ser esos grupos⁵⁷. Siguiendo esas premisas, Petrosino propuso una definición en la que destacaba tres factores: podrán ser considerados crímenes de odio todos aquellos en los que (i) la víctima forme parte de una minoría cultural respecto al autor, (ii) las víctimas formen parte de un colectivo que sea económica y políticamente débil y (iii) las víctimas representen para el autor del delito una amenaza para su calidad de vida (seguridad económica o integridad física). Llegaba así a la conclusión de que el concepto de crimen de odio se refiere a la victimización del miembro de una minoría, debido a sus diferencias étnico-culturales, por parte de un miembro del grupo social mayoritario⁵⁸. La principal crítica a esta definición es que limitaba innecesariamente a un ámbito los crímenes de odio, cuando existen otras minorías que no lo son por razones étnico-culturales y que también han sido tradicionalmente objeto de discriminación.⁵⁹

En su momento, Sheffield había propuesto una definición de *hate crime* que no contaría con esas lagunas: puede ser víctima de un crimen de odio cualquier sujeto, con independencia de su pertenencia a una determinada etnia, siempre y cuando pertenezca a un colectivo que sea políticamente vulnerable. Es decir, que los crímenes de odio no son necesariamente “racistas”. Se trataría más bien de conductas que derivan de una determinada estructura social: un sistema de jerarquías, políticamente influenciadas, según las cuales algunos grupos con identidades compartidas hostigan a otros por motivos que pueden ser biológicos (raza o sexo), pero también ideológicos o socio-culturales (ideología política, religión, orientación sexual)⁶⁰. Perry añade a esta definición un elemento adicional: además de hostigar a esos grupos sociales por motivos étnicos

⁵⁶ Vid. JENNESS/GRATTET, *Making Hate a Crime: From Social Movement to Law Enforcement*, 2001, p. 17 y ss.

⁵⁷ Vid. GERSTENFELD, *Hate crimes: causes, controls and controversies*, 2004, *passim*.

⁵⁸ PETROSINO, “Connecting the past to the future. Hate crime in America”, PERRY (ed.), *Hate and bias crime: a reader*, 2003, pp. 10-11.

⁵⁹ En este sentido, CHAKRABORTI/GARLAND, *Hate crime... op. cit.*, p. 4.

⁶⁰ SHEFFIELD, “Hate violence”, ROTHENBERG (ed.), *Race, class and gender in the United States*, 1995, pp. 432-441.

o sociales, los autores de los crímenes de odio buscan perpetuar una situación. No sólo atacan a grupos sociales tradicionalmente débiles o marginados, sino que con sus acciones pretenden perpetuar la difícil situación de esos grupos en la jerarquía social. Los crímenes de odio no serían únicamente delitos dirigidos contra determinada persona, sino que para poder catalogar como *hate crime* una conducta sería necesario que el autor pretendiera perpetuar ese *status quo* desfavorable del colectivo al que perteneciera su víctima (la situación “desfavorable” sería determinada atendiendo al momento histórico y contexto en el que se cometen). Por ello, la identidad individual de la víctima es prácticamente irrelevante: podrían ser sujetos perfectamente intercambiables desde el punto de vista del autor. Lo que el sujeto activo pretende es “enviar un mensaje” al colectivo al cual pertenece su víctima, mensaje mediante el cual pretende perpetuar la discriminación históricamente existente de ese grupo.⁶¹ Así, se ha afirmado que se trata de conductas cargadas de un alto contenido simbólico (*symbolic crimes*), porque en la motivación del autor concurriría necesariamente el deseo de causar, a través de su víctima, un mal al colectivo al cual ésta pertenece⁶².

Las anteriores definiciones parten, como puede apreciarse, de una confusión, probablemente querida. Como hemos dicho, de lo que se trata *aquí* es de definir el *concepto* de crimen de odio. Sin embargo, los precitados autores parecen hablar de su *fundamento*: qué *debería* considerarse un crimen de odio (qué debería sancionarse como tal penalmente), por qué sólo el cometido contra un colectivo y no otro, etc. Muy reveladora es la afirmación de Hughes al respecto: “crímenes de odio pueden sucederle a cualquiera, pero crímenes de odio que justifiquen agravación de la pena le suceden a las tradicionales víctimas del prejuicio”⁶³. Parece que las definiciones reseñadas –incluido el precitado autor– argumentan, además o en lugar de ofrecer una definición, lo que debía o debería ser reconocido legislativamente como crimen de odio con una agravación de la responsabilidad penal, a su entender, fundamentada. Pero no se refieren a lo que conceptualmente debe entenderse como crimen de odio.

Esta problemática en el estudio del concepto de *hate crime* fue expuesta en una tipología ideal sobre modelos dogmáticos y legislativos, elaborada por Lawrence, esencial a los efectos que nos ocupan. Dependiendo del modelo que escogiera el Legislador para sancionar los “delitos de odio”, la propia definición de “delito de odio” variaría:

- a) De un lado, se encontraría el modelo de la “discriminación selectiva” (*discriminatory selection model*). En este modelo, las motivaciones del autor pasan a un segundo plano: el concepto de crimen de odio y, por lo tanto, el fundamento de la sanción penal, se vincula al hecho de que produce efectos discriminatorios en el colectivo al que pertenece la víctima. Se trataría de un modelo que restringe la sanción (o la agravación de la sanción) a aquellos supuestos en los que el autor forma parte del grupo mayoritario y la víctima de un colectivo tradicionalmente discriminado (porque si no se pertenece a un colectivo tradicionalmente discriminado, no se podrían producir verdaderos efectos discriminatorios en la víctima). Si adoptamos esta perspectiva, se entiende que un sector de nuestra doctrina prefiera

⁶¹ PERRY, *In the name of Hate. Understanding Hate Crimes*, 2001, p. 10 y ss.

⁶² Vid. BERK/BOYD/HAMNER, “Thinking more clearly... *op. cit.*”, pp. 123-143.

⁶³ “Crimes of hate can happen to anyone, but hate crimes justifying penalty enhancement happen to traditional victims of bias”. Nótese que el autor distingue en sus expresiones “*crimes of hate*” y “*hate crimes*”, para hacer notar que el “verdadero concepto” de crimen de odio es el derivado de su fundamento, que para este autor sería proteger a minorías tradicionalmente discriminadas. HUGHES, “Can anyone be the victim of a hate crime?”, *UDLR*, 1998, pp. 591-622, cit. p. 622.

denominar a estos delitos “delitos de discriminación” y no “delitos de odio”⁶⁴, porque la motivación concreta del autor al cometerlos sería irrelevante para afirmar que nos encontramos ante uno de ellos.

- b) Frente a ese modelo, se alza el de la “animosidad” (*animus model*). Aquí, se entiende que los crímenes de odio son aquellos en los que el autor actuó guiado por motivos discriminatorios, por su prejuicio hacia determinada condición personal de la víctima – hacia categorías universales, como la etnia, y no hacia grupos históricamente discriminados, como los judíos -, como hemos referido en el apartado anterior al definir los *bias crimes*.

Resta por analizar si legislativamente ha tenido reflejo ese concepto de crimen de odio conforme al *animus model* o si, por el contrario, el Legislador sólo atendió al concepto de crimen de odio inserto en la lucha contra la discriminación de determinados colectivos (*discriminatory selection model*). Comenzaremos por el análisis de la legislación estadounidense⁶⁵.

Actualmente, cuando una ley estadounidense versa sobre crímenes de odio, se asume que se trata de delitos para los cuales se prevé una sanción penal agravada. Como hemos anticipado, es difícil disociar hoy estas dos nociones (crimen de odio/agravación de la responsabilidad penal), pero no siempre fue así. En un principio, las legislaciones de muchos Estados optaron por establecer medidas de carácter civil o administrativo (por ejemplo, indemnizaciones para las víctimas) que operarían si se cometían estos delitos, o meras obligaciones de carácter estadístico para los funcionarios públicos. Posteriormente, sin embargo, proliferarían los *penalty-enhancement statutes*: leyes que agravaban la responsabilidad penal del autor, porque lo era de un crimen de odio⁶⁶.

El origen de la legislación sobre los crímenes de odio en EE.UU. se encuentra en la ley federal 18 U.S. 245, de 1969⁶⁷, que consideraba delictivo impedir a una persona el desarrollo de determinadas actividades (acceso a colegios o transportes públicos, por ejemplo) debido a “su raza, color, religión u origen nacional”. Esta ley

⁶⁴ LASCURAIN SÁNCHEZ, “¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación?”, en GARCÍA GARCÍA / DOCAL GIL, *Grupos de odio y violencias sociales*, 2012, pp. 23-35.

⁶⁵ Con carácter general, sobre los hitos jurisprudenciales e iniciativas legislativas relativos a crímenes de odio en ordenamientos anglosajones, *vid.* STREISSGUTH, *Hate Crimes*, 2009, 350 pp. o ALTSCHILLER, *Hate Crimes*, 2005, 247 pp.

⁶⁶ GRATET/JENNESS/CURRY, “The homogenization and differentiation of hate crime law in the United States, 1978 to 1995: Innovation and diffusion in the criminalization of bigotry”, *ASR*, 1998, pp. 286-307.

⁶⁷ No puede obviarse la influencia de la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* proclamada por la Asamblea General de la ONU el 20 de Noviembre de 1963, o de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, de 21 de diciembre de 1965 - que derivó de la anterior y entró en vigor precisamente ese año 1969 – para que en EE.UU. germinara la legislación sobre crímenes de odio. Así, ya el artículo 4 de la precitada Convención instaba a los Estados partes a sancionar penalmente conductas vinculadas con el “odio racial”. Bien es cierto que EE.UU. no la ratificaría hasta el año 1994, con alguna reserva (principalmente, vinculada a evitar injerencias en el derecho a la libertad de expresión, coincidiendo con la especial sensibilidad estadounidense en la materia, ya apuntada *ut supra* al tratar el *free speech vs. hate speech debate*). Fue ratificada por España el 13 de septiembre de 1968, si bien EE.UU. firmó la Convención dos años antes.

se insertaba en la lucha por los Derechos civiles y políticos de las minorías étnicas en EE.UU., si bien ya se refería a características (“raza”) y no a colectivos (“raza negra”). Con anterioridad, existían leyes que perseguían de alguna manera luchar contra conductas discriminatorias estableciendo sanciones penales (como la Ley del KKK, de 1871), pero fue esta posterior iniciativa, de 1968, la que supuso un hito legislativo, porque hacía expresa referencia a las motivaciones del autor vinculadas a unas determinadas características de la víctima. La posterior proliferación de conductas delictivas calificables como “crímenes de odio” hace que vuelvan a tomarse iniciativas a nivel legislativo, esta vez estatal.

El Estado de California fue pionero al aprobar, en 1978, la primera *Hate Crimes Act* de EE.UU. (*California’s Section 190.2*), que establecía cuatro “estatus protegidos” (raza, religión, color y origen nacional) y una agravante específica para el delito de asesinato si se cometía por razón del odio y el prejuicio hacia ese *status* de la víctima. Nótese la importancia de designar estas características como *status*, en lugar de cómo *group* o *class*. Esta segunda noción se emplea, en las llamadas *class actions*, para referirse a colectivos delimitados con criterios diversos y muy estrictos, que les confieren una identidad a título colectivo nítida, de forma que pueden/deben ejercer conjuntamente una única acción judicial⁶⁸. Por el contrario, *status* no hace referencia a los elementos de identidad del *colectivo* sino, en un sentido genérico, a lo que podría asimilarse al “estado civil” de la víctima: unos elementos de la personalidad individual con cierta estabilidad en el tiempo (por ejemplo, la nacionalidad), que desde luego pueden ser compartidos por un colectivo (las personas que compartan nuestra nacionalidad: los españoles, los alemanes, etc.), pero que también definen la identidad de todo individuo (de todo el que tengan una nacionalidad, sea cual sea). El *status* es una categoría universal (véase: “la raza”), mientras que la *class* es una categoría específica de colectivo, que puede determinarse

⁶⁸ La definición de lo que es un grupo o *class* se establece analizando la concurrencia de determinados requisitos (unos muy formales, otros más vinculados a la identidad compartida del grupo). Algunos criterios básicos que ha admitido la jurisprudencia anglosajona serían: que sea posible delimitar claramente al grupo (ahí entraría la hipótesis de que compartan elementos de identidad, como “los sujetos de raza negra”), que los hechos afecten a todos sus miembros, que el éxito de la pretensión de un miembro conlleve el éxito de los intereses de todos los miembros del grupo y que el representante del grupo pueda defender los intereses colectivos sin que surjan conflictos (vid. CASHMAN, *Class Action Law and Practice*, 2007, p. 85). Pese a todo, lo cierto es que la definición de lo que puede considerarse un grupo o *class* es uno de los problemas más complejos en esta materia, sin que existan visos de solución definitiva (a este respecto, vid. MULHERON, *The class action in Common Law legal systems: A comparative perspective*, 2004, p. 323 y ss.). Destaca el debate acerca de si sólo hay que atender a elementos objetivos (por ejemplo, “los sujetos de raza negra discriminados con ocasión de determinado acto”) o a realidades subjetivas (“los sujetos de raza negra que como consecuencia de determinado acto de discriminación hayan padecido secuelas psíquicas”). *Ad exemplum*, en EE.UU., conforme a la *Federal Rule of Civil Procedure 23*, se antoja evidente que un requisito de la *class* para que pueda certificarse como tal es que pueda ser definida, si bien no establece cómo debe definirse. En estos casos, suele entenderse que los elementos definitorios del grupo deben poder configurarse de forma objetiva, excluyendo de esta manera las realidades subjetivas, del estilo “los que se hayan sentido afectados por un comportamiento discriminatorio” (sobre la praxis habitual en EE.UU. a efectos de definición de *class*, vid. KLONOFF, *Class Actions and Other Multi-Party Litigation*, 2007, p. 28 y ss.). La legislación del *animus model* de crímenes de odio está exenta de estos problemas definitorios, precisamente por haber preferido el Legislador enumerar *status* universales y no grupos, vinculando la agravación de la responsabilidad penal a las motivaciones del autor, y no a los efectos que sus actos tengan para el colectivo al que pudiera pertenecer su víctima.

atendiendo a que comparte un mismo *status* (“los sujetos de raza negra”). El hecho de que, en esta primera iniciativa, el Legislador californiano optara por enumerar *status* muestra claramente cómo, también a nivel legislativo estatal, el *animus model* fue abriéndose camino.

A partir de ese momento, fueron adoptándose leyes similares en otros Estados, ampliando en un doble sentido el concepto de *hate crime*: de un lado, la clase de delitos para los que se preveía una agravación (ya fuera mediante circunstancia genérica o vía subtipos agravados), y de otro, el número de *status* de las víctimas. En 1987, California finalmente incluyó en su legislación que toda clase de delitos se considerarían crímenes de odio si concurría ese prejuicio del autor hacia el estatus de la víctima, superando así la inicial limitación a delitos contra las personas⁶⁹ (como igualmente sucedió en nuestro ordenamiento, al superar el artículo 22.4^a CP la originaria limitación del artículo 10.17 Antiguo CP). Como consecuencia de estas corrientes, penetró en Europa por la vía del Reino Unido la tendencia de establecer subtipos agravados atendiendo a la motivación del autor (Secciones 28 a 32 de *la Crime and Disorder Act* de 1998).⁷⁰ En este contexto, se introdujo en nuestro ordenamiento la circunstancia agravante por motivos discriminatorios, en el Año Internacional de la Lucha contra la Intolerancia (1995).

Concluyendo nuestro recorrido por la legislación estadounidense, no podría ser completo sin hacer referencia a las aún recientes novedades de su legislación federal, que habíamos dejado en suspenso tras la ley aprobada en 1969. Al margen de las ya mentadas iniciativas a nivel estatal o de la promulgación de leyes federales de consecuencias meramente estadísticas⁷¹, las cuales sin duda tuvieron su influencia, el debate sobre la necesaria reforma de esa ley federal se reactivó tras los asesinatos de Mathew Shepard y James Byrd, Jr. en el año 1998. El primero, un estudiante al que torturaron y mataron por su orientación sexual; el segundo, un hombre de mediana edad al que descuartizaron unos simpatizantes del KKK por ser de raza negra. Ambos crímenes tuvieron un importante impacto social, que redundó en la petición de que se incluyera el *concepto*⁷² – entendido conforme al *animus model* - de *hate crime* en la legislación federal. La polémica estaba servida. Incluso algunos sectores que apoyaban que se agravara la responsabilidad penal de los sujetos si su motivación era el odio y prejuicio hacia una raza (para entonces, buena parte de las legislaciones estatales ya lo admitían), no veían con tan buenos ojos la inclusión a nivel federal de la orientación sexual de la víctima como uno de los llamados *status*. Así, tras un largo recorrido, el Gobierno de Barack Obama aprobó finalmente, el 22 de octubre de 2009, la *Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act*⁷³. Entre otras cuestiones procedimentales (principalmente, más competencias de investigación al FBI), se incluían con esta medida, a nivel legislativo federal, varios subtipos agravados por

⁶⁹ Para un mayor desarrollo, *vid.* STREISSGUTH, *Hate Crimes... op. cit.*, p. 17 y ss.

⁷⁰ Redacción vigente disponible en <http://www.legislation.gov.uk>.

⁷¹ Así, el Congreso promulgó en 1990 la *Hate Crime Statistics Act*, 28 U.S.C. § 534. *Vid.* FUKUDA-PARR (dir.), *Informe sobre Desarrollo Humano 2004. La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*, 2004, p. 83.

⁷² Ya entonces parecía haber fraguado que el *concepto* básico de crimen de odio era el de los delitos agravados por *motivaciones* (“*aggravated assaults on the basis of a motive*”, FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, 1998, p. 124): esto es, el concepto del *animus model*.

⁷³ Sobre el *iter* de esta norma, *vid.* PETERSEN, *Murder, the Media, and the Politics of Public Feelings: Remembering Matthew Shepard and James Byrd Jr.*, 2011, p. 67 y 152 y ss.

razón de las motivaciones del autor, así como concepto legislativo de crimen de odio⁷⁴: aquellos delitos que el autor comete motivado por la raza, color, religión, origen nacional, etnia, género, discapacidad u orientación sexual de su víctima.

Resulta interesante analizar cómo el término ha ido insertándose en ordenamientos donde no existía la misma preocupación originaria que en EE.UU., hasta el punto de que hoy es un concepto asimilado a nivel europeo por el propio TEDH⁷⁵. Este Tribunal, incluso, ha esbozado un genérico concepto propio: serían crímenes de odio los delitos relacionados con la intolerancia y el odio hacia el origen nacional, la raza o la religión⁷⁶.

También es de destacar la labor de la OSCE, que comenzó a emplear asiduamente el término a raíz de una reunión de su Consejo ministerial en diciembre de 2003⁷⁷. Asumía que se trataba de un concepto vago, que no requería necesariamente la tipificación penal específica del término “delito de odio” para entender que un ordenamiento los sancionaba. Señalaba que los Estados podían hacer frente con sus legislaciones penales vigentes a ese tipo de conductas, destacando precisamente el artículo 22.4^a CP en el caso de España. Esta organización inició una importante investigación estadística a nivel europeo sobre “crímenes de odio”. A tal fin, propusieron un concepto “reglado” de lo que debía entenderse por crimen de odio, para que fuera empleado por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad de los Estados Miembro - en el marco de un proyecto

⁷⁴ La Sección 4703 se remite a la definición de la *Violent Crime Control and Law Enforcement Act* de 1994: “*‘hate crime’ means a crime in which the defendant intentionally selects a victim, or in the case of a property crime, the property that is the object of the crime, because of the actual or perceived race, color, religion, national origin, ethnicity, gender, disability, or sexual orientation of any person.*” Por su parte, el Considerando (1) de la ley federal de 2009 vincula claramente la agravación a las motivaciones del autor: “*The incidence of violence motivated by the actual or perceived race, color, religion, national origin, gender, sexual orientation, gender identity, or disability of the victim poses a serious national problem.*”

⁷⁵ Entre otras, SSTEDH, Sección 2^a, Caso Saygili y Falakaoglu contra Turquía, de 21 de octubre de 2008 (“*The Government argued that the content of the article was likely to provoke violence and hate crimes in the region*”) o Sección 1^a, Caso Ognyanova contra Bulgaria, de 23 de febrero de 2006 (“*The military investigation authorities were not obliged to investigate the theoretical aspects of a case where there were no apparent leads to a possible hate crime.*”).

⁷⁶ STEDH, Sección 2^a, Caso Milanovic contra Serbia, de 14 de diciembre de 2010: “*The complaint referred to the incident of 11 July 2005 and alleged that the applicant had been a victim of a crime called “incitement to ethnic, racial and religious hatred and intolerance” (izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti, hereinafter “hate crime”)*”.

⁷⁷ Decisión sobre Tolerancia y No Discriminación, n^o 4/03, que animaba a los Estados miembros a “*elaborar y mantener registros de información fidedigna y estadísticas sobre delitos de odio*”. Es interesante recalcar que un principio la OSCE aproximaba más su definición de delito de odio a la del *discriminatory selection model*, habiendo oscilado en los últimos tiempos hacia la del *animus model*. Así, indica en su Informe sobre Crimen de Odio de 2014 (definición disponible en <http://hatecrime.osce.org/what-hate-crime>) que: “*To be considered a hate crime, the offence must meet two criteria: First, the act must constitute an offence under criminal law; second, the act must have been motivated by bias*”.

piloto desarrollado a partir de 2004 en Hungría y España⁷⁸ -. Este concepto de crimen de odio, que asume la relevancia de los *motivos* del autor, fue igualmente asimilado por el Consejo de Europa⁷⁹.

Finalmente, la UE también admitiría el uso del término⁸⁰. Uno de los primeros hitos fue la Resolución del Parlamento, de 28 de abril de 2005, sobre la situación de la población romaní en la UE, en la que se solicitaba *“al Consejo que apruebe bajo la Presidencia luxemburguesa la propuesta de directiva marco de la UE sobre el racismo y la xenofobia, que perseguiría los delitos por odio en toda la UE y sobre la cual el Parlamento Europeo debe ser consultado de nuevo”*. Insistiendo el Parlamento, mediante Resolución de 8 de junio de 2005, en la general necesidad de *“reconocer que los motivos racistas y xenófobos constituyen agravantes que alargan las condenas”*. Esa iniciativa terminaría concretándose en la esencial 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. Para lo que ahora nos interesa, consagraba para todos los Estados miembros un concepto básico de *hate crime* (sin perjuicio de que no todos hayan asumido de

⁷⁸ “Un delito de odio puede ser definido como: (A) Cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo como los definidos en la parte B. (B) Un grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su “raza” real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual u otro factor similar.” Con base en lo anterior: “Los delitos de odio son delitos en los que la motivación del autor es una característica que identifica a la víctima como miembro de un grupo hacia el que el delincuente siente alguna animosidad”. Sobre la labor de la OSCE en este ámbito, *vid. IBARRA/STROHAL et al., La lucha contra los Delitos de Odio... op. cit., pp. 6-11 y 113.*

⁷⁹ La Recomendación CM / Rec (2010) 5 a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, adoptada el 31 de marzo 2010, no deja lugar a dudas cuando denomina los *hate crimes* como una subcategoría de incidentes *motivados* por el odio.

⁸⁰ De sobra conocida es la genérica preocupación comunitaria por el fenómeno de la discriminación. Así, sin ánimo de ser exhaustivos, podemos citar el Libro Verde sobre “Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada” así como las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, de discriminación directa e indirecta; 2002/73/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres; o 2004/113/CE y 2006/54/CE, sobre la implementación de dicho principio en el acceso a bienes y servicios y en el ámbito de empleo y ocupación, respectivamente. Como corolario de todo lo anterior, no puede obviarse la estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos (Diario Oficial C 236 de 24 de septiembre de 2005), el reconocimiento del derecho a no discriminación en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, artículo 21; o que dentro de la regulación del espacio de libertad, seguridad y justicia, en el Tratado de Funcionamiento de la UE, en su artículo 67.3, se diga que *“la Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales”*. Como puede apreciarse, la lucha contra la discriminación se plantea como un objetivo comunitario de primer orden (*vid. FERNÁNDEZ OGALLAR, El derecho penal armonizado de la Unión Europea, 2014, passim*).

igual manera la originaria acepción estadounidense, ni hayan sido igualmente entusiastas a la hora de tipificar estos delitos⁸¹).

El objetivo de esta Decisión Marco era que los Estados miembros establecieran sanciones penales para todo tipo de conductas con un carácter "racista o xenófobo". La Decisión Marco iba más allá, pues incluso delimitaba un concepto comunitario del *odio* al que se referiría esta clase de delitos, enumerando los *status* relevantes:

"El concepto de «odio» se refiere al odio basado en la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico."

Si atendemos a los estatus enumerados, parece que la situación era entonces similar en la UE a la que existía en EE.UU. con anterioridad a la ley federal del año 2009: no se consideraban crímenes de odio los delitos motivados por el odio a la orientación sexual o a la ideología de la víctima, a pesar de que algunos Estados miembro ya lo tenían reconocido. La Decisión Marco enumeraba incluso un catálogo de delitos genéricos que podrían ser incluidos en el concepto de crimen de odio que proponía. Así, serían considerados crímenes de odio a nivel comunitario 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; la comisión de uno de esos actos mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales; la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra o de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, así como las formas de incitación y la complicidad con todas esas conductas.

Con posterioridad a esa Decisión Marco, el concepto de crimen de odio ha seguido siendo empleado a nivel comunitario⁸². Una de estas referencias constaba en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del

⁸¹ Un caso interesante es el de Alemania. En la década de 1990, cuando en nuestro país se introduce la circunstancia agravante por motivos discriminatorios, existía ya allí una importante preocupación por los delitos cometidos por motivos ideológicos, concretamente por sujetos vinculados a ideologías de extrema derecha. En efecto, tras la reunificación, comenzaron a proliferar este tipo de conductas en lo que fuera la RDA. Se acuñó para referirse a este tipo de delitos un concepto propio, desvinculado de la discusión anglosajona: PMK-R (*Politisch motivierten Kriminalität – Rechts*). Actualmente, si bien es cierto que se emplea cada vez más el concepto de *Hasskriminalität*, normalmente se circunscribe al ámbito de la criminología (vid. SCHNEIDER, "Hasskriminalität: eine neue kriminologische Deliktstategorie", *Jz*, 2003, pp. 497-504); en ocasiones, como mera subcategoría a efectos estadísticos de los PMK-R. Incluso cuando se analiza el concepto estadounidense de *hate crime*, se vincula fundamentalmente a la delincuencia de extrema derecha (COESTER, *Hate crimes: das Konzept der hate crimes aus den USA unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsextremismus in Deutschland*, 2008, p. 345 y ss.).

⁸² Especialmente importante fue la Recomendación CM / Rec (2010) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, adoptada el 31 de marzo 2010. Señalaba esta Recomendación, respecto de los "delitos de odio y otros incidentes motivados por el odio", que "los Estados miembros deberían garantizar al determinar las sanciones que sea tomada en consideración la motivación discriminatoria relativa a la orientación sexual o la identidad de género como circunstancia agravante". No obstante, el paso definitivo para conferir mayor amplitud al concepto lo da la

Consejo, de 18 de mayo de 2011, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Concretamente, preveía esa propuesta el establecimiento de un servicio de apoyo a las víctimas de delitos de “odio racial o de género u otros delitos motivados por prejuicios”⁸³. Una vez aprobada, la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, mantendría - *ad exemplum*, en su Considerando (56) - la referencia al concepto de crimen de odio, asimilándolo al de “delito cometido por motivos discriminatorios” (“*whether it is a hate crime, a bias crime, or a crime committed with a discriminatory motive*”⁸⁴). Así las cosas, *conceptualmente* serían crímenes de odio todos aquellos delitos motivados por cualquier clase de prejuicio, hacia cualquier característica de la víctima (no sólo ya el “color” y la “raza”).

Llegados a este punto, parece claro que las legislaciones de nuestro entorno han ido asimilando conceptualmente “delito de odio” en tanto que aquel delito cometido por el odio o prejuicio del autor hacia un estereotipo representado por una condición personal de su víctima, sea cual sea la concreta condición (negro o blanco, hombre o mujer, etc.). Es decir, el concepto que deriva del *animus model* legislativo de crímenes de odio. Este parece ser el caso en nuestro ordenamiento, desde el momento en que muchos de los tipos penales que normalmente se consideran “delitos de odio” (como los artículos 22.4^a CP o 510 CP) exigen para su aplicación que el hecho se cometa por “motivos” discriminatorios. Así las cosas, aparentemente, podría decirse que nuestro ordenamiento tipifica algunos “delitos de odio” desde la concepción del *animus model* cuando en la redacción típica menciona “motivos” y que tipifica “delitos de odio” desde la perspectiva del *discriminatory selection model* (fundamentado en la protección de determinados colectivos tradicionalmente discriminados) cuando no menciona tal palabra (como el artículo 314 CP).

Sin embargo, varios autores⁸⁵, retomando en mayor o menor medida una idea expuesta por Stratenwerth, sostienen que cuando el Legislador menciona el término “motivos”, en realidad no se estaría refiriendo a las motivaciones del autor (a sus procesos psíquicos), sino a las situaciones fácticas que normalmente acontecen cuando alguien actúa por esos motivos, dada la dificultad para enumerar todas ellas en la Ley. En este caso, cuando el Legislador emplea la noción de “motivos discriminatorios”, en realidad se estaría refiriendo a *efectos*.

Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, que asimila en cierto modo el concepto de “crimen de odio” a todo delito motivado por prejuicios.

⁸³ Vid. Considerando (13).

⁸⁴ La traducción oficial (Diario Oficial de la UE de 14/11/2012) reza: “*si se trata de un delito por motivos de odio, prejuicios o discriminación*”.

⁸⁵ STRATENWERTH, “Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale”, en WELZEL *et al.*, *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, 1963, pp. 171-191. Entre las contribuciones más importantes en este sentido –si bien claramente diferenciadas entre ellas–, podemos destacar: LAURENZO COPELLO, “La discriminación en el Código Penal de 1995”, *Estudios Penales y Criminológicos*, N° 19, 1996, pp. 219-288; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 739 ss.; LANDA GOROSTIZA *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)*, 2001; o DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena”, *Revista General de Derecho Penal*, N° 4, 2005, 33 pp.

Algunos autores han entendido que esas situaciones fácticas subyacentes consistirían en la carga ofensiva humillante para la víctima concreta, que ha sido víctima de un delito debido a su pertenencia a determinado colectivo vulnerable, caracterizado por su raza, su orientación sexual, etc. Otros autores consideran que con el término “motivos” se refiere el Legislador a las situaciones en las que se produce un efecto comunicativo intimidante para el colectivo vulnerable al que pertenece la víctima. En cualquier caso, parten estas posturas de que cuando el Legislador nos habla de “motivos” en realidad no quiere referirse a los motivos (móviles), sino a las situaciones fácticas que normalmente acontecen cuando alguien actúa por esos móviles. Desde este planteamiento, cuando la tipificación de un delito de odio mencione los “motivos”, no habrá que probar los motivos del autor, sino i) la existencia de un colectivo tradicionalmente discriminado en el supuesto de hecho y ii) esos efectos.

Dado que el objeto de este informe se limita a la clarificación conceptual, no entraremos a discutir si esa interpretación es o no asumible, ni a reproducir las críticas que ha recibido⁸⁶. Solamente indicaremos que, como puede apreciarse, en nuestro ordenamiento se han plasmado ambos modelos legislativos, por lo que ambas definiciones de “delito de odio” (la que deriva del *animus model* y la que deriva del *discriminatory selection model*) son admisibles, siempre que se empleen conociendo las distintas implicaciones de su fundamento⁸⁷: en el caso del *animus model*, la sanción del “delito de odio” estaría reafirmando el principio de igualdad entre todos sean cuales sean nuestras condiciones personales (principio de igualdad *in totum*); mientras que en el caso del *discriminatory selection model*, estaría reforzando la protección de colectivos tradicionalmente discriminados.

Dado que clasificar conforme a una u otra definición los tipos penales que puedan calificarse de “delito de odio” nos exigiría adoptar una postura doctrinal, extremo que no es objeto de este informe, nos limitaremos a indicar que, desde alguna de las dos definiciones, existe cierto consenso al considerar delitos de odio en nuestro ordenamiento los siguientes:

- a. Cualquiera al que le sea de aplicación la circunstancia agravante genérica del artículo 22.4ª CP.
- b. El delito de amenazas dirigidas a atemorizar un grupo étnico, cultural o religioso, o un colectivo social o profesional, o cualquier otro grupo de personas (artículo 170.1).
- c. El delito de discriminación en el ámbito laboral (artículo 314 CP).
- d. El delito de incitación al odio, la violencia o la discriminación (artículo 510 CP).
- e. El delito de denegación de una prestación por el particular encargado de un servicio público o por el funcionario público (artículo 511 CP).

⁸⁶ Ampliamente, vid. DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio como agravante penal*, 2013.

⁸⁷ Sobre los términos de este debate, que supera lo meramente terminológico, vid. LANDA GOROSTIZA, “Recensión a Juan Alberto Díaz López, *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, Civitas, Cizur Menor, 2013 (Con réplica de Juan Alberto Díaz López)”, *InDret* N° 3/2014, pp. 2-16.

- f. El delito de denegación de prestaciones en el ejercicio de actividades empresariales o profesionales (artículo 512 CP).
- g. El delito de asociación ilícita para promover el odio, la violencia o la discriminación (artículo 515.5 CP).
- h. Los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos (artículos 522 a 525 CP).
- i. Los delitos de genocidio y lesa humanidad (artículos 607 y 607 bis CP).
- j. Por último, algo más discutidos, los delitos de clonación para selección de la raza (artículo 160.3 CP), descubrimiento y revelación de secretos de datos que revelen condiciones personales (artículo 197.6) y de prácticas de segregación racial (artículo 611.6 CP).
- k. En cuanto a los delitos de terrorismo y de violencia de género, aunque ciertamente relacionados, es dudoso que conceptualmente puedan considerarse “delitos de odio”, sin perjuicio de etiquetarse así en ocasiones.⁸⁸

⁸⁸ Sobre la distinción entre los delitos de odio y los delitos de terrorismo y de violencia de género, vid. DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio como agravante penal*, 2013, *passim*.

Clarificaciones conceptuales. Apartado 2.

+ “Delito de odio” admite dos acepciones, dependiendo del modelo legislativo ideal al que quiera adscribirse el tipo penal en cuestión. Guardan en común el ser en todo caso conductas penalmente tipificadas por la Ley y habitualmente sancionadas de forma agravada (ya sea mediante una circunstancia agravante genérica, ya sea mediante el establecimiento de subtipos penales agravados).

+ En primer lugar, por “delito de odio” se entiende el delito cometido por el prejuicio del sujeto hacia un estereotipo representado por una condición personal de su víctima, sea cual sea esa concreta condición personal (por ejemplo, “raza”, ya sea blanca o negra). Este concepto de delito de odio se encuentra especialmente vinculado con las nociones de intolerancia y con el móvil discriminatorio o prejuicioso del autor.

+ Alternativamente, por “delito de odio” se entiende el delito cuya comisión, con independencia de la motivación real del autor, conlleve una carga ofensiva, humillante o intimidatoria hacia un colectivo social que haya sido tradicionalmente objeto de discriminación por razón de alguna de las concretas condiciones personales de la víctima (por ejemplo, “raza negra”, pero no “raza blanca”). Este concepto de delito de odio se encuentra especialmente vinculado con la protección de colectivos tradicionalmente discriminados y con la prohibición de la discriminación (de efectos objetivamente discriminatorios).

+ Aunque nuestro Código Penal no regula expresamente en ningún Título o Capítulo los “delitos de odio”, y desde luego no los define ni menciona como tal, se considera que lo son todos aquellos a los que sea de aplicación la circunstancia agravante genérica del artículo 22.4º CP y varios tipos penales de la Parte Especial.

3. Discurso de odio y delitos de discurso de odio

Una vez analizado el concepto (o conceptos) de delito de odio, atenderemos al llamado “discurso del odio” o “discurso de odio” (*hate speech*)⁸⁹, normalmente referido a delitos consistentes en actos de habla. Como

⁸⁹ Vid. GÓMEZ MARTÍN, “Discurso del odio y principio del hecho”, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una perspectiva constitucional*, 2012, pp. 89-118 o MARTÍN SÁNCHEZ, “El discurso del odio en el ámbito del Consejo de Europa”, GARCÍA GARCÍA/DOCAL GIL (dirs.), *Grupos de odio y violencias sociales*, 2012, pp. 235-262. Tras la reforma del artículo 510 operada en 2015, vid. GASCÓN CUENCA, “La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento penal español: la modificación del artículo 510 CP”, *Cuadernos Electrónicos de*

primera cuestión a tratar, huelga recordar que aunque admitiéramos que el delito (que *todo* delito) es un acto expresivo/comunicativo - que en un homicidio el hecho puramente fáctico de que exista un cadáver porque el autor le asestó una puñalada es irrelevante, porque lo que importa es el efecto expresivo que matar a otro supone -; no puede negarse la diferencia entre actos de habla y actos que no lo son, si abandonamos concepciones causal-naturalísticas de la *acción*⁹⁰. El discurso de odio, ya sea oral o escrito, comprende delitos caracterizados por emitir un determinado enunciado lingüístico: lo que confiere un significado a estos delitos no exige atender a los “hechos brutos”, sino a los “hechos institucionalizados”. No se trata de atender al hecho de que se mueva la laringe del autor o se deslice su mano asiendo un bolígrafo por una cuartilla. En efecto, no es el fenómeno físico lo más relevante para la comisión de estos delitos: al tratarse de delitos cometidos por *palabras*, es el complejo sistema formal de normas convencionales que rigen el lenguaje el que les dotará de significado.

Desgraciadamente, no parece que pueda hablarse de una noción inequívoca de cuáles pueden ser considerados como tales discursos. La STC del Pleno Nº 235/2007, de 7 de noviembre, paradigmáticamente, se remitió en su momento a tres sentencias del TEDH (casos Erdogdu, Gündüz y Erbakan), así como a la definición de *hate speech* de la Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 30 de octubre de 1997⁹¹, con el fin de proponer una definición que, quizás, resulta un tanto “forzada”. Analizando estas cuestiones, ha señalado Landa que “[c]ómo deba entenderse tal discurso depende, por tanto, de una labor fundamentalmente de inducción a partir de los casos que se van resolviendo y, por ello, es probable que no podamos hablar de uno sino, más bien, de un conjunto de discursos del odio con solapamientos que agrupan como elemento común un determinado patrón de supuestos.”⁹²

En este sentido, se invoca con frecuencia el “discurso de odio” para delimitar algunas manifestaciones del Derecho fundamental a la libertad de expresión de otras que constituirían conductas delictivas, y que por ende no estarían amparadas por aquél. Estas referencias al “discurso de odio” suelen ir vinculadas a determinada clase de delitos. En efecto, aunque no exista un concepto unánime, se admite a nivel europeo que el discurso de odio comprende varias formas de expresión, ya sea verbalmente o por escrito (por ejemplo, un cómic, como en la STC nº 176/1995, de 11 de diciembre)⁹³. Esto implica que la mayor parte de

Filosofía del Derecho, Nº 32, 2015, pp. 72-92; y GASCÓN CUENCA, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, 2015, 240 págs.

⁹⁰ Sobre esta cuestión, ampliamente RUIZ ANTÓN, “La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras”, *ADPCP*, 1998, pp. 5-34.

⁹¹ Que, conforme consta en su Apéndice (*Scope*), vendría a ser “toda forma de expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo: la intolerancia expresada a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra minorías, inmigrantes y personas de origen inmigrante”.

⁹² Vid. 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*, Nº 7, 2012, cit. pp. 331-332.

⁹³ En un sentido muy amplio, incluso, una resolución judicial, si de un delito de prevaricación al que sea de aplicación el artículo 22.4º CP estamos hablando (ese fue el caso de la STSJ Murcia nº 5/2008, de 23 de diciembre).

los crímenes de odio cometidos a través de Internet sean considerados, además de *hate crimes*, *hate speech*.⁹⁴

En nuestro ordenamiento ha adquirido relevancia el término respecto de los delitos de terrorismo, de forma que una modalidad de ese "discurso" sería, por ejemplo, su apología⁹⁵ (cuestión que no deja de resultar llamativa, habida cuenta que fuera del ámbito de los discursos no suele admitirse, pese a su relación, que los delitos de terrorismo sean delitos de odio). Pero el Tribunal Supremo también denomina "discursos de odio" otros supuestos, por ejemplo para referirse a cualquier manifestación de carácter antisemita⁹⁶. Es decir, que no se trataría únicamente de un discurso de odio político, sino también étnico o cultural. La definición conceptual más ajustada ha de ser por lo tanto amplia e inclusiva⁹⁷. Así, un discurso de odio podría definirse como cualquier forma de expresión que denigre a una persona o grupo de personas por razón de alguna de sus características, como pudieran ser su pertenencia a una etnia o religión, su nacionalidad, su género o su orientación sexual⁹⁸.

En cuanto a la relevancia penal de los discursos de odio, lo cierto es que se han producido importantes iniciativas, tanto a nivel internacional como europeo, que abogan por el establecimiento de sanciones para quien profiera este tipo de discursos. La jurisprudencia del Tribunal Supremo también se ha hecho eco de

⁹⁴ MANN/SUTTON/TUFFIN, "The Evolution of Hate Social Dynamics in White Racist Newsgroups", *IJC*, 2003, 32 pp.

⁹⁵ Como muestra, valga la pena citar la STS, Sala 2ª, nº 299/2011, de 29 de abril, que delimita el Derecho fundamental a la libertad de expresión de este vetado discurso: "Todo ello nos lleva a la conclusión de que el delito de exaltación/justificación del terrorismo o sus autores se sitúa extramuros del delito de la apología clásica del art. 18 CP, pero sin invadir ni cercenar el derecho de libertad de expresión. Zona intermedia que, como ya hemos dicho, debe concretarse cuidadosamente caso a caso. ¿Cuál es esa zona intermedia? se pregunta la sentencia referenciada 224/2010. Y a ello se responde que, de acuerdo con la concreta previsión contenida en la Exposición de Motivos de la Ley 7/2000, el bien jurídico protegido estaría en la interdicción de lo que el TEDH - SSTEDH de 8 de julio de 1999, *Sürek vs Turquía*, 4 de diciembre de 2003, *Müslüm vs Turquía* y también nuestro Tribunal Constitucional STC 235/2007 de 7 de noviembre - califica como el discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrorizamiento colectivo como medio de conseguir esas finalidades."

⁹⁶ Como señala la STS nº 1396/2011, de 28 de diciembre, confirmando una condena a una asociación ilícita ex artículo 515.5º CP, considerada "homófoba, xenófoba y antisemitista": "se está ante una asociación del todo semejante a la que fue objeto de la STS 372/2011 de 10 de Mayo [...] que promueve el odio o la violencia [...] En relación al "discurso del odio", STS 224/2010 de 3 de Marzo, en relación al terrorismo, pero doctrina plenamente aplicable a este supuesto."

⁹⁷ Desde luego, no limitada por razón del estereotipo de quien suela proferir estos discursos. Como señala la FGE en su Memoria del año 2012, p. 186: "el discurso del odio no es patrimonio exclusivo de determinados pensamientos religiosos radicales", pues late en todo pensamiento radical "sea cual sea su signo".

⁹⁸ En este sentido, NOCKLEBY, "Hate speech", LEVY/KARST (ed.), *Encyclopedia of the American Constitution*, 2000, pp. 1277-1279; o KINNEY, "Hate speech and Ethnophaulisms", DONSBACH (ed.), *The International Encyclopedia of Communication*, 2008 (<http://www.blackwellreference.com>).

ellas, mencionando la necesidad de sancionar penalmente no sólo discursos relacionados con la apología del terrorismo, sino también de carácter antisemita. De especial interés a estos efectos resulta lo expuesto en un voto particular del a la STS nº 259/2011, de 12 de abril:

“Numerosos convenios internacionales y organismos dependientes del Consejo de Europa y de Naciones Unidas, propician en sus recomendaciones la punición de conductas como la que es objeto de los tipos aplicados en la sentencia impugnada, que han englobado bajo la rúbrica de “discurso del odio”. Así, cabe citar las siguientes: - La Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio. - El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo art. 20 indica que “toda apología del odio nacional, racial o religioso, que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, estará prohibida por la ley”. - El Convenio Europeo de Derechos Humanos, que limita la libertad de expresión en relación con las manifestaciones racistas y xenófobas. - La Convención de Naciones Unidas sobre eliminación de toda forma de discriminación racial (ICERD). - La Recomendación R (97) 20, aprobada el 30 de octubre de 1997, y la Recomendación 7, de 13 de octubre de 2002, de política general acerca de la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial en la Comisión Europea contra el racismo y la Intolerancia (CERI). - La Recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre blasfemia, insultos religiosos y discursos del odio contra personas por razón de su religión, que ha recomendado la conveniencia de sanciones penales a sus autores. - La Resolución 60 de la Asamblea de Naciones Unidas, de 1 de noviembre de 2005. - La Decisión Marco del Consejo de Europa para luchar contra el racismo y la xenofobia. - La Convención Europea sobre el cibercrimen⁹⁹. La Recomendación nº 7 de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia, identifica el discurso del odio con aquellas expresiones que intencionadamente difundidas implican: a) una incitación pública a la violencia, el odio, la discriminación; o b) insultan y difaman públicamente contra personas o grupos de personas por razón de su raza, color, lengua, religión, nacionalidad u origen, nación o etnia. La Recomendación R (97) 20 sobre el discurso del odio, en el ámbito del Consejo de Europa, define el mismo como aquel que “cubre todas las formas de expresión que extienden, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otra forma de odio basada en la intolerancia”. En la doctrina y en la jurisprudencia de los Tribunales supranacionales, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros organismos, como el Comité de Naciones Unidas, se ha acuñado el concepto de discurso del odio, para referirse a situaciones en las que se produce la difusión de expresiones que instan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otra forma de odio basada en la intolerancia. [...] Una vez determinada la existencia de tipicidad que consiste, como he señalado en la interdicción de difundir mensajes de odio, mensajes con los que se difundan expresiones que instan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier forma de odio basado en la intolerancia, no es posible aplicar, como cobertura justificante, el ejercicio de la libertad de expresión. En este sentido, disponemos de pronunciamientos de tribunales supranacionales sobre el discurso del odio, entre las que destacamos las Sentencias del Tribunal

⁹⁹ No cabe duda de que muchos de estos “discursos de odio” se realizan a través de Internet. Vid. el Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU sobre el empleo de Internet para incitar al odio racial y difundir propaganda racista y xenófoba, y sobre las maneras de promover la cooperación internacional en este ámbito, de 27 de abril de 2001.

especial para Ruanda, casos Nahimena, Barayaguriza y Ngeze, en las que se condena a titulares de medios de comunicación social desde los que se emitieron ideas de odio. También contamos con pronunciamientos del Comité de Naciones Unidas, casos Ross contra Canada o Faurisson contra Francia. En esta última resolución, de 16 de diciembre de 1996, el Comité de Naciones Unidas declara que no se vulnera la libertad de expresión (art. 19 del PIDCyP), "dado que, leídas en su contexto completo, las declaraciones hechas por el autor podían suscitar o reforzar sentimientos antisemitas, las restricciones favorecían el derecho de la comunidad judía a vivir sin temor de una atmósfera de antisemitismo"

Además, este mismo voto particular enumeraba los tipos penales de nuestro Código susceptibles –conforme a la legislación entonces vigente- de ser catalogados como pertenecientes al discurso de odio:

"El legislador español ha introducido en diversos tipos penales la punición del denominado discurso del odio. Así ocurre en los casos del delito de apología del terrorismo; del delito de enaltecimiento del terrorismo, con sus dos previsiones típicas, el enaltecimiento o justificación del terrorismo y el menosprecio y humillación de sus víctimas; la negación del genocidio (antes de la STC 235/2007); o de la punición de mensajes racistas y xenófobos o expresiones que provoquen el odio o la discriminación de los colectivos relacionados en el art. 510 del Código penal. En estos preceptos el odio es el elemento común de estas expresiones, tanto en el sentido de estar movidas por el odio, como, sobre todo, por tratar de transmitir ese mismo odio a los destinatarios del mensaje. La estructura de estos tipos penales participa de la naturaleza de los delitos de peligro. Aunque existan colectivos afectados por la agresión, eso no afecta a la estructura del tipo de peligro, bastando para su realización con la generación de ese peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del "discurso del odio" que lleva implícito el peligro al que se refiere el tipo."

No entraremos, por innecesaria a los efectos que nos ocupan, en la discusión de si este entendimiento del "discurso de odio", como sugiere el precitado voto particular, "*participa de la naturaleza*" de los delitos de peligro¹⁰⁰ o, más bien, de los delitos de clima¹⁰¹. Sí salta a la vista que –precisamente por partir de tal apreciación- el artículo 22.4^a CP no consta anteriormente enumerado como susceptible de aplicación respecto de "discursos de odio". Y, sin embargo, ello no impide que podamos encontrarnos ante un aparente supuesto de *hate speech* en el que concurra esta circunstancia agravante¹⁰². Por ejemplo, al agravar mediante ella un delito de injurias¹⁰³.

¹⁰⁰ Sobre los delitos de peligro, esencial MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, 2001, 216 pp. y LA MISMA, "Principio de precaución, Derecho penal del riesgo y delitos de peligro", ROMEO CASABONA (ed.), *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, 2004, pp. 435-473.

¹⁰¹ Sobre el origen de esta idea de los "delitos de clima" (los cuales sancionarían la provocación o mantenimiento de un "clima" que incite al delito o la violencia), vid. JAKOBS, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung", *ZStW*, 1985, pp. 751-785 (trad. PEÑARANDA RAMOS en JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, pp. 293-324).

¹⁰² Obviamente, sería necesario atender a las posibles interacciones del principio de inherencia, si es que se pretendiera aplicar la agravante a una conducta enmarcada en alguno de los tipos penales que sí menciona el voto particular a la STS n° 259/2011.

¹⁰³ Ya existe algún autor que ha considerado que el delito de injurias al que fuera de aplicación el artículo 22.4^a CP se enmarcaría en la misma clase de delitos que los tipificados en los artículos 510 y

Sea como fuere, puede apreciarse que en España se emplea el concepto de “discurso de odio”, sin mayores matices, para referirse necesariamente a los delitos efectivamente tipificados en el Código Penal. Es decir, que se da por supuesto, al mentar el “discurso de odio”, que nos referimos a una subcategoría de delitos de odio consistente en un acto de habla: todo *hate speech* sería, pues, un *hate crime*. Esta presunción no resulta en absoluto evidente en ordenamientos anglosajones, donde se originó el término de *hate speech* y donde precisamente se debatía si el discurso de odio debía ser un delito de odio (un debate habitual y es el que encabeza el interrogante: *should hate speech be a crime?*). En ordenamientos anglosajones, parece más clara la diferencia entre un discurso de odio, que lo es aunque no esté penalmente tipificado (*hate speech*) y un delito de discurso de odio, esto es, el discurso sancionado por la Ley penal (*hate speech crime*).

Sancionar penalmente algunos discursos es acorde con nuestra Constitución, al menos en lo que a una posible afectación al Derecho a la libertad de expresión se refiere, y no genera excesivas fricciones si asumimos que históricamente hemos contado con delitos consistentes en actos de habla, como la injuria o la calumnia. Esta cuestión no es, ni mucho menos, pacífica en ordenamientos anglosajones. En EE.UU., donde se originó el término de “discursos de odio”, se alzó al unísono un importante sector doctrinal que abogaba por la inconstitucionalidad de sancionar estas conductas, argumentando que ello vulneraría la Primera Enmienda¹⁰⁴. En aras de centrar esta polémica, rememoraremos la distinción entre crímenes y discursos de odio, presente en un informe del año 1993 del Departamento de Comercio de los Estados Unidos al Congreso¹⁰⁵, en la que se empleaba el término de “discurso de odio” como *no necesariamente* delictivo. Conforme a esta distinción, un crimen de odio sería un *delito* (esto es, tipificado) en el que se sanciona al autor, normalmente de forma agravada, por haberlo cometido debido al odio que siente hacia una determinada característica de su víctima. Un discurso de odio sería, simplemente, una forma de expresión a través de la cual puede manifestarse dicho odio. Si una forma de discurso de odio tiene prevista legalmente una sanción penal, estamos ante un crimen de odio que es, *también*, un discurso de odio.

En EE.UU., la doctrina ha constatado que existe una divergencia con las posturas mayoritarias de los ordenamientos de corte europeo continental. Comúnmente se atribuye a que en la configuración de su ordenamiento jurídico, la libertad de expresión ocupa un lugar más “destacado” que en los ordenamientos europeos, y de ahí que sea su legislador más reacio a sancionar (civilmente incluso) discursos, aunque inciten indirectamente al odio, como muestra su despenalización de los llamados *fighting words*¹⁰⁶. Tampoco debe

607.2 CP en tanto que manifestaciones, cada una con sus particularidades dogmáticas, del discurso de odio (vid. MAQUEDA ABREU, “Els Limits de la Intervenció Penal contra el Racisme i la Xenofòbia”, AA. VV., *El racisme i la xenofòbia a les societats democràtiques: manifestacions i eines per combatre-les*, 2008, p. 25, n. 28). Por otra parte, incluso se plantea PÉREZ DE LA FUENTE, “El enfoque español sobre lenguaje del odio”, PÉREZ DE LA FUENTE/OLIVA MARTÍNEZ (ed.), *Una discusión sobre identidad, minorías y solidaridad*, 2010, p. 150; si, dada la escasa aplicación del artículo 510 CP, no sería mejor estrategia vincular el discurso de odio al delito de injurias.

¹⁰⁴ Vid. SCHAUER, “The Exceptional First Amendment”, KSG, 2005 (<http://papers.ssrn.com>).

¹⁰⁵ Vid. BROWN/IRVING, *The Role of Telecommunications in Hate Crimes*, Springfield, 1993, *passim*, 71 pp.

¹⁰⁶ Sin ánimo de extendernos, este concepto hace referencia a “expresiones provocadoras” que podían ser objeto de sanción en algunos casos. En 1990, unos jóvenes quemaron unas cruces, al estilo intimidatorio del KKK, frente a la casa de una familia afroamericana. Finalmente, la Corte Suprema concluyó en 1992 que, si bien éticamente reprobable, era inconstitucional la normativa (*St. Paul, Minnesota's Bias-Motivated Crime Ordinance*) que sancionaba tales conductas. Vid. AMAR,

obviarse que el debate sobre el discurso de odio se genera allí en los años 20 del pasado siglo, cuando colisionan las pretensiones de los defensores de Derechos de colectivos católicos y judíos con la recién constituida ACLU, que defendía la vigencia de la Primera Enmienda para amparar, entre otros, los discursos antisemitas del KKK. Entonces, los tribunales dieron la razón a la ACLU, pero el debate emergió nuevamente con fuerza a partir de 1980¹⁰⁷.

Las posturas más radicales, en un guiño *orwelliano*, han llegado a afirmar que la sanción del *hate speech* ensalzaría una forma de *Newspeak*¹⁰⁸ y que la sanción penal del discurso de odio es una forma de censura incompatible con la Primera Enmienda¹⁰⁹. Por el contrario, quienes abogan por su sanción arguyen que el discurso de odio incita a la comisión de otros delitos, o la fundamentan porque “en ocasiones debemos bajar el volumen de la voz de algunos para poder escuchar las voces de los demás”¹¹⁰. En particular, se ha llegado a afirmar que suponen incitación indirecta, apología o pretendida justificación para una determinada clase de delitos: los demás crímenes de odio, como un delito de lesiones racistas incitado por un discurso de odio racista¹¹¹. Ahora bien, tanto unas como otras posturas admiten que el *hate speech* puede denominarse como tal aunque no se encuentre tipificado penalmente.

Así las cosas, conceptualmente, parece oportuno distinguir esas dos nociones (*hate speech* y *hate speech crime*) a la hora de introducir el concepto de discurso de odio en nuestro ordenamiento. Un discurso de odio no tiene por qué ser necesariamente delictivo (esto es: estar tipificado como delito). Si determinados actos de habla tienen un contenido expresivo-comunicativo del odio o prejuicio del autor hacia determinada persona por razón de una condición personal, o generan un efecto discriminatorio en un colectivo caracterizado por una condición personal, podemos denominarlos “discurso de odio”. Si esos discursos de odio, además, están tipificados penalmente (como nuestro artículo 510 CP) serán al mismo tiempo discursos de odio y delitos de odio, o delitos de discurso de odio. Nuestro Código Penal sólo tipifica –valga la obviedad, dada su naturaleza penal- delitos de discurso de odio, pero nuestro ordenamiento jurídico (e.g., legislación administrativa sancionadora) también castiga otras formas no delictivas de discurso de odio.

"The Case of the Missing Amendments: R.A.V. v. City of St. Paul", FSS, 1992 (http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1039).

¹⁰⁷ Vid. WALKER, *Hate Speech. The History of an American controversy*, 1994, pp. 17-37 y 127 y ss.

¹⁰⁸ El lenguaje “políticamente correcto” de la novela 1984 de ORWELL. Vid. FALLON, “UK-USA: The British Character of America”, TSC, 2001, pp. 91-95.

¹⁰⁹ Vid. WOLFSON, *Hate speech, sex speech, free speech*, 1997, p. 47 y ss.

¹¹⁰ FISS, *The irony of free speech*, 1996, op. cit., p. 18: “Sometimes we must lower the voices of some in order to hear the voices of others”.

¹¹¹ CORTESE, *Opposing Hate Speech*, 2006, 235 pp.

Clarificaciones conceptuales. Apartado 3.

+ Un delito de discurso de odio (*hate speech crime*), respetando la definición de la Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y la posterior de la ECRI, es todo aquel acto de habla (i.e., manifestación expresivo-comunicativa) sancionado penalmente que pueda considerarse delito de odio.

+ Los delitos de discurso de odio consisten paradigmáticamente en delitos de peligro o de clima (que favorecen, por ejemplo, la comisión de otros delitos de odio que no consistan en discurso), en los que se sanciona la incitación al odio y a la violencia, como por ejemplo la conducta tipificada por el artículo 510 CP. Nada obsta, sin embargo, a que puedan considerarse delitos de discurso de odio otras conductas típicas consistentes en actos de habla, como un delito de injurias agravado por la vía del artículo 22.4ª CP.

+ El discurso de odio (*hate speech*) se refiere a actos de habla con un contenido expresivo-comunicativo del odio o prejuicio del autor hacia determinada persona por razón de una condición personal, o que generan un efecto discriminatorio en un colectivo caracterizado por una condición personal.

+ Todo delito de discurso de odio es un delito de odio y es una manifestación del discurso de odio, pero no todo discurso de odio es delito de odio (ni delito de discurso del odio). Un discurso de odio no requiere estar sancionado penalmente para poder denominarse de esta manera.

4. **Delitos odiosos (*heinous crimes*)**

Conviene establecer desde este momento una clara distinción entre los “crímenes de odio” (*hate crimes*) y los “crímenes odiosos” (*heinous crimes*). Este último término es empleado para referirse a hechos delictivos en los que, como señala Silva, “*resulta fácil contemplar al delincuente como el “otro” (en el sentido de “no-yo”)*” y cuya tipificación por los Estados miembro de la Unión Europea constituye una de las líneas maestras de la armonización comunitaria en materia penal¹¹²; debiendo añadirse que también juega este concepto un importante papel en materia de competencia en Derecho Penal Internacional¹¹³. Sin embargo, suele igualmente emplearse en foros no estrictamente jurídicos, ya sean más cercanos a la criminología¹¹⁴ o a la literatura¹¹⁵. Es por ello esencial una aproximación a esta noción, con el fin de diferenciarla de otros conceptos relacionados.

En el caso de los *heinous crimes*, a diferencia de lo que sucede en los *hate crimes*, el odio no lo siente el delincuente como elemento inspirador de su conducta, sino la comunidad al considerar *odioso* que se cometan ciertos crímenes. Como puede apreciarse, se trata de un claro ejemplo de la dialéctica *schmittiana* del amigo/enemigo¹¹⁶ que imbuje los postulados del llamado Derecho penal del enemigo¹¹⁷. Podríamos exponer sucintamente esta dialéctica afirmando que la mera existencia de un determinado colectivo podría llegar a negar nuestra identidad, nuestro yo (un “yo” compuesto de elementos de identidad colectivos, opuesto al representado por los elementos que definen al enemigo): su identidad representaría todo aquello que nos es opuesto. De esta forma se convertiría en nuestro enemigo: un ser necesariamente “odioso”¹¹⁸.

Extrapolando sucintamente lo anterior al ámbito penal, podríamos decir que los valores liberal-democráticos que inspiran nuestro ordenamiento implican el rechazo de determinadas conductas y que quienes las realizan no aceptan los presupuestos básicos de nuestra sociedad. Podrían por ello ser tildados de enemigos, en tanto que su existencia supone la inserción en nuestra sociedad de valores que le son ajenos u opuestos. Se ha

¹¹² SILVA SÁNCHEZ, “La reforma del Código Penal: Una aproximación desde el contexto”, *DLL*, 2010, p. 2.

¹¹³ CASSESE, “Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et Justice Pénale Internationale?”, CASSESE/DELMAS-MARTY, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, 2002, pp. 13-29. El autor comenta la importancia de que un delito sea considerado como un “crimen odioso” para que pueda serle reconocida a un Estado una competencia universal para el enjuiciamiento de esos hechos, tomando como base el voto particular de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal a la Sentencia de 14 de Febrero de 2002 de la CIJ (República de Congo c. Bélgica). Entendió la CIJ que era necesario, entre otros requisitos, que la jurisdicción penal universal sólo se ejerciera respecto de aquellos crímenes que la comunidad internacional considera más odiosos (“*the most heinous*”/“*les plus odieux*”, *vid.* § 60).

¹¹⁴ GREIG/MARLOWE, *Evil beyond belief: An A-Z of heinous crimes*, 2008, 304 pp.

¹¹⁵ BECKER, *Heinous Crimes, Immoral Minds*, 2010, 130 pp.

¹¹⁶ No obstante, también se encuentran los crímenes de odio vinculados a la dialéctica *schmittiana*, pues quien comete un delito por su odio y prejuicio hacia una condición personal de su víctima normalmente lo hace porque le considera un enemigo, una fuente de peligros para su modo de vida. *Vid.* GREEN/MCFALLS/SMITH, “Hate crime: An emergent research Agenda”, *ARS*, 2001, pp. 479-504.

¹¹⁷ Pueden consultarse las diversas posturas de la discusión existente sobre la noción de Derecho penal del enemigo en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión.*, 2006, 2 vol.

¹¹⁸ SCHMITT, *The concept of the political*, 1996, p. 27 y ss.

producido así un fenómeno (como parte de la llamada “expansión del Derecho penal”) conforme al cual se han ido erosionando algunas garantías clásicas para luchar contra determinada clase de criminalidad (paradigmáticamente, la macrocriminalidad), al resultar ésta “antipática”, o incluso “odiosa”¹¹⁹. En otras palabras, por ser crímenes odiosos.

Con el fin de clarificar este concepto, es preciso recordar que la tradición aristotélica considera que lo “odioso” es aquello ausente de virtud, de forma que las personas que normalmente odiamos son aquellos en quienes concurren vicios¹²⁰. Evidentemente, determinar lo que es “odioso” requiere inevitablemente de un componente evaluativo de índole moral, por peligroso que ello resulte¹²¹. En este sentido, una característica del *enemigo* es la de ser odiado por la sociedad, como consecuencia de su rechazo a los principios inspiradores del sistema¹²². Ese “merecimiento” de ser odiados vendría motivado por el rechazo a esos presupuestos básicos de nuestra sociedad. Pero igualmente, son “odiosos” porque “contrarían los

¹¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2008, p. 73.

¹²⁰ KONSTAN, *The emotions of the Ancient Greeks...* op. cit., p. 190 y ss. Esta asimilación de lo odioso con lo “no virtuoso” no es extraña al empleo del término por parte de operadores jurídicos en nuestro país. Por ejemplo, el Defensor del Pueblo, en su informe de 1990, lo utiliza en un sentido que parece querer denotar la ausencia de una virtud ética aristotélica: “No por obvio vamos a dejar de decir aquí que si los retrasos en dictar resoluciones tienen siempre un efecto negativo en los interesados que las esperan, éste se multiplica hasta hacerse odioso cuando afecta a un colectivo de tan avanzada edad y que ha esperado tan largo tiempo para que le sean reconocidos sus derechos” (p. 529).

¹²¹ El concepto de “persona odiosa” como viciosa e inmoral no es ajeno al Derecho penal. En particular, para el afortunadamente superado Derecho penal de autor, al cual podría reconducirse la Ley de vagos y maleantes, de 4 de agosto de 1933. Esos “maleantes”, a quienes podían imponerse medidas de seguridad por encontrarse en “estados peligrosos” se definían, en gran medida, por el vicio. De hecho, los “maleantes” no eran necesariamente “delincuentes” (el artículo 2º.10º diferenciaba los dos términos), sino sujetos “viciosos”. Así, eran maleantes - a la vista de que el artículo 5º definía como tales a todos los enumerados por esta ley que no fueran “vagos” - “los rufianes” (artículo 2º.2º). Ello podía ser sinónimo de proxeneta, pero también de “hombre sin honor, perverso, despreciable” (2ª acepción del diccionario de la RAE). Así pues, de sujeto vicioso, y por ello, odioso. De hecho, los homosexuales fueron en la práctica incluidos en este concepto legislativo de “maleante”, dado “que proporcionaban un espectáculo odioso y degradante” (vid. HEREDIA URZÁIZ, “Control y Exclusión Social: La Ley de Vagos y Maleantes en el Primer Franquismo”, ROMERO/SABIO (coords.), *Universo de Micromundos*, 2009, p. 116). Posteriormente, con la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social, se terminaría considerando expresamente en “estado peligroso” a “los que realicen actos de homosexualidad” (artículo 2º.3º). No obstante, precisamente el cambio de paradigma, en un moderno Estado liberal-democrático, impediría que al efectuar una evaluación sobre lo “odioso” llegáramos a análogas conclusiones: lo odioso vendría a ser establecer diferencias de trato atendiendo a la orientación sexual, una condición personal salvaguardada por el principio de igualdad.

¹²² Obviamente, esto plantea el problema “de denominar como tal a cualquier oponente odiado” (AMBOS, *El Derecho Penal frente a amenazas extremas*, 2007, p. 102). El concepto de enemigo es de difícil delimitación, y por lo tanto aquí se expone la siguiente idea con fines descriptivos y clarificadores del concepto de *heinous crime*, sin mayores pretensiones: quien comete un crimen odioso puede ser denominado “enemigo” a los efectos del llamado Derecho penal del enemigo.

designios o las presunciones que las leyes favorecen”¹²³: esos mismos principios rectores de nuestra sociedad democrática. Dicho esto, si entendemos que el Código Penal es una Constitución en negativo¹²⁴, afirmar que un crimen es odioso porque atenta contra los principios rectores de nuestra sociedad no parece arrojar demasiada luz sobre el concepto.

Quizás sea más sencillo delimitarlo esbozando algunas cuestiones sobre su relación con los crímenes de odio. Comenzaremos analizando la posibilidad, a efectos clarificadores de esta noción de crimen odioso, de que los autores de un crimen de odio consideren a su víctima un “enemigo” desde una perspectiva *schmittiana*¹²⁵. Para ello, detengámonos en una idea clave para entender la psique de una clase de autor de crímenes de odio: la “culpabilidad de nacimiento”. Los Estados liberal-democráticos no pueden admitir un Derecho penal que no sea del hecho, no pueden admitir una culpabilidad penal de nacimiento. Por ello, actualmente el Legislador penal ha llegado a considerar que procede agravar la responsabilidad penal de quienes cometen ciertas conductas inspiradas en el odio hacia un sujeto por determinadas características “de nacimiento”. Pero eso no obsta para que el autor de un crimen de odio sí pueda asumir la idea de la supuesta “culpabilidad por nacimiento” de su víctima.

Podríamos simplificar el supuesto a través del siguiente ejemplo: unos sujetos alimentan la idea de una identidad común única (ya sea por la supuesta superioridad de su *endogrupo*, por su carácter “vulnerable” o por particularidades sociopolíticas objeto de injusticias históricas). Esos sujetos consideran que su identidad única y colectiva se encuentra amenazada e indefensa frente a “los enemigos”: aquellos individuos que no comparten las características que configuran su identidad única. De ahí que deseen causarles un mal (les odien) debido a motivaciones relativas a su raza o su orientación sexual: las víctimas serían “culpables de nacimiento”, al no compartir las características que definen su identidad única. En ocasiones, ha sido el Estado quien ha alentado el castigo a quienes diferían de la identidad única, como hizo la Alemania nazi a través del llamado Derecho penal de autor¹²⁶. Como decíamos, un Estado liberal-democrático no puede asumir la idea de la “culpabilidad de nacimiento” de alguno de sus ciudadanos, e incluso ha establecido sanciones penales para quien actúa guiado por motivos que guardan mucha relación con esa creencia.

Pues bien, es posible que un Estado como el nuestro *odie* a quienes cometen un crimen de odio. Efectivamente, hemos señalado que nuestro Estado liberal-democrático rechaza los postulados del Derecho penal de autor y de la culpabilidad por nacimiento, ya que atentan contra sus principios esenciales¹²⁷. Siendo

¹²³ Diccionario de la RAE: “odioso, sa. (Del lat. *odiōsus*). 1. adj. Digno de odio. 2. adj. Der. Dicho de una cosa: Que contraría los designios o las presunciones que las leyes favorecen.”

¹²⁴ Vid. Exposición de Motivos de la LO 10/1995, de 23 de Noviembre.

¹²⁵ En este sentido, véase la incongruente afirmación de un acusado ante el Juzgado de lo Penal nº 7 de Barcelona (noticia de la agencia EFE de 16/11/11): “no soy racista, odio a los moros porque son el enemigo”.

¹²⁶ Vid. BLANCO ABARCA, “La condición de “enemigo”. El ocaso de la inocencia”, CANCIO MELIÁ/POZUELO PÉREZ, *Política Criminal en Vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, 2008, pp. 257-305.

¹²⁷ Como señalaba la STC, Pleno, nº 150/1991, de 4 de julio: “la proclamación del Estado de Derecho Democrático (art. 1.1 C.E) significa, en síntesis [...] la prohibición de todo vestigio o manifestación de un Derecho penal de autor. [...] no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos -SSTC 65/1986, 14/1988 y otras-. Pero la consagración constitucional de

así, quienes cometen delitos guiados por esas creencias, quienes odian a un sujeto por razón de una característica como la raza, atentan contra esos principios esenciales. Son *enemigos* de la sociedad liberal-democrática. Y por ello sus crímenes, además de ser de odio, pueden ser considerados crímenes *odiosos* (*heinous crimes*).

Vemos así que el concepto de crimen odioso justifica el adjetivo no por el odio como motivación del sujeto activo a la hora de cometer un delito, sino por el odio que objetivamente generaría en la sociedad su conducta¹²⁸. Por ello, para determinar si un delito es un crimen odioso, es irrelevante que el sujeto activo pudiera sentir odio hacia su víctima (cuestión diferente si estuviéramos hablando de crímenes de odio). Si bien es cierto que no se trata de conceptos excluyentes (un delito puede ser doblemente catalogado como crimen odioso y de odio), también innegable es que (a diferencia de un crimen de odio) el crimen puede ser catalogado de odioso sin necesidad de atender a las motivaciones del autor.

A la vista de lo anteriormente expuesto, puede apreciarse que “crimen odioso” es una noción un tanto abstracta. Si se hace hincapié en su carácter *odioso*, para diferenciarlos de otras clases de delitos, podríamos afirmar que el concepto pretende transmitir la especial gravedad de esas conductas, que generarían así un mayor “deseo de un mal” hacia el autor. Pero no necesariamente se trata de una *gravedad* entendida como la del “delito con pena grave” ex artículo 33.2 CP, sino desde el concepto de “crimen social”¹²⁹. No es posible, por lo tanto, elaborar un *numerus clausus*¹³⁰ de “crímenes odiosos” en nuestro ordenamiento, si bien partiendo de que se trata de ámbitos en los que suelen incidir las exigencias europeas armonizadoras, se

este principio [de culpabilidad por el hecho] no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo”.

¹²⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, “Recensión a ‘Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens’ (la punibilidad de la negación de la existencia de Auschwitz) de Thomas Wandres”, ADPCP, 2000, p. 1208: “el enemigo no se puede definir subjetivamente o por las motivaciones de su actuación, sino sólo objetivamente en relación a su hecho.”

¹²⁹ Concepto que se refiere a aquellos delitos graves cuya sanción no logra que se recupere la “paz social”. Este concepto de “crimen social” puede facilitar la comprensión del concepto “gravedad” aquí apuntado, a pesar de sus evidentes carencias. Vid. EMSLEY, “Albion’s Felonious Attractions: Reflections upon the History of Crime in England”, EMSLEY/KNAFLA, *Crime History and Histories of Crime*, 1996, p. 68 y ss.

¹³⁰ Existe la posibilidad, por supuesto, de que en un determinado país se establezca por vía legislativa un listado de crímenes odiosos, conforme a los principios que rigen dicha sociedad. Es lo que sucede en Brasil con la *Lei nº 8.072/90*, de 25 de Julio de 1990, de *crimes hediondos*. Esta ley establece un *numerus clausus* de estos crímenes “horribles”, para cuyos autores recorta diversas garantías (su régimen penitenciario deja de ser progresivo, se imposibilita la fianza o el indulto, etc.), lo cual es objeto de críticas doctrinales (por todas, vid. SOUZA E SILVA, *Crimes Hediondos & Progressão de Regime Prisional*, 2007, p. 19 y ss.). Cumplen pues con todos los requisitos de los crímenes odiosos: generarían objetivamente una emoción negativa en la sociedad (en este caso, identificada con el horror en vez de con el odio) y se produce una expansión del Derecho penal, recortando garantías a los autores. Nótese que para que un delito se considere odioso, no necesariamente es el odio la emoción que imperativamente debe suscitar esa conducta, sino que podría ser incluso asco o repugnancia. Como señalara MILLER, “el odio que siente una sociedad respecto del vicio y de lo que es impropio necesariamente incluye la repugnancia y no puede sostenerse sin ella” (vid. NUSSBAUM, *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, 2006, p. 17).

admiten como “crímenes odiosos” los delitos de terrorismo, criminalidad organizada, explotación sexual y pornografía infantil, inmigración sexual o trata de seres humanos¹³¹.

Sirva lo anterior para afirmar que el concepto de crimen odioso planea en paralelo al de crimen de odio. La posibilidad de catalogar una conducta de una u otra manera se sustenta en distintas cuestiones. Buena muestra de ello la ofrece la jurisprudencia de ordenamientos anglosajones: al etiquetar un delito como “crimen odioso”, atiende a los hechos objetivos. Un crimen odioso sería el crimen *objetivamente* “horrible” o “depravado” (si se prefiere, “abyecto”), sin necesidad de entrar a valorar la concurrencia de una determinada motivación en la psique del autor o un efecto en un colectivo discriminado.¹³²

Sin perjuicio de lo anterior, aunque no puede afirmarse que los crímenes de odio sean una subcategoría de crímenes odiosos, nada impide que un determinado ordenamiento considere que todo crimen de odio es, también y necesariamente, odioso. A este respecto, valga la pena recordar la conocida STC, Sala 2ª, nº 13/2001, de 29 de enero:

“este Tribunal se ha manifestado ya [...] afirmando tajantemente el carácter odioso¹³³ de la aludida forma de discriminación [...] El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos». Y si bien las aludidas manifestaciones las efectuábamos en relación con el ataque al honor dirigido contra todo un pueblo (en el caso considerado, el judío), tal rechazo absoluto es predicable también de aquellas conductas que, proyectadas sobre un solo individuo, encuentran su motivación en la pertenencia de éste a un determinado grupo racial, étnico o religioso. Finalmente en la STC 176/1995, de 11 de diciembre¹³⁴ (F.

¹³¹ Vid. SILVA SÁNCHEZ, “El contexto del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, A.A. V.V., *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008: algunos aspectos*, 2009, p. 17.

¹³² Sobre la precitada postura jurisprudencial y la diferenciación entre “heinous crime” y otros conceptos, vid. WELNER, “Classifying crimes by severity: From Aggravators to Depravity”, DOUGLAS et al., *Crime Classification Manual*, 2006, pp. 55-72.

¹³³ En similar sentido, sobre el carácter “odioso” de la discriminación, LASCURAÍN SÁNCHEZ, “¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación? (A propósito de la reforma del Código Penal chileno)”, PPA, 2012, p. 118: “sólo deben considerarse como “delitos de discriminación” aquellos en los que concurre un motivo grave, “odioso”, de diferenciación”.

¹³⁴ Nótese que esta resolución, pronunciándose sobre el contenido de un cómic que satirizaba el holocausto, consideró que era una manifestación de uno de los “discursos de odio”, modalidad de crimen de odio que analizaremos en el siguiente epígrafe. Señalaba la STC nº 176/2005: “A lo largo de sus casi cien páginas se habla el lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación. [...] Es evidente que todo ello está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica y refleja un claro menosprecio de los derechos fundamentales, directrices de la educación que han de recibir la infancia y la juventud por deseo constitucionalmente proclamado (artículo 27.2). Lo dicho hace que entren en juego los límites que para protegerlos marca la Constitución y, por lo mismo, el respeto a la moral que contiene el Convenio de Roma (artículo 10.2; Sentencia del TEDH de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside y STC 62/1982). En tal sentido incide también el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, cuyo artículo 20.2 establece que se prohíba por Ley «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia». Así, nos encontramos con que una

4, párrafo 4) tuvimos ocasión de afirmar, como colofón de todo el razonamiento desarrollado en ella, que el mensaje racista está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica.”

Es decir, que las conductas cometidas por motivos discriminatorios, podrían ser entendidas - atendida esta lógica del Tribunal Constitucional y a pesar del sentido del fallo en aquella ocasión – como “odiosas”.

Es importante señalar que el concepto de *heinous crime* suele ir referido, en la práctica anglosajona, a delitos violentos - contra las personas o la integridad sexual -, en los que se produzca un resultado de lesiones físicas o psíquicas. Entre los crímenes odiosos, suelen de esta manera incluirse los crímenes de odio (*hate crimes*) si se trata de una conducta violenta¹³⁵. No obstante, la concurrencia del elemento violento no parece ser indispensable para conferir el calificativo de “odioso” a un delito. Además de la reseñada postura del Tribunal Constitucional, también ha calificado la FGE de *odiosas* conductas que en sí mismas no implican violencia.¹³⁶

Por lo tanto, puede afirmarse que un delito de odio también podrá considerarse crimen odioso, pues se comete una conducta objetivamente odiosa conforme a los principios inspiradores de nuestro ordenamiento. Esta posibilidad no es en absoluto ajena a ordenamientos de nuestro entorno.¹³⁷

misma conducta puede ser calificada, simultáneamente, de crimen de odio, discurso de odio y crimen odioso.

¹³⁵ Sobre la naturaleza del concepto de crimen odioso y las posibles motivaciones del autor, *vid.* REAMER, *Heinous crime: cases, causes, and consequences*, 2005, p. 4 y ss.

¹³⁶ Memoria de la FGE del año 2011, página 1153: “difusión del denominado «material odioso» (art. 607.2 CP)”.

¹³⁷ Esto se aprecia claramente en la circunstancia agravante, muy similar a nuestro artículo 22.4º CP, que prevé el § 33 Nr. 5 StGB de Austria, que se aplicará si el autor comete el delito por motivos racistas, xenófobos u otros “especialmente censurables”, lo cual es asimilable a “odiosos” (“*Ein Erschwerungsgrund ist es insbesondere, wenn der Täter [...] aus rassistischen, fremdenfeindlichen oder anderen besonders verwerflichen Beweggründen gehandelt hat*”).

Clarificaciones conceptuales. Apartado 4.

+ Un crimen odioso (*heinous crime*) es aquel delito que objetivamente contraviene de forma grave los principios rectores de un Estado en un momento histórico determinado.

+ Se catalogan habitualmente como crímenes odiosos conductas típicas muy dispares, desde los delitos de terrorismo o de criminalidad organizada hasta los de explotación sexual y pornografía infantil, inmigración sexual o trata de seres humanos.

+ Los delitos de odio suelen considerarse igualmente crímenes odiosos, si bien el que una conducta se catalogue como delito de odio y como crimen odioso obedece a distintos criterios

5. “Incidentes de odio”

Una vez clarificados varios conceptos que van referidos a conductas tipificadas como delito en el Código Penal (delitos de odio, delitos odiosos, delitos de discurso de odio), debemos detenernos en una noción cuyo empleo se va incrementando paulatinamente: la de “incidentes de odio”. Así, ya la Recomendación CM / Rec (2010) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, mencionaba de forma diferenciada “*los delitos de odio y otros incidentes motivados por el odio*”. Una suerte de “cajón de sastre” cuyos contornos resultan sumamente difusos, pero que se antoja esencial clarificar, precisamente, para diferenciar tales incidentes de los conceptos que hemos tratado en otros epígrafes.

En sentido negativo, parece claro que un “incidente de odio” no es un delito de odio. Comenzando por la noción de incidente, si nos atenemos a la segunda acepción del Diccionario de la RAE (“*disputa, riña o pelea*”) parece no obstante que pretende evocarse la existencia de un conflicto personal, y como muestra el auge de la llamada Justicia restaurativa, a todo delito subyace uno de estos conflictos.¹³⁸ Así las cosas, nos encontramos con que un “incidente de odio” sería un conflicto relacionado con los delitos de odio, pero que sin embargo no podría ser calificado de delito de odio. Esta es precisamente la lógica de un buen número de operadores cuando emplean este concepto: se trataría de “*incidentes relacionados con los delitos de odio*”¹³⁹. Esta cuestión reviste capital importancia, pues a nivel estadístico, en no pocas ocasiones, se agregan datos de incidentes y delitos de odio sin diferenciar ambos conceptos, lo cual genera el riesgo de distorsionar la visión que se ofrece de la realidad. Por ejemplo, si en un agregado por “tipología” (lo cual parece remitirnos a conductas delictivas, esto es, tipos penales) leemos que han acontecido en un año un total de 82 “actos racistas en el deporte”, erróneamente podríamos interpretar que nos encontramos ante 82 delitos de odio racista en el ámbito deportivo. Conclusión errónea porque tal cifra se referiría en gran medida a “incidentes de odio”, y por lo tanto un buen número de esas 82 conductas no serían delictivas.

Desplazándonos a las menciones que de este término encontramos a nivel normativo, puede apreciarse que ha tenido buena acogida en la normativa administrativa sancionadora. Así, la *Ley 19/2007, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte*, nos habla ya desde su Preámbulo de “*incidentes de signo racista*”, clarificando que estos “incidentes” cuyas consecuencias regula tienen como características las de ser “*violentos, sean de palabra, sean de hecho*”. Más recientemente, la *Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid*, muestra su preocupación por los “*incidentes que tienen que ver con la orientación sexual y/o expresión de género de la víctima*”, a la vista del “*informe de delitos de odio en España*” (nueva muestra de la agregación estadística mencionada, pues como vemos tal informe no estaría analizando solo delitos, sino también incidentes, de odio). El hecho de que estas leyes administrativas sancionadoras opten por emplear la palabra “incidente”, tomando en consideración que obviamente no pueden tipificar delitos y que sí regulan expresamente el régimen de prejudicialidad penal cuando resultare que dichos incidentes fueran constitutivos de delito (artículos 38 y 69, respectivamente en las dos mencionadas), nos ofrece otro

¹³⁸ DÍAZ LÓPEZ, “Propuestas para la práctica de la mediación penal”, *InDret* N° 3/2011, *passim*.

¹³⁹ Así los denomina el informe 2016 del Ministerio del Interior sobre “*la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España*”, disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/5791067/ESTUDIO+INCIDENTES+DELITOS+DE+ODIO+2016.pdf/c5ef4121-ae02-4368-ac1b-ce5cc7e731c2>

elemento adicional para la clarificación de este concepto: un incidente de odio es un hecho que, pudiendo ser indiciariamente constitutivo de un delito de odio, no es delito. O no puede afirmarse *todavía* que lo sea.

No por obvio procede ignorar que un delito no es un "fenómeno de la naturaleza": es la calificación que, tras la sustanciación de un proceso, puede conferirse a determinados hechos si se encuentran tipificados en una Ley penal.¹⁴⁰ Por el imperio del derecho fundamental a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) no podemos hablar de "delito" (*ergo*, tampoco de "delito de odio") en tanto no haya sido dictada una sentencia subsumiendo los hechos probados en algún tipo penal; del mismo modo que no podremos hablar de una "infracción administrativa de odio" en tanto no se dicte la oportuna resolución. Es posible que alguno de estos incidentes de odio, finalmente, acaben siendo un delito de odio, si así se determina en sentencia. Otros no pasarán de constituir infracciones administrativas, o sencillamente no serán sancionables en ningún orden jurisdiccional. El elemento común definitorio de los incidentes de odio es que son conductas indiciariamente constitutivas de delito de odio o de infracción administrativa relacionada con dichos delitos. Indiciariamente: ni más, ni menos. Remitiéndonos a lo expuesto en el epígrafe correspondiente, no es difícil concluir que un discurso de odio que no pueda catalogarse como delito de discurso de odio sí podrá ser considerado un incidente de odio.

La última pregunta que cabría plantearse es si, a pesar de no ser delitos de odio, podríamos catalogar estos incidentes de "crimen de odio". A lo largo de este informe hemos empleado "delito de odio" y "crimen de odio" en tanto que sinónimos. Como ya hemos visto, cuando se introdujo este concepto anglosajón en nuestro ordenamiento, se hizo efectuando una traducción literal de "*crime*" por "crimen". En lengua castellana¹⁴¹, si bien la primera acepción de crimen es la de "delito grave" (dejando al margen la gravedad: un crimen sería un delito; una conducta tipificada en una ley penal), su segunda acepción es la de "*acción indebida o reprehensible*". Terminológicamente, en nuestro idioma, la noción de crimen admite acepciones que no nos remiten a la Ley, sino a terrenos más cercanos a la Criminología: en castellano, un crimen de odio, a diferencia de un delito, podría no estar tipificado penalmente, e incluso no sancionado por ley alguna. La situación es distinta en inglés, donde un "*crime*" es por definición una conducta que contraviene una ley de Derecho Público¹⁴². Esto es, un "*crime*" sería una noción más próxima a la del castellano "delito" que a la de "crimen".

Así, en puridad, no sería incoherente afirmar que los incidentes de odio pueden ser crímenes de odio, aunque no sean delitos de odio. Sin embargo, con el fin de evitar ahondar en las confusiones conceptuales actualmente existentes en esta materia, no parece aconsejable esta opción. Se antoja preferible seguir empleando "crimen de odio" como sinónimo de "delito de odio", reservando para las conductas no constitutivas de delito el término menos equívoco de "incidente de odio".

¹⁴⁰ PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, 1999, p. 31.

¹⁴¹ Diccionario de la RAE.

¹⁴² Black's Law Dictionary: "A crime is an act committed or omitted, in violation of a public law, either forbidding or commanding it; a breach or violation of some public right or duty due to a whole community, considered as a community. In its social aggregate capacity, as distinguished from a civil injury. *Wilkins v. U. S.*".

Clarificaciones conceptuales. Apartado 5.

+ Los incidentes relacionados con los delitos de odio (“incidentes de odio”) son hechos que, pudiendo ser indiciariamente constitutivos de un delito de odio o de una infracción administrativa relacionada con un delito de odio, no son delito: ya sea porque no es constitutivo de infracción alguna, ya sea porque sólo es constitutivo de la infracción administrativa, ya sea porque todavía no se ha dictado sentencia condenatoria por la comisión del delito de odio en cuestión.

+ Un discurso de odio que no pueda catalogarse como delito de discurso de odio sí puede ser tildado de incidente de odio.

+ Atendiendo a las posibles acepciones de la palabra “crimen” en lengua castellana, no sería incoherente afirmar que los incidentes de odio pueden ser crímenes de odio, aunque no sean delitos de odio. Sin embargo, para evitar confusiones se antoja preferible seguir empleando “crimen de odio” como sinónimo de “delito de odio”, reservando para las conductas no constitutivas de delito “incidente de odio”.

6. El listado de condiciones personales o causas de discriminación

Para finalizar, efectuaremos una **breve clarificación conceptual** de los términos que con mayor habitualidad figuran en los tipos penales que podríamos denominar “delitos de odio”, tomando como referencia el del artículo 22.4ª CP, y que se han venido denominando por doctrina y jurisprudencia “condiciones personales” (por guardar una especial relación con el núcleo de nuestra identidad personal) o “causas de discriminación” (por ser habitualmente algunas de esas concretas condiciones las que originan comportamientos discriminatorios).

En primer lugar, el análisis de los conceptos de esta clase de listados que aquí efectuaremos no pretende ser exhaustivo. Primero, porque se debate periódicamente la inclusión de nuevas condiciones personales (como por ejemplo la situación económica, en el marco de la lucha contra la aporafobia). Segundo, porque existen voces que abogan por establecer una cláusula abierta en estos listados, y de hecho ya se ha llevado a efecto esta opción en dos “delitos de odio” (artículos 48 y 50) del nuevo Código Penal Militar, LO 14/2015: “*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*”.

Por otra parte, remitiéndonos a lo expuesto en anteriores epígrafes, es evidente que, dependiendo del modelo legislativo de delitos de odio al que adscribamos al tipo penal en cuestión, las palabras de su listado podrán tener uno u otro significado. Si entendemos que un precepto pertenece al *discriminatory selection model* legislativo de crímenes de odio, entonces cuando en su listado figuren las palabras “etnia” o “sexo”, las mismas irían referidas a una concreta etnia y a un concreto sexo del colectivo tradicionalmente discriminado al que perteneciera la víctima (e.g., etnia gitana o sexo femenino). Si el tipo penal en cuestión lo interpretamos desde la óptica del *animus model* (del principio de igualdad sean cuales sean nuestras condiciones personales, y no de la protección de colectivos tradicionalmente discriminados), entonces “etnia” y “sexo” se referirán a cualquier etnia o cualquier sexo, incluso los de los colectivos mayoritarios. A los efectos que aquí nos ocupan, dado que para clarificar qué condiciones personales serían las tradicionalmente discriminadas, un paso previo ha de ser necesariamente clarificar a qué se refiere el Legislador cuando menciona las condiciones personales mismas, efectuaremos esta aproximación terminológica desde la óptica del *animus model* legislativo de crímenes de odio.

6.1. Etnia y raza

La Decisión Marco 2008/913/JAI no define de forma inequívoca los conceptos de raza o etnia, más allá de señalar que “*el concepto de "odio" se refiere al odio basado en la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico*”. Algún intento de interpretación de esta Decisión Marco afirma que

“la enumeración es redundante, pues la raza, concepto diferente del de etnia, implica tener un color diferente (blanca, negra, amarilla y cobriza). [...] La raza –humana – se define como grupos de seres humanos que se distinguen, básicamente, por el color de su piel y otros caracteres anatómicos, diferenciándose así de la etnia, la cual identifica grupos humanos, dentro de una raza o con mezcla de ellas, que se identifican por rasgos culturales (gitanos, kurdos, etc.)”¹⁴³

¹⁴³ SANTANA VEGA, “Protección penal de la discriminación y libertad de expresión”, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una perspectiva constitucional*, 2012., pp. 128-129.

Siendo discutible la noción misma de raza humana, esta es sólo una de las posibles formas de interpretar el término. Retomando la postura del TEDH al respecto (STEDH, Sección 2ª, Caso Timishev contra Rusia, de 13 de diciembre de 2005):

“La etnicidad y la raza están relacionadas y son conceptos que se solapan. Mientras la noción de raza está basada en la idea de clasificación biológica de los seres humanos en subespecies según características morfológicas como el color de la piel o características faciales, la etnicidad tiene su origen en la idea de grupos sociales marcados por una nacionalidad común, afiliación tribal, creencias religiosas, lenguaje compartido u orígenes y antecedentes culturales y tradicionales. [...] Una discriminación debido a la etnicidad real o percibida de una persona es una forma de discriminación racial (véanse las definiciones adoptadas por las Naciones Unidas y la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, apartados 33 y 34 supra). La discriminación racial es un tipo especialmente odioso de discriminación y, a la vista de sus peligrosas consecuencias, exige de las autoridades especial vigilancia y una vigorosa reacción. Es por esto por lo que las autoridades deben utilizar todos los medios de que disponen para combatir el racismo, reforzando la visión de democracia de una sociedad en la que la diversidad no sea percibida como una amenaza sino como una fuente de enriquecimiento (véase Nachova y otros, anteriormente citada, ap. 145).”

No parece aconsejable admitir una “noción biológica” de raza, pues ello carece de sustento científico alguno (en puridad, se podría hablar de razas humanas para diferenciar a un *homo sapiens* de un *homo erectus*, pero no para distinguirnos conforme a nuestro color de piel). Puede, por el contrario, admitirse una noción amplia de raza que incluiría en buena medida el origen étnico. Esta noción amplia de raza es, además, la que parece compartir nuestro Tribunal Constitucional.¹⁴⁴ Por lo tanto, admitiendo que raza y etnia no son sinónimos, pero que resulta difícil diferenciar los conceptos, podríamos admitir que por raza se entiende la construcción cultural (propia de ideologías racistas) para incluir o excluir a las personas en determinados grupos, en función de su genotipo o de su fenotipo: un criterio esencial sería el color de la piel, aunque también podrían incluirse otras características morfológicas si inciden de forma análoga en la identidad personal.

La etnia, que podría entenderse subsumida en la noción omnicomprendiva de raza, pondría el acento en las características culturales como factor de diferenciación¹⁴⁵. A este respecto, la SAP de Madrid nº 115/2005, de 28 noviembre, consideró que vascos y castellanos pertenecían a la misma raza. Sin embargo, puede que no pertenezcan a la misma etnia, en tanto que pueden existir divergencias a nivel cultural (como la lengua). Esta noción de “*etnia*” es amplia, y puede llegar a abarcar otras condiciones personales que mencionadas expresamente por los listados de los delitos de odio (nacionalidad, religión, etc.). Por lo tanto, si la raza incluye las diferencias de tipo físico, y existen otras condiciones personales enumeradas por los listados que pueden considerarse como manifestaciones *particulares* de la etnia, podemos dotar de sentido a la específica mención a la “*etnia*” (concepto *general*) interpretando que abarca la *lengua*.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “La prohibición... *op. cit.*, p. 299.

¹⁴⁵ Vid. RENART GARCÍA, “La agravación del delito por motivos discriminatorios: Análisis del artículo 22.4º del Código Penal de 1995”, *DLL*, 2002, nota 54.

¹⁴⁶ Ahora bien, no podrá ser una lengua cualquiera. Deberá ser una lengua estrechamente ligada al concepto cultural de etnicidad (de “pertenencia a un pueblo”). Es decir, un lenguaje como el “klíngon” de la interminable serie *Star Trek*, por muchas personas que lo hablen en el mundo real, no revestirá nunca esas características porque deriva de una elección: la de elegir las propias aficiones.

6.2. Ideología, religión y creencias

La casuística nos dice que la legislación penal sobre delitos de odio se aplica a sujetos de extrema derecha, que cometen su delito motivados por el odio político hacia sujetos de tendencia contraria (así, la STS nº 713/2002, de 24 de abril¹⁴⁷). Esto incluye agresiones contra sujetos de extrema izquierda, defensores de nacionalismos autonómicos, demócratas y partidarios de cualquier otra clase de ideología de la cual derive una organización del Estado distinta del totalitarismo que ellos propugnan. En sentido contrario, nada obsta sin embargo para que pueda aplicarse a sujetos de esas tendencias si por odio ideológico cometen su delito contra sujetos neonazis. La ideología incluye cualquier creencia en una determinada forma de organización política del Estado: ya sea con el mantenimiento del actual Estado español como monarquía parlamentaria, su transformación en un Estado totalitario, su mutación en República federal, su disolución y creación de otros Estados independientes¹⁴⁸, o cualesquiera otras formas de organización política.

El concepto de ideología se encuentra determinado, conforme hemos señalado, por la forma en que la víctima cree que deba ser la organización del modelo político: no es un laxo concepto, y por ello la STS nº 1160/2006, de 9 noviembre se planteó y descartó que pudieran tener cabida por esta vía los supuestos de aporofobia¹⁴⁹. Tampoco entraría aquí el odio basado en la intolerancia hacia la condición de sindicado en sí misma, estrictamente considerada (condición que, en su caso, puede estar expresamente mencionada en esta clase de listados, como en el del artículo 314 CP). Todo ello a salvo de que, como sucederá en muchos casos, pueda ser la ideología política del sindicado lo que originó el prejuicio del autor, y su afiliación a un determinado sindicato un indicio de que tenía una determinada ideología: en esos casos, si podría hablarse de odio ideológico.

Pasando ya a la religión, existen varias opciones interpretativas. Con el fin de delimitar de forma estricta el objeto de esta clase de odios discriminatorios, en aras de lograr una mayor seguridad jurídica, se ha propuesto interpretarla como “credo identificable”, que fundamente su doctrina de forma distinta a otras concepciones. Conforme a ese planteamiento, la “religión” implicaría una creencia en una suerte de divinidad, una concepción del mundo en clave espiritual y trascendente (lo cual excluiría a aquellos cultos que, tras ese velo de espiritualidad, ocultan un interés económico o sexual). Por último, habría de ser una religión en cuya Iglesia se ingrese, y se continúe, de forma voluntaria. Es decir: habría que entender el término

El uso de una lengua que pertenece a un pueblo real tiene connotaciones culturales de mayor calado y no reviste un carácter tan discrecional.

¹⁴⁷ Más recientemente, en similar sentido, STS, Sala 2ª, nº 815/2011, de 11 de julio. Otro ejemplo de este odio ideológico entre “tribus urbanas” lo encontramos en la STS nº 360/2010, de 22 de abril.

¹⁴⁸ En la STS nº 1145/2006, de 23 de noviembre, se concluyó que concurría la agravante del artículo 22.4ª CP, pues: “Diego actuó movido por un sentimiento ideológico, contrario al que podía presumir que tenía D. Eloy, entre otras cosas por su condición de socio y miembro fundador de la asociación “Gurasoak Lanean””. O, como más explícitamente había señalado el TSJ de Navarra en su Sentencia nº 3/2005, de 14 de diciembre: “en el supuesto de autos su aplicación no ofrece dudas [...] se evidencia la imposibilidad de prescindir de las razones de orden ideológico o político en el actuar de Valeriano, quien actuó movido por la creencia de que el fallecido era «un etarra», en los propios términos empleados en la redacción de los hechos objeto del veredicto”.

¹⁴⁹ “Y no cabe aseverar que la situación del indigente sin techo responda, sin que se acrediten otros matices, a unas determinadas ideología o creencias que se atribuyan a la víctima, sean o no por ella asumidas, como tampoco a su etnia, raza, nación, sexo y orientación sexual, enfermedad o minusvalía.”

religión en sentido normativo, lo cual excluiría del concepto toda religión cuya Iglesia no se encuentre inscrita en el Registro de Entidades Religiosas¹⁵⁰. El problema de esta interpretación es que las razas, las etnias o las ideologías políticas no se encuentran tasadas ni registradas. Restringir sólo el concepto de religión no parece que pueda justificarse con un argumento definitivo, máxime cuando la ideología se entiende de manera tan amplia. Por otra parte, si la “religión” ha de ser la de una Iglesia inscrita en el Registro, ello excluiría los supuestos de odio basado en la intolerancia hacia el ateísmo, que también supone una concepción del mundo en clave trascendente: la negación de la divinidad.

La opción alternativa parte de entender “religión” como cualquier creencia vinculada al general reconocimiento del Derecho a la libertad religiosa derivado del principio de igualdad¹⁵¹. Ello deberá incluir creencias espirituales y trascendentes hacia determinadas formas de divinidad, sea cual sea ese Ser Superior¹⁵², y por supuesto la convicción atea o agnóstica.

Por último, por lo que respecta a la noción de creencia, excluidas las ya mencionadas (política y religiosa, con su correspondiente proyección a efectos de principio de igualdad y de libertad ideológica y religiosa), no parece que existan otras que puedan encontrarse en pie de igualdad con ellas: elecciones permanentes, capaces de una similar incidencia en la identidad de la persona. La mención a las “creencias” de estos listados de crímenes de odio exige interpretar que deben ser de similar envergadura a la ideología política o la religión¹⁵³. Así lo interpretó la jurisprudencia en el trágico “caso Aitor Zabaleta”, descartando que un delito motivado por odio basado en la intolerancia hacia un equipo de fútbol rival pudiera suponer la aplicación de la circunstancia agravante, si no se probaba (extremo que no se consideró entonces acreditado) que ello derivaba de un odio político (o referido a alguna de las demás condiciones personales que sí enumera el precepto).¹⁵⁴

¹⁵⁰ Siguiendo los criterios de BORJA JIMÉNEZ, en este sentido se pronuncia RENART GARCÍA, “La agravación... *op. cit.*”

¹⁵¹ Una similar interpretación del término “religión” como referido a motivaciones en el ámbito penal ya fue mantenida por RODRÍGUEZ RAMOS, “Discriminación punible”, COBO DEL ROSAL (dir.), *La reforma del Código Penal de 1983. Tomo V – Vol. 2º.*, 1985, p. 638. Se trata, por otro lado, de un entendimiento acorde con la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1805 (2007), de 29 de junio; relativa a la blasfemia, los insultos religiosos y el discurso de odio contra las personas por razón de su “religión”. En ella, remitiéndose a la Recomendación 1720 (2005), sobre educación y religión, se refiere que la tolerancia en este ámbito no sólo ha de ir referida a otras “Religiones” *stricto sensu*, sino también a las “sensibilidades religiosas” (*religious sensitivities*) de cada persona. Lo cual parece claramente desvincular el odio hacia la “religión” de alguien del hecho de que esa religión se encuentre institucionalizada a través de una Iglesia.

¹⁵² Nótese que en nuestro ordenamiento podría considerarse discriminación por razón de religión la que operara frente a credos que no fueran una *religión* “en sentido estricto”: por ejemplo, el caso de los masones. Siguiendo la doctrina del TEDH, especialmente del asunto Gran Oriente de Italia del Palacio Giustiniani c. Italia, de 31 de mayo de 2007, *vid.* MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre Minorías Religiosas”, AA. VV., *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Estudios 2011, 2012*, pp. 170-171.

¹⁵³ Así, DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Motivos racistas... *op. cit.*”, p. 378.

¹⁵⁴ SAP de Madrid nº 115/2005, de 28 noviembre: “*la agresión la dirigen contra un grupo de personas, vascos unos pero otros no, que lo único que tiene en común, que les identifica y que determina la actuación de los acusados es que se trata de aficionados del equipo de fútbol con el que se va a enfrentar ese día aquel del que ellos son hinchas. Durante todo el acto del juicio se ha querido dar a los hechos ya de por sí graves que se produjeron y que se han declarado probados un contenido*”

Por ello, no parece descabellado afirmar que la mención al término de “creencias” sea redundante, si se entienden las nociones de “ideología” o “religión” en el sentido previamente expuesto. Si se recondujeran sin más las “creencias” a “concepciones personales de naturaleza no política”, con el fin de que éstas fueran de la misma envergadura que la ideología, sólo podrían encuadrarse en la religión. Lo mismo podría decirse, a la inversa, si entendiéramos que se refiere a “actitudes éticas” no religiosas: normalmente estaremos ante ideologías políticas. Desde que asumimos que la mención del precepto a la religión abarca el ateísmo o particulares concepciones sobre nuestra posición trascendente (o intrascendente) en el universo, también es posible interpretar que nos encontraremos ante un odio a las creencias “religiosas” en delitos cometidos por motivos discriminatorios hacia algunas “creencias científicas”; como por ejemplo la creencia en el “evolucionismo” de la víctima (que asume los postulados de DARWIN, frente al judeo-cristiano “creacionismo”). Una interpretación menos restrictiva del vaporoso concepto de “creencias” aumentaría la inseguridad jurídica, una interpretación conforme al principio de taxatividad nos reconduce a las ya mencionadas creencias religiosas o políticas¹⁵⁵ (o a aquéllas intrínsecamente vinculadas a estas dos¹⁵⁶).

Sin embargo, esta referencia a las creencias reviste utilidad a efectos interpretativos y prácticos respecto de las menciones a la “ideología” y a la “religión”. En lo que atañe a esta última, la mención a las creencias refuerza la idea de que no han de ser necesariamente las religiones con Iglesia inscrita en el Registro, o que también puede entenderse subsumido el ateísmo: de “creencias religiosas” estamos hablando. De la misma manera, piénsese en supuestos de *odio horizontal*: dos personas comparten la que, *formalmente*, es la misma ideología política o la misma religión. Una de ellas considera que la otra mantiene una versión “adulterada”, inaceptable, no canónica de esa misma ideología, y por ello decide cometer un delito. No existe, literalmente, un odio discriminatorio por razón de ideología o religión, ya que ambas personas serían igualmente “católicas”, “musulmanas”, “comunistas” o “fascistas”. El odio iría referido a las creencias religiosas o políticas.

6.3. Nacionalidad

También hacen alusión estos listados a los motivos discriminatorios por razón de la “nación a la que pertenece la víctima”. Es decir, que se trata de un “odio discriminatorio”, motivado por la intolerancia hacia

que este Tribunal no aprecia. Seguramente aficionados de la Real Sociedad llevaban no solo banderas que les identificaban con su club, sino también la bandera que les identificaba como procedentes del País Vasco, y así se ha admitido que algunos llevaban ikurriñas; también en los vídeos que se vieron en el acto del juicio se apreció que algunos aficionados del Atlético de Madrid que se colocaban en el fondo sur llevaban banderas de España con el águila que la identifica con la bandera oficial anterior a la aprobación de la Constitución Española, pero no por ello puede afirmarse que fuera ese el motivo que llevó a los acusados a actuar.”

¹⁵⁵ En este sentido, RENART GARCÍA, “La agravación... op. cit.

¹⁵⁶ “La normativa comunitaria y algunos modelos de Derecho comparado aluden, en lugar del término “creencias”, a la noción “convicciones”, que la doctrina mayoritaria considera preferible” (GÓMEZ MARTÍN, “¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y discriminación en el Código Penal español”, HORTAL IBARRA (coord.), *Constitución y Sistema Penal*, 2012, p. 181). Desde nuestra perspectiva, esta sustitución no tendría incidencia práctica, ya que nuestra interpretación del término “creencias políticas o religiosas” abarca, por ejemplo, las “convicciones ateas” o determinadas “convicciones científicas” como el evolucionismo.

la *nacionalidad* - igualmente, tradicional causa de discriminación¹⁵⁷ - de la víctima, interpretando el término "*nación*" en su sentido político.

No obstante, una forma de entender esta referencia a la "*nación*" sería forzando una peculiar interpretación etimológica, sobre la que conviene detenerse. No podemos obviar que una de las acepciones de "*nación*" es, precisamente, la de ser sinónimo de "*nacimiento*".¹⁵⁸ La discriminación por nacimiento ha sido entendida, tanto por el TEDH como por el TC, en relación al trato desigual conferido a hijos legítimos e ilegítimos¹⁵⁹. Parece, no obstante, evidente que no se refieren a ello estos preceptos: la redacción de estos listados ayuda a interpretar correctamente el término de "*nación*", pues se refiere a aquella a la que "*pertenezca la víctima*" (que no puede "*pertenecer*" a un nacimiento). Más claro resulta el listado del artículo 510 CP, que nos habla -además de "*pertenencia a una nación*"- de "*origen nacional*", si bien incluye ese listado igualmente el concepto de "*situación familiar*" que podría interpretarse como inclusivo de los precitados supuestos de discriminación por nacimiento.

La pregunta que ahora se plantea es si debe "*nación*" entenderse en un sentido más normativo (como perteneciente a un Estado regido por el mismo gobierno) o cultural (como perteneciente a un mismo origen, con el mismo idioma y una tradición común). De ello dependerá que se entiendan incluidas en esta referencia las nacionalidades autonómicas.

En lo que respecta a los nacionalismos autonómicos, el artículo 2 CE consagra tanto el carácter indisoluble de la "*nación*" española como la autonomía de las "*nacionalidades*" y regiones que la integran. Sin embargo, si se admitiera que el precepto se refiere a un concepto de nación "*cultural*", habida cuenta de la ya analizada mención a la "*etnia*", se vaciaría de contenido la referencia a la "*nación*"¹⁶⁰. Además, como señala la doctrina¹⁶¹, incluir sólo las nacionalidades autonómicas "*discriminaría*" a las regiones del Estado español,

¹⁵⁷ Por todas, la STC nº 5/2007, de 15 de enero. De forma muy significativa, el TJUE ha reconocido como principio general del Derecho de la Unión, específicamente, "*el de no discriminación en función de la nacionalidad*", situado en el mismo estadio que el de proporcionalidad o el de solidaridad. Vid. MOLINA DEL POZO, *Derecho de la Unión Europea*, 2011, p. 249.

¹⁵⁸ Acepción cuarta, Diccionario de la RAE: "*nacimiento* (l acción de nacer). Ciego de nación."

¹⁵⁹ Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "*La prohibición...* op. cit., pp. 298-299 y 302. Por todas, STC, Pleno, nº 200/2001, de 4 de octubre: "...dentro de la prohibición de discriminación del art. 14 CE y, más concretamente, dentro de la no discriminación por razón del nacimiento, este Tribunal ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación (SSTC 7/1994, de 17 de enero, F. 3.b; 74/1997, de 21 de abril, F. 4; 67/1998, de 18 de marzo, F. 5; AATC 22/1992, de 27 de enero; 324/1994, de 28 de noviembre), de modo que deben entenderse absolutamente equiparadas éstas (ATC 22/1992, de 27 de enero). Y directamente conectado con el principio constitucional de no discriminación por razón de filiación (ATC 22/1992, de 27 de enero), se encuentra el mandato constitucional recogido en el art. 39.2 CE, que obliga a los poderes públicos a asegurar «la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación» (STC 7/1994, de 17 de enero, F. 3.b)".

¹⁶⁰ Así RENART GARCÍA, "*La agravación...* op. cit.

¹⁶¹ LAURENZO COPELLO, "*La discriminación en el Código...* op. cit., pp. 245-246.

equiparadas a las nacionalidades por la Constitución¹⁶². Parece por ello aconsejable interpretar nación como la propia del Estado (como el español, el marroquí o el estadounidense) al que pertenezca el sujeto¹⁶³.

6.4. Sexo y género

El sexo se refiere a la realidad biológica de ser hombre o mujer (y, si se quiere, hermafrodita) al margen de su orientación o identidad sexual. La aparente facilidad de interpretar el término sexo obrante en estos listados se complicó recientemente, cuando la reforma operada en el Código Penal mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, añadió a alguno de ellos el término “género”, como noción diferenciada de “sexo”. Aunque algunos autores han sostenido que esta inclusión es redundante, no es este necesariamente el caso, especialmente si se interpretan esos preceptos desde la óptica del *animus model* legislativo de delitos de odio (desde la del *discriminatory selection model*, si con sexo y género hay que entender sólo los de los colectivos tradicionalmente discriminados, parece que en ambos casos nos remitirían los conceptos a las mujeres).¹⁶⁴

La Exposición de Motivos de la reforma de 2015 cita concretamente el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa, cuyo artículo 3.c define así la noción de “género”, tanto el de los hombres como el de las mujeres: “por “género” se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”. Parece viable sostener que la inclusión de “género” en estos listados (referido al rol masculino y al rol femenino) no es necesariamente redundante pese a existir ya la mención al sexo (femenino y masculino).

El género, aunque nos define a todos nosotros, es un constructo social, como lo es también la raza, que igualmente mencionan estos listados. Lo cual no obsta para que esas construcciones sociales definan nuestra identidad. Por ejemplo, si un hombre es bailarín de ballet, lo cual quizás choque para el autor del delito con el tradicional rol patriarcal que le atribuye su género masculino, y ese autor (un hombre o una mujer) le mata por ese motivo (“porque los hombres no bailan ballet”), podríamos estar ante un delito de odio (en este ejemplo, un homicidio al que se le aplicara la circunstancia agravante del artículo 22.4ª CP). El autor podría haber estado actuando por un odio basado en la intolerancia hacia un estereotipo caracterizado por el género, y no por el sexo masculino, de su víctima. Y por supuesto se aplicará si el sujeto comete su delito por ser su víctima una mujer independiente con un alto cargo directivo. Un motivo discriminatorio referido al género de la víctima no atiende sin mayores matices al sexo biológico de la víctima, sino con que su víctima era “una mujer o un hombre cuyo rol no se compadecía –a juicio del autor del delito- con los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que la sociedad considera propios de mujeres o de hombres”.

¹⁶² Para solventar este problema, propone HORTAL IBARRA, “La circunstancia agravante... *op. cit.*, p. 61, sustituir la referencia a la “nación” por la de “origen nacional o regional”. Sin embargo, desde el fundamento del artículo 22.4ª CP que aquí se sostiene, no parece que *todo* origen *regional* (que, precisamente, no es *nacional* porque no cuenta con esa vinculación con una etnia o una ideología) tenga suficiente incidencia en la identidad del individuo como para ser incluido en el listado del precepto.

¹⁶³ En sentido negativo, sería posible la aplicación de un delito de odio si el autor lo cometiera por un extraño odio basado en la intolerancia a los apátridas, esto es, a los que no tienen nacionalidad ninguna.

¹⁶⁴ *Vid.* ampliamente DÍAZ LÓPEZ, “Una agravante por motivos discriminatorios referidos al género de la víctima”, *Derecho Penal Contemporáneo*, N° 54, Enero-Marzo 2016, pp. 5-54.

6.5. Orientación e identidad sexual

No plantea excesivos problemas la interpretación de estas dos condiciones personales. El concepto identidad sexual se refiere al sentimiento de pertenencia a uno u otro sexo, al margen del sexo biológico: *“esto es, el sujeto se reconoce como hombre o mujer, como uno y otro, o como ninguno”*, con independencia de su efectiva realidad biológica¹⁶⁵. En cuanto a la orientación sexual, la doctrina ha entendido que estarían excluidas de este término la forma de ejercer la sexualidad (un odio hacia las prostitutas), incluyendo por el contrario todas las tendencias sexuales imaginables¹⁶⁶ (desde la heterosexualidad a la homosexualidad, a la asexualidad o a cualquier otra).

6.6. Enfermedad y discapacidad

Concluimos ya nuestro análisis de las condiciones personales con las menciones a la enfermedad o la discapacidad. Como ha sido señalado, se trata de causas de discriminación que han fraguado como tal recientemente en nuestra doctrina constitucionalista¹⁶⁷. Tanto es así que no las menciona el artículo 14 CE. La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, define ésta en su artículo 1:

“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Esta definición sería esencialmente reproducida en la reforma operada en el Código Penal mediante la LO 1/2015. Existiendo actualmente una definición expresa de “discapacidad” a efectos penales, solo nos queda remitirnos al artículo 25 CP:

A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

En cuanto a la “enfermedad” será preciso restringir el término, en consonancia con la definición de “discapacidad”, a aquellas enfermedades que tengan un carácter duradero, de forma a incidir en la identidad del sujeto. Por ejemplo, estaríamos ante un delito de odio si el prejuicio va referido a enfermos de SIDA o de cáncer, pero no hacia quienes padezcan resfriados (sin perjuicio de que en estos casos estaríamos hablando, de cometerse el delito, probablemente de un autor inimputable).

¹⁶⁵ Vid. IÑIGO CORROZA, “Circunstancias modificativas de la responsabilidad”, SILVA SÁNCHEZ (dir.), *El Nuevo Código Penal. Comentarios a la Reforma*, 2012, p. 119 y ss., p. 119, o PORTILLA CONTRERAS, “Delitos en los que concurre un móvil discriminatorio basado en la identidad sexual de la víctima”, QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, p. 37 y ss.

¹⁶⁶ LAURENZO COPELLO, “La discriminación en el Código...”, *op. cit.*, p. 247.

¹⁶⁷ Con base en esta previsión se han producido alguna condena por delito de odio, e.g., SAP de Burgos, Sección 1ª, de 31 de mayo de 2005, partiendo del siguiente supuesto de hecho: *“diagnosticada de retraso mental desde la infancia, con una buena integración, desde septiembre de 1999 continuadamente en un ambiente laboral tenso y exigente vino soportando públicamente el epíteto puntual de “subnormal”, “tonta”, siendo gritada y atemorizada con ser agredida y despedida”.*

Clarificaciones conceptuales. Apartado 6.

+ La correcta clarificación conceptual de los términos que con mayor habitualidad figuran en los tipos penales que podríamos denominar “delitos de odio” y que se han venido denominando por doctrina y jurisprudencia “condiciones personales” (por guardar una especial relación con el núcleo de nuestra identidad personal) o “causas de discriminación” (por ser habitualmente algunas de esas concretas condiciones las que producen efectos discriminatorios en colectivos tradicionalmente discriminados) exigiría un posicionamiento teórico que este informe no pretende. Se ofrecen en este informe algunas clarificaciones partiendo de lo que podrían significar esos términos si el tipo penal en cuestión se fundamentara en el principio de igualdad en todos sean cuales sean nuestras condiciones personales, y no en la protección de concretos colectivos tradicionalmente discriminados. La lista de términos analizados no es exhaustiva, decisión que aconsejan recientes novedades legislativas en el orden penal en las que ya se ha empleado una fórmula de cláusula abierta.