

# CULTURA, VULNERABILIDAD Y ODIO: ¿DÓNDE QUEDA LA PROTECCIÓN DEL MÁS DÉBIL?

RODRÍGUEZ RAMOS, MARTA  
*Universidad Pablo de Olavide*

## RESUMEN

Actualmente, puede decirse que la multiculturalidad es uno de los rasgos caracterizados de cualquier Estado de Derecho. Si bien su existencia supone, sin lugar a duda, un enriquecimiento digno de apreciar, lo cierto es que esta es también una fuente de conflicto. En este sentido, los enfrentamientos que genera la diversidad cultural tienen siempre su origen en la intolerancia, que se ceba, además, con los más vulnerables. Ante semejante escenario, los países han utilizado el Derecho penal como arma para enfrentar estas actuaciones, lo que ha impulsado la creación de los polémicos «delitos de odio». Sin embargo, la expansión desmesurada que estas figuras vienen experimentando en los últimos años nos lleva a preguntar: si casi todo es delito, ¿dónde queda la protección del más débil?

Palabras clave: *Discriminación, delito de odio, discurso de odio, libertad de expresión, intolerancia.*

## ABSTRACT

Today, multiculturalism can be said to be one of the defining characteristics of any State of Law. While its existence is undoubtedly an enrichment worthy of appreciation, the truth is that it is also a source of conflict. In this sense, the confrontations generated by cultural diversity always have their origin in intolerance, which affects, above all, the vulnerable groups. Faced with such a scenario, countries have used criminal law as a weapon to confront these actions, which has driven the creation of controversial «hate crimes». However, the excessive expansion that these figures have been experiencing in recent years leads us to ask: if almost everything is a crime, where is the protection of the weakest?

Keywords: *Discrimination, hate crime, hate speech, freedom of expression, intolerance.*

## CUESTIONES PREVIAS

**P**ODRÍA DECIRSE QUE UNO DE LOS RASGOS caracterizadores de cualquier Estado de Derecho actual es el multiculturalismo (Ruiz, 2015). Opuesto al etnocentrismo y a las distintas manifestaciones de la intolerancia como puede ser, por ejemplo, la xenofobia, implica el «reconocimiento del valor relativo que posee cada complejo cultural de las diferentes sociedades o de una misma sociedad, basado en el respeto y tolerancia del pluralismo y en el desechamiento de las hostilidades y exclusivismos de quienes profesan creencias y valores diferentes» (Real Academia Española, s.f.). Esto, sin duda, es digno de aprecio desde el punto de vista del enriquecimiento cultural de toda sociedad; sin embargo, lo más importante es que lo es desde el punto de vista humano. Y es que el progreso hacia las sociedades multiculturales es producto del progresivo reconocimiento de los Derechos Humanos que se produjo, sobre todo, a lo largo de la segunda mitad del siglo pasado.

Pues bien, no obstante, esta ventaja, la multiculturalidad<sup>1</sup>, supone la existencia simultánea de mundos culturales diferentes en un mismo territorio, lo que, en ocasiones, puede provocar enfrentamientos (Ruiz, 2015). Dada la envergadura de muchos ellos, hoy son numerosos los preceptos penales que han ido creando los Estados –entre ellos España– para hacer frente a los comportamientos intolerantes con la diversidad (Martín, 2019). En este contexto, en el seno de lo que podríamos tildar de auténtica «corriente tipificadora»<sup>2</sup>, de las figuras delictivas que mayor polémica han desatado en nuestro país en los últimos años destacan los llamados «delitos de odio», sobre todo a raíz de la reforma que supuso la LO 1/2015, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal<sup>3</sup>. Dentro de esta categoría, entre los tipos que se han visto afectados por la entrada en vigor de esta Ley podría decirse que el que ha sufrido una transformación de mayor calado ha sido el art. 510 del Código Penal (en adelante CP), considerado por la Fiscalía General del Estado como el «precepto que se ha convertido en el paradigma de la respuesta penal frente al fenómeno de la discriminación excluyente» (Circular 7/2019, p. 55657)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> En palabras de Ruiz (2015): «La multiculturalidad alude necesariamente, por paradójico que parezca, a la cohesión social separada de la dispersión. No supone una mera yuxtaposición de culturas sin relación ni conexión. Al respecto, las tensiones ideológicas se ciernen sobre concepciones del mundo que involucran una amalgama de ideas contradictorias que se entrecruzan entre sí pero que conforman una sociedad compleja» (p. 82).

<sup>2</sup> La cursiva es mía.

<sup>3</sup> El texto completo de la LO puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3439>.

<sup>4</sup> El texto completo de la Circular puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3439>.

Tras la reforma, esta norma aglutina una serie de comportamientos de diversa índole que comparten siempre dos elementos: por un lado, la motivación prejuiciosa o la intolerancia<sup>5</sup> de su autor, y, por otro, la situación de vulnerabilidad del colectivo diana, que lo hace merecedor de especial protección (Martín, 2019). Como bien indica Laurenzo (2018):

Lo que justifica *la existencia de* estas figuras es la necesidad de protección reforzada de ciertos grupos que, por la minusvaloración social de alguna circunstancia que les distingue del modelo normativo aceptado, están especialmente expuestos a sufrir violencia u otros actos de discriminación. (p. 1.295)

Es decir, lo que diferencia los delitos de odio de otras figuras discriminatorias no es la simple aversión del autor hacia un grupo de personas, sino el hecho de que su conducta se dirija contra «colectivos que por algún elemento identitario tienen un déficit de reconocimiento que debilita sus posibilidades de ejercicio pleno de los derechos fundamentales» (Laurenzo, 2018, p. 1.294)<sup>6</sup>. Así, lo que legitima el recurso al Derecho penal en estos casos es precisamente el rechazo al considerado diferente, que se erige como elemento esencial de cualquier delito de odio.

Sin lugar a duda, esta razón me parece más que suficiente para que entre juego la *ultima ratio* de nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, la situación actual en esta materia está lejos de ceñirse a lo que justificó en su momento su regulación penal. Veamos esta cuestión más detenidamente.

<sup>5</sup> A este respecto, indica Martín (2019) que: «Si bien es cierto que muchos delitos pueden tener su origen en una intolerancia hacia ciertas características o condiciones asociadas a determinadas personas (por ejemplo, el hecho de tener sobrepeso o una corta estatura o el ser estudioso y obtener buenas notas), y aun siendo este el motivo por el que se cometa la conducta delictiva, esto no debe ser considerado un delito de odio, al no tratarse de colectivos normalmente catalogados como vulnerables» (p. 67).

Y es que tiene la razón esta autora al disponer que, de admitir lo contrario, «asumiríamos el riesgo de calificar cualquier conducta como odiosa, ya que la mayoría de los ilícitos penales se cometen con una motivación que sería fácilmente encuadrable como intolerante» (p. 67).

<sup>6</sup> En síntesis, y citando expresamente a Laurenzo (2018), si se desligan los delitos de odio de la protección «de los grupos discriminados y se busca su esencia únicamente en un sentimiento de aversión o incluso de hostilidad hacia un grupo social cualquiera, sus perfiles se desdibujan y desaparece el motivo que concede legitimidad a una respuesta penal específica». Y esto es así porque: «En el momento en el que el punto de mira se desplaza desde las características de la víctima a los componentes emocionales que guían al autor (...), la legitimidad de estos delitos se derrumba y todo queda reducido a una supuesta mayor reprochabilidad por los motivos perversos que guían el acto, con la inevitable y siempre sospechosa asociación con el derecho penal de autor» (p. 461).

## LA PELIGROSA TENDENCIA EXPANSIVA EN MATERIA DE DELITOS DE ODIO

Hoy en día, las innumerables alusiones que hacen a los delitos de odio los medios de comunicación, unidas a la apropiación que hacen de sus términos –ya de por sí confusos– los distintos actores políticos y judiciales, parecen haber desvinculado estas figuras delictivas del elemento que les da sentido como categoría jurídica independiente; es decir, el contexto discriminatorio. Esto es lo que ha ocurrido, en particular, con los famosos «delitos del discurso de odio», de los cuales vienen haciendo un uso interesado los que ostentan el poder con el fin de «reprimir la crítica política o las legítimas manifestaciones de descontento social o de protesta» (Laurenzo, 2018, p. 1.295). De hecho, ha sido precisamente esta tendencia tipificadora la que ha llevado a que se considere delictiva casi cualquier «expresión pública de rechazo frontal o de crítica cáustica u ofensiva hacia un grupo social cualquiera, incluidas las instituciones con mayor arraigo y aprecio comunitario» (Laurenzo, 2018, p. 1.296), lo que carece de sentido alguno si tenemos presente que los delitos de odio, si deben existir, es precisamente para proteger a grupos marginados socialmente.

Pues bien, esta situación ha hecho saltar las alarmas entre las instituciones internacionales, que han venido alertando sobre los riesgos que entraña este recurso casi automático al Derecho Penal cuando de expresiones intolerantes se trata. Uno de los organismos que se ha manifestado en este sentido ha sido la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), que ya indicó en su Recomendación General n.º 15 la necesidad de que los Estados actuasen para evitar que la persecución penal del discurso de odio no fuese empleada «para reprimir la crítica a las políticas oficiales, la oposición política o las creencias religiosas» (Recomendación General n.º 15 sobre Líneas de Actuación en relación con la lucha contra las expresiones de incitación al odio, adoptada el 8 de diciembre de 2015, 5). En la misma línea se había manifestado ya el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), que recalcó en su Recomendación General n.º 35<sup>7</sup> que «las medidas encaminadas a vigilar y combatir el discurso racista no deben emplearse como pretexto para restringir las expresiones de protesta contra la injusticia, ni las de descontento social o de oposición» (Recomendación general n.º 35. La lucha contra el discurso de odio racista, 7).

En lo que a España respecta, esta línea restrictiva es la que ha venido defendiendo firmemente la mayor parte de la doctrina (Laurenzo, 2019), debido a la amena-

<sup>7</sup> El texto completo de la Recomendación puede consultarse en el siguiente enlace: [https://www.refworld.org/es/category/REFERENCE,CERD,,53f4596b4,0.html](https://www.refworld.org/es/category/REFERENCE/CERD,,53f4596b4,0.html).

za que supone para los derechos y garantías de los ciudadanos una interpretación extensiva de estos delitos. Sin embargo, en lo que se refiere a la postura de nuestros tribunales, se ha producido un importante cambio de criterio a la hora de aplicar estos delitos. Tal y como indicara Laurenzo (2019), en un principio nuestra jurisprudencia pareció optar por un entendimiento amplio de las conductas incluíbles en los delitos de odio; en este sentido, la autora indicaba que los tribunales:

No solo no habían puesto coto a esa política criminal expansiva, sino que habían desarrollado su propia doctrina puramente subjetiva del discurso del odio para justificar la punición de una variedad de conductas que rozan libertades públicas tan esenciales como la libertad de conciencia o la libertad de expresión. (p. 461)

Y es que, en efecto, así era. Muestra de ello es el tratamiento que le dio en un principio el Tribunal Supremo (TS) a la circunstancia agravante por razón de género: en las STSS 420/2018, de 25 de septiembre, y 565/2018, de 19 de noviembre, el Tribunal fundamentó el incremento de la pena en los casos en los que concurre esta agravante en virtud de la específica motivación del sujeto activo; así, para poder aplicar esta circunstancia debía acreditarse que el autor cometió el delito con el propósito de ejercer su superioridad y su dominio sobre la víctima, por el hecho de ser ésta una mujer<sup>8/9</sup>.

<sup>8</sup> Citando expresamente la argumentación del Tribunal en la STS 420/2018, de 25 de septiembre, la agravación del castigo «no solamente es procedente en los casos expresamente contemplados en las descripciones típicas de la parte especial, en los que las razones de la agravación ya vienen contempladas en el tipo» (F. D. Primero, 2), sino también: «En todos aquellos otros casos en los que la discriminación por esas razones, basadas en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, que dentro de las relaciones de pareja es considerada por el autor como un ser inferior vulnerando, por lo tanto, su derecho a la igualdad, aparezcan como motivos o móviles de la conducta» (F. D. Primero, 2).

<sup>9</sup> En palabras del propio tribunal en la STS 565/2018, de 19 de noviembre, la justificación de las agravantes recogidas en el apartado 4º del art. 22 CP reside: «En el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior» (F. D. Séptimo).

De esta manera, se lleva a cabo «una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo», que no concreta exclusivamente «el ámbito de aplicación de la agravante solo a las relaciones de pareja o expareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser una mujer (F. D. Séptimo). En base a esto, concluye que, por atentar al principio constitucional de igualdad: «La agravante de género debe aplicarse en todos aquellos casos en que haya quedado acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el hecho de serlo y con intención de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la misma; es decir, en aquellos casos en que se cometió el hecho por esa motivación» (F. D. Octavo).

No obstante, solo tres meses después de su última resolución en la materia –esto es, de la STS 565/2018, de 19 de noviembre–, el TS ha dado un vuelco a esta argumentación. Partiendo de las figuras penales afectadas por la LO 1/2004, de 28 de diciembre (de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la agravante de discriminación por razón de género, poseen el mismo fundamento), en su STS 99/2019, de 26 de febrero, argumenta que, si aquellos no exigen la concurrencia de un determinado elemento subjetivo del injusto, tampoco podrá ser exigible en el caso de la agravante de discriminación<sup>10</sup>. De esta forma, corrige su doctrina anterior y otorga a esta circunstancia «un fundamento puramente objetivo, ajeno al propósito del sujeto activo» (Sanz Millán, 2019, p. 235), de forma que «el agresor puede no ser consciente de que tiene una conducta patriarcal y machista»; lo que resulta relevante en este sentido «es que los tipos de agresión en este contexto relacional de agresor y víctima dan lugar a la discriminación y son, cuando se llevan a cabo, manifestación de tal situación (STS 99/2019, de 26 de febrero, F. D. Primero, 2).

Pues bien, no obstante este importante «paso atrás» de la jurisprudencia –que sin duda debe valorarse positivamente–, es preciso destacar que no todas las instituciones españolas se han posicionado en favor de la limitación de estos tipos delictivos. Así ha ocurrido, por ejemplo, con el Ministerio del Interior, que, a partir de su informe de 2017 sobre la Evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España<sup>11</sup>, ha permitido que la aplicación del art. 22.4 CP otorgue a cualquier hecho delictivo el carácter de «delito de odio». En mi opinión, con medidas como esta resulta especialmente complicado que la existencia de estas figuras en nuestro Código Penal no pierda sentido y, con ello, se llegue a la paradoja de que sirvan, efectivamente, justo para lo contrario para lo que fueron pensadas. Y es que el hecho de extender cada vez más la aplicabilidad de los delitos de odio conlleva, como riesgo ineludible, que la protección de las minorías quede en el olvido y se pase a proteger, en lugar de al que efectivamente necesita protección, al que siempre fue el más fuerte.

<sup>10</sup> En este sentido, dispone, tal y como apunta el voto particular emitido en la STS 677/2018, de 20 de diciembre, en relación con esta misma cuestión pero refiriéndose al art. 153.1 CP, que: «El elemento del contexto de dominación ‘no consiste en una determinada voluntad o intención del sujeto activo del delito’. ‘No es exigible un dolo específico dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer’. ‘Basta que el autor conozca que con la conducta que ejecuta sitúa a la mujer en esa posición subordinada, humillada, o dominada’ (F. D. Tercero, 2).

<sup>11</sup> El texto completo del informe puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/7146983/ESTUDIO+INCIDENTES+DELITOS+DE+ODIO+2017+v3.pdf/5d9f1996-87ee-4e30-bff4-e2c68fade874>.

En línea con esta idea, y para cerrar este apartado, resulta interesante hacer un apunte de la posición que en esta materia ha adoptado la Fiscalía General del Estado. En su caso, esta presenta un criterio aparentemente contradictorio que ha manifestado, en particular, en su Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. En el documento, si bien la Fiscalía parte de que los delitos de odio afectan a colectivos o a sujetos individuales en cuanto a que son miembros de los mismos, por presentar una serie de características propias, afirma al mismo tiempo, lo siguiente:

*El origen del delito de odio está relacionado con la protección a los colectivos desfavorecidos, pero la vulnerabilidad del colectivo no es un elemento del tipo delictivo que requiera ser acreditado, sino que el legislador, haciendo ese juicio de valor previo, al incluirlo en el tipo penal, ha partido de esa vulnerabilidad intrínseca o situación de vulnerabilidad en el entorno social. Tampoco lo es el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo. Así, una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacia tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos<sup>12</sup> (Circular 7/2019, p. 55665).*

Si analizamos su argumentación, el párrafo entraña una contradicción manifiesta. Primero, sostiene que el origen de estas figuras delictivas se encuentra directamente relacionado con la salvaguarda de los grupos en situación de vulnerabilidad; pero, justo a continuación, dispone que podrá considerarse delito de odio la incitación al odio contra personas, por ejemplo, de ideología nazi. En mi opinión, y siguiendo en este punto a García (2021), con estas afirmaciones la Fiscalía no es que se contradiga, sino que pierde de vista la razón de ser de estos delitos (que era el riesgo del que venía alertando en la página anterior). Me explico: si tenemos presente el origen de los delitos de odio y respetamos su esencia, no puede entenderse jamás que el colectivo nazi pueda ser sujeto pasivo de estas figuras. Pero no porque aquel posea un menor «valor ético», sino porque el factor que caracteriza a este colectivo no lo convierte en un grupo desfavorecido o que se encuentre en situación de vulnerabilidad. Así las cosas, desde mi punto de vista los caracteres diferenciadores protegidos por el art. 510 CP deben interpretarse siempre sin perder de vista el fin que se perseguía cuando se decidió tipificar este tipo de conductas; esto es, cuando efectivamente «permitan caracterizar al colectivo por ellas identificado como un colectivo histórica y sistemáticamente marginado» (García, 2021, pp. 15-16).

<sup>12</sup> La cursiva es mía.

## REFLEXIÓN FINAL

Llegados a este punto, si algo puede concluirse de todo lo expuesto es que la problemática que reina hoy en el ámbito de los delitos de odio se encuentra lejos de estar resuelta. A pesar de las advertencias de grandes instituciones internacionales, de la doctrina y de la jurisprudencia, en lo relativo a la tendencia descaradamente extensiva que vienen sufriendo, parece que muchos no son conscientes del absurdo al que se está abocando a estas figuras. Velilla (2021) resume perfectamente la problemática cuando indica:

La sociedad concibe el Derecho penal como una forma de gobierno. No sé si los políticos nos han acostumbrado a que nos gobiernen con el Código Penal o la sociedad demanda que así se haga, pero lo cierto es que, en lugar de exigir políticas de fomento, constructivas, que mejoren las condiciones económicas y sociales de los ciudadanos, cada vez se pide más Derecho penal.

Y este, desde luego, no puede ser el camino correcto. No solo porque cercena los principios más básicos de nuestro ordenamiento jurídico, sino porque esta fórmula trae como consecuencia efectos que son devastadores para una sociedad multicultural como es la española. ¿Cómo vamos a luchar contra la discriminación si no reconocemos, primero, a quienes la sufren?

## REFERENCIAS

- GARCÍA ÁLVAREZ, P. (julio-agosto de 2021) El artículo 510.1.a) del Código Penal a la luz de la Circular. 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. *La ley penal*, 151, 1-27.
- LAURENZO COPELLO, P. (2019). La manipulación de los delitos de odio. En E. Pomares Cintas (coord.); J. L. Fuentes Osorio (coord.); G. Portilla Contreras (dir.); F. Velásquez Velásquez (dir.). *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Dykinson.
- LAURENZO COPELLO, P. (2018). Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados. En De la P. M. CUESTA AGUADO (coord.); L.R. RUIZ RODRÍGUEZ (coord.); M. ACALE SÁNCHEZ (coord.); E. HAVA GARCÍA (coord.); M. J. RODRÍGUEZ MESA, (coord.); G. GONZÁLEZ AGUDELO (coord.); I. MEINI MÉNDEZ (coord.); J.M. RÍOS CORBACHO (coord.); J. M. TERRADILLOS BASOCO (hom.). *Liber amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. h. c. Juan M<sup>a</sup>. Terradillos Basoco*. Tirant lo Blanch.
- MARTÍN RÍOS, B. (2019). La represión del discurso de odio a través del Derecho penal. Debilidades y fortalezas de la regulación penal actual. En B. Martín Ríos (coord.). *La prevención y represión del discurso del odio. Hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*. Thomson Reuters Aranzadi.



- MINISTERIO DEL INTERIOR (2017). *Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España*.
- RUIZ SANZ, M. (2015). Sociedades multiculturales y sistemas jurídicos: intersecciones y confrontaciones. *Derechos y Libertades*, 32, Época II, 79-106.
- SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B. (2019). Estudio dogmático y jurisprudencial sobre la agravante de discriminación por razones de género. *Estudios Penales y Criminológicos*, 39, 303-351.
- VELILLA, N. (24 de febrero de 2021). El derecho a ser imbécil. DISIDENTIA. <https://disidentia.com/el-derecho-a-ser-imbecil/#:~:text=Dec%C3%ADA%20el%20historia-dor%20romano,la%20palabra%20deben%20ser%20libres%C2%BB.&text=Los%20imb%C3%A9ciles%20deben%20tener%20derecho,y%20su%20falta%20de%20capacidad>.

#### LEGISLACIÓN Y NORMATIVAS

- Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de mayo de 2019, n.º 124, sec. III, pp. 55655-55695.
- Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (2015). *Recomendación General n.º 15 sobre Líneas de Actuación en relación con la lucha contra las expresiones de incitación al odio*, adoptada el 8 de diciembre de 2015.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2013). *Recomendación general n.º 35. La lucha contra el discurso de odio racista*.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 31 de marzo de 2015, n.º 77, pp. 27061-27176.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 2004, n.º 313, pp. 1-51.

#### JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 99/2019, de 26 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 420/2018, de 25 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 565/2018, de 19 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 677/2018, de 20 de diciembre.