

CAPÍTULO 5

DELITOS DE ODIOS Y SENTIDO DE TUTELA: REFLEXIONES AL HILO DEL «CASO ALTSASU» (STS 458/2019)

Jon Mirena Landa Gorostiza
Universidad del País Vasco UPV/EHU

1. INTRODUCCIÓN

Los delitos de odio se sitúan en una línea de intervención penal que ha sido caracterizada con gran precisión por HÖRNLE en su monografía de habilitación como una subespecie de la categoría de «conductas gravemente ofensivas» (*Grob Anstössiges Verhalten*)¹. Incluye la profesora alemana el delito de provocación al pueblo (*Volksverhetzung*), previsto en el Código penal germano en su parágrafo 130², y equivalente al artículo 510 del Código Penal 1995, como una más de las prohibiciones que constituyen su objeto de investigación. Ese objeto de estudio, sin embargo, es más amplio y relativo al análisis crítico, en la frontera de legitimidad, de un conjunto notable de preceptos que pretenden proteger la moral, los sentimientos y los tabús³. Este marco general ya nos va advirtiendo de que el terreno que vamos a pisar es resbaladizo por representar prohibiciones al límite.

Ese terreno, en todo caso, es también el de la delimitación del sentido de tutela de los delitos de odio. El objetivo de este estudio es precisamente intentar profundizar en esa delimitación del bien jurídico y para ello se expondrá, en una primera parte, una síntesis del estado de la cuestión en sus trazos más generales⁴ para, a continuación,

¹ HÖRNLE (2005: 282 ss.).

² Para un análisis detallado reciente, en castellano, véase GARRO (2018: 27 ss.); con anterioridad LANDA (1996: 529 ss.).

³ Esa frontera más amplia no será aquí estudiada. Véase en la literatura española, por todos, el valioso enfoque a modo de «puente» entre la dogmática continental y la anglosajona, de MIRO (2015: *passim*), con ulteriores referencias; y también, en aspectos más sectoriales, sólo, CANCIO *et al.* (2019: 242 y *passim*), en la frontera entre los delitos de odio y los de terrorismo; y de ALCACER (2017), en la sectorial correspondiente a los sentimientos religiosos, como dos botones (los dos últimos) de muestra de constelaciones de casos que, igual que en la monografía de Hörnle, tienden a compartir con los delitos de odio un mismo terreno de intervención crítica en la frontera de legitimidad.

⁴ Conviene indicar, como limitaciones del estudio, que con este trabajo se busca antes que dar una visión exhaustiva del estado actual de la discusión sobre las propuestas de bien jurídico en estos preceptos

explorar las implicaciones al respecto de la Sentencia del Tribunal Supremo 458/2019, de 9 de octubre⁵, que condenó con base en los hechos acaecidos en el pueblo de Altsasu (Alsasua), Navarra, por las agresiones cometidas contra guardias civiles y sus acompañantes mientras disfrutaban del ocio nocturno fuera de servicio. Ese caso, y la discusión del Tribunal Supremo, con un prolijo voto particular, nos adentran en las intrincadas cuestiones que atañen a la calificación de conductas agresivas de base ideológica contra agentes del Estado⁶ como eventuales conductas criminales de odio y, por ello, suponen un banco de pruebas muy adecuado para reflexionar sobre el sentido de protección de este tipo de preceptos. Por último, esta contribución se cerrará con una reflexión final.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: ESTADO DE LA CUESTIÓN Y TOMA DE POSTURA

HÖRNLE destila magistralmente algunas características comunes a preceptos tan variopintos como los que en Alemania se dirigen contra la exhibición de símbolos propios de organizaciones anticonstitucionales; injurias contra altas autoridades o emblemas federales; el reclamo público de actuaciones delictivas; la alteración de la paz pública; la amenaza de comisión de delitos; las representaciones públicas de violencia; conductas contra la religión; ciertas conductas sexuales y un largo etcétera entre los que también incluye, expresamente, los delitos de propaganda⁷ del odio. Son todas ellas figuras penales

(imposible por su formato), solamente matizar y avanzar en una propuesta propia que pueda alimentar la discusión a partir de los trazos fundamentales, de tendencia, del debate doctrinal en España y Alemania.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 458/2019, de 9 de octubre. Recurso de casación (P) núm.: 10194/2019 P Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet. En adelante STS 458/2019 o caso Altsasu/Alsasua.

⁶ Señala adecuadamente precisamente al hilo del «caso Altsasu» LAURENZO (2019: 459 y 458), la inversión del sentido de tutela desde la protección de colectivos subordinados hacia agentes que ocupan posiciones de poder como agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Para un marco general al respecto ampliamente ANDERER (2019: 511 ss.).

⁷ Al tiempo de publicación de su Habilitationschrift, en 2005, todavía no se había incorporado al Código penal alemán la hoy vigente modificación correspondiente al parágrafo 46.2 StGB (Strafgesetzbuch) en que se incluyen como uno de los factores a valorar en la determinación de la pena «los motivos y finalidades del autor, en especial, los de índole racista, xenófobo y de otro tipo atentatorios contra la persona» («(...) die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende (...)»). Esta nueva regulación trae causa de una ley para la implementación de las recomendaciones de la comisión de investigación sobre el NSU [abreviaturas de un grupo neonazi terrorista con implicaciones en las fuerzas de seguridad y servicios de inteligencia] del Parlamento Alemán de 12 de junio de 2015 (Gesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages) que entró en vigor el 1 de agosto de dicho año. Modificación que abre la línea de intervención de delitos de odio en aquel país desde el tradicional delito de provocación (Volksverhetzung) a las agravaciones de pena en la línea de los países anglosajones: de los delitos de odio «con palabras» a los delitos «con hechos». Véase HORN *et al.* (2016: 114); más en detalle ROSTALSKY (2018: 79 ss.); y ampliamente sobre la discusión de fondo TIMM (2014: 141 ss.); y TIMM (2012: *passim*). Sobre la organización NSU, los graves delitos cometidos y el escándalo que supuso para las fuerzas de seguridad y los servicios de inteligencia alemanes véase la monumental recopilación del proceso en cinco volúmenes en RAMELSBERGER *et al.* (2018).

en las que no estaría claro si se dirigen a proteger un bien jurídico de índole individual o colectivo; que incluyen en su ámbito de regulación conductas que despiertan en amplios sectores de la población vergüenza, asco, miedo, ira y, en definitiva, resultan ofensivas y amenazantes; por último, indica la autora, pueden muy bien representar una reacción —penal— a un tabú social o proteger puros sentimientos⁸. Bien jurídico individual o colectivo; reacciones viscerales en amplios sectores del público; tutela frente a tabús y sentimientos son características que bien se pueden predicar, sin duda, del contexto que rodea los procesos legislativos, interpretativos y que informan también la reacción social cuando se trata en España de los delitos de odio⁹.

La identificación del bien jurídico protegido no es sino un ejercicio de interpretación. Es, en realidad, una conclusión interpretativa a la que se llega a partir de un tenor literal de la norma sobre cuya base se proyectarán todos los demás criterios clásicos (sistemático, histórico-legislativo, teleológico...) de hermenéutica jurídica¹⁰. Parece evidente, no obstante, que cuanto más abierto y difuso sea el tenor literal, mayor espacio dejará a que haya diversidad de propuestas sobre cuál deba ser *de lege lata* el sentido de tutela. Y este es precisamente el caso de los delitos de odio y, en particular de su precepto angular: el artículo 510, que muestra elementos típicos de enorme generalidad y, como acabamos de señalar, se encontraría en esa fina línea al límite de interferir ilegítimamente en espacios de libertad a base de criminalizar actos puramente inmorales antes que estrictamente dañinos para un bien jurídico claramente delimitado¹¹. Por eso siempre, pero más en este caso, se revela esencial la pre-comprensión como punto de partida hacia una «conjetura de sentido»¹² sobre qué haya de considerarse como aspecto o aspectos clave a la hora de

⁸ HÖRNLE (2005: 3 s.).

⁹ La sentencia del Tribunal Supremo 72/2018, de 9 febrero, que confirma el castigo por delito de incitación al odio en un caso de tuits machistas afirma en su Fundamento de Derecho único: «Por su parte, el art. 510 Cp sanciona a quienes fomentan promueven la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos que son recogidos, en el precepto. El elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del «discurso del odio», que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo. El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas *ofensas* incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, *sentimientos* de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que por su gravedad, *por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía*, se integran en la tipicidad» (resaltado del texto en cursiva nuestro).

¹⁰ LARENZ (1994: 316 ss.).

¹¹ Sitúa adecuadamente la cuestión respecto de los delitos de odio en este mismo marco general acogiéndose a consideraciones más propias del *common law* MIRO (2017: 28 ss.); también, en una visión más amplia, Del Mismo, 2015.

¹² LARENZ (1994: 194 ss.).

definir el contenido de injusto. Con otras palabras: el angular de orientación de tutela delimitará un ámbito de prohibición de la norma que desde el principio establece el campo de discusión. Eso nos jugamos al apuntar un primer sentido básico de tutela. Y es ahí, en ese primer movimiento de aproximación a estos preceptos, donde esta contribución se quiere detener.

A la vista por tanto de estas consideraciones cabe afirmar, y resulta comprensible, que el debate esencial, fundamental, sobre el sentido de tutela, sobre la pre-comprensión y conjetura de sentido del delito de incitación al odio, sigue dividiendo radicalmente a la doctrina. Y la sigue dividiendo además sobre unos parámetros de debate que no han variado en lo esencial desde que se aprobaron las primeras versiones del artículo 510¹³. Las propuestas, en definitiva, siguen basculando entre aquéllas que apuntan más claramente hacia una línea de protección individual antidiscriminatoria y aquéllas otras que identifican como dimensión clave la protección de colectivos. Y ello tanto en la doctrina española como en la alemana. Expongamos a continuación una breve síntesis en ambos círculos de debate antes de presentar nuestra propuesta.

2.1. Estado de la cuestión

Una consideración de conjunto de la doctrina alemana sigue situando el bien jurídico protegido en torno a la paz pública¹⁴ a lo que sin duda contribuye el hecho de que el tenor literal del precepto de incitación a la población (§130 StGB) incluye en varias de las conductas prohibidas la necesidad de que se afecte expresamente a la misma¹⁵. De cualquier manera, habida cuenta de que este delito de incitación describe no una sola, sino más bien una amplia variedad de conductas prohibidas, es necesario introducir matices que acaban por dar una imagen de combinación de bienes jurídicos colectivos e individuales¹⁶.

¹³ LANDA (2000: 218 ss. y 255 ss.). Somos conscientes de que la determinación del sentido de tutela variará también en función de los preceptos que en concreto sean objeto de análisis (artículos 510, 511, 512, 314, 22.4.º...), pero partimos de que el núcleo esencial de su orientación de tutela se informa del debate central que ha acompañado a la figura de incitación al odio especialmente en el círculo jurídico europeo. Véase en tal sentido la propuesta interpretativa para la agravante genérica en LANDA (2018: 121 ss.); también, por todos, la exposición del debate sobre su fundamento y naturaleza DÍAZ (2013: 337 ss.) (con ulteriores referencias); y, más recientemente, GÓMEZ (2019: 41 ss.).

¹⁴ Así lo afirma categóricamente HÖRNLE (2005: 282) que se refiere a «una gran parte de la doctrina dominante» (ganz herrschenden Meinung). Posición, por cierto, que critica con sólidos argumentos.

¹⁵ Comienza el párrafo 130 de la siguiente manera: «Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören (...) zum Hass aufstachelt». Esto es, el que incite al odio «de una manera idónea para perturbar la paz pública». También es cierto que en otras párrafos del laberíntico y prolijo precepto se hace referencia igualmente expresa al «(...) que ataque la dignidad humana de otro (...)» (§130.1.2: «die Menschenwürde anderer dadurch angreift»).

¹⁶ SCHÄFER (2017: 706 ss.), parte de un estado de la discusión muy agitado y va describiendo el sentido de protección según conductas con una predominancia de la paz pública frente a la dignidad de la persona o la vocación antidiscriminatoria; STEIN (2019: 537 ss.), describe un cuadro mixto en que ambos, paz pública y dignidad de la persona, representarían la tendencia mayoritaria en la línea de acumular

Pero más allá de una descripción analítica de los puntos de anclaje del sentido de tutela (paz pública, dignidad humana...) interesa señalar que el abordaje de pre-comprensión abrumadoramente dominante en la doctrina alemana se cifra en una conjetura de sentido que de partida aprehende la dinámica colectiva de este tipo de comportamientos. Ello no ha variado prácticamente desde que este precepto se modeló en su versión moderna en los años 60¹⁷ manteniéndose las claves de interpretación que ya estaban consolidadas en la década de los 90 del pasado siglo¹⁸. Los bienes jurídicos individuales (dignidad humana, honor, derechos de la personalidad, incluso vida, integridad física, derechos fundamentales y su ejercicio...) se integran en diversas propuestas minoritarias con mayor o menor fortuna, pero se podría afirmar que la visión, dominante, del daño a todo un colectivo, o a la convivencia, es la puerta de entrada sobre la que se puede llegar, en determinadas posiciones, a intentar hilar más fino identificando además un sentido de protección individualizado más o menos mediato: con otras palabras, protegiendo a los grupos o su coexistencia se pone además el foco en los impactos en personas concretas o al menos en el riesgo de su lesión mediante la técnica de los delitos de peligros abstracto. No cabe aquí entrar en el detalle. Interesa sólo retener una idea esencial: lo individual cuando adquiere relevancia interpretativa lo hace desde lo colectivo evitándose en términos generales una apertura del tipo como puro instrumento de protección de bienes individuales y cancelándose una deriva antidiscriminatoria de daño individualizado. Los anclajes individuales ayudan a detectar las constelaciones de casos relevantes y a fijar niveles de gravedad. Pero no desvían la mirada ni desbordan el tipo. A mi juicio, por el contrario, la doctrina española y su jurisprudencia han tendido por lo general a la operación contraria: de lo individual van a lo colectivo (a veces incluso se quedan en esa primera aproximación individualista) con consecuencias de enorme desorientación que paso a continuación a caracterizar.

En la doctrina española desde un principio se generalizó una perspectiva más de tipo antidiscriminatorio en clave individualista a la hora de intentar dilucidar el sentido de tutela de los delitos de odio. Se partía del derecho a la igualdad como paradigma y sólo en un segundo nivel se buscaban referentes colectivos de tutela¹⁹. Por supuesto que había posturas muy críticas y sólidas que buscaban una reducción teleológica del ámbito de

ambos sentidos de protección negando, además, expresamente, que pueda ser la paz pública el referente único; STERNBERG-LIEBER (2014: 1523 s.), sin embargo, apuesta por la paz pública y relega de forma más decidida a la dignidad humana como objeto de protección; KÜHL (2018: 824 s.), describe también la paz pública y en segundo nivel la dignidad humana; por último también FISCHER (2019: 1006 s.), tiende a describir como doctrina dominante la que apuesta por la paz pública.

¹⁷ LANDA (1996: 540 ss.).

¹⁸ Véase en detalle LANDA (2000: 129 ss. y especialmente p. 255), donde se hace un repaso de las principales posiciones que ya mantenía la doctrina alemana desde la propuesta minoritaria de la dignidad humana como bien jurídico protegido (p. 258 ss.) pasando por el análisis de las que se cifran en bienes jurídicos más de tipo colectivo y particularmente los que se apoyan en la paz pública y sus diversas variantes de acumulación colectivo-individual (p. 286 ss.).

¹⁹ Un cartografiado exhaustivo de la situación en la década de los 90 en LANDA (2000: p. 217 ss.).

prohibición y que, en conjunto, endosaban las implicaciones colectivas del daño social al que apunta el delito de odio²⁰. Pero ha de insistirse en que el cuadro global de la doctrina y la praxis forense ha tendido a una conjetura de sentido en clave de defensa individual de derechos a partir de la cual, en su caso, se va ampliando la mirada a aspectos más o menos supraindividuales²¹.

El ir y venir de la mirada desde lo individual a lo colectivo, esa vacilación estructural en la pre-comprensión de la que advertía HÖRNLE²², no acaba de encontrar la síntesis adecuada y definitiva: no en términos en los que la discusión doctrinal se vaya pacificando. Quizás ello no deba extrañar a la luz de que la intervención penal objeto de estudio está al límite, en frontera, respecto de los parámetros de un derecho penal propio del Estado social y democrático de Derecho. El riesgo de laminar espacios esenciales del ejercicio de derechos fundamentales exacerba la polémica y dificulta el consenso. No obstante,

²⁰ Paradigmáticamente al respecto LAURENZO (1996).

²¹ Véase, sin ánimo de exhaustividad y como botón de muestra el panorama de propuestas después de la LO 1/2015 que reflejan abrumadoramente esa pre-comprensión antidiscriminatoria (por supuesto con diversos acentos), por todos, MUÑOZ-CONDE (2019: 740 ss.), apostando por una clara contextualización antidiscriminatoria de los tipos penales; GÓMEZ-MARTÍN (2019: 30) (con ulteriores referencias) y GÓMEZ-MARTÍN (2016: 11 s.), él mismo con una propuesta mixta de bien jurídico individual colectiva; también DE VICENTE (2018: 106 ss.), adhiriéndose a lo que tilda de doctrina mayoritaria que «con razón» dice debe ligar el bien jurídico con el derecho a no ser discriminado (con una ulterior descripción además de las diferentes posiciones de la doctrina española con una buena síntesis del panorama); MIRÓ (2017: 51 [y 50]) cifrando el sentido de tutela en una «puesta en peligro más o menos remota de intereses individuales relacionados con la dignidad y la autonomía personal de cualquier individuo del grupo» también con ulteriores referencias a las posiciones con una buena síntesis de la literatura según propuestas de tutela según se sitúe el objeto en el derecho a no ser discriminado, la dignidad personal, la seguridad del grupo, la paz pública o «diferentes combinaciones mixtas de tales intereses y de otros individuales y colectivos»; y PORTILLA (2016: 385 ss.), según el cual, sin embargo, el bien jurídico protegido del artículo 510 varía en función de las conductas típicas: sería el derecho a la igualdad del colectivo afectado por el móvil en conductas de discriminación mientras que en el caso de referencias a la violencia señala la seguridad como objeto de tutela. Niega categóricamente el citado autor que en los casos de incitación al odio exista bien jurídico alguno y califica su incriminación como una «mera excusa para reprimir la libertad de expresión». En clave fundamentalmente individual, recientemente, DE PABLO *et al.* (2017: 1 ss.), quienes no reflejan en un análisis monográfico de la cuestión las propuestas de bien jurídico colectivas y se cifan en su propuesta «personalista» al estudio de la dignidad, honor y derecho a la igualdad y a no ser discriminado (con una orientación más «colectivizante» en un interesante estudio DE PABLO (2019: 344 ss.), apuesta por el honor como bien jurídico colectivo en el contexto de la teoría del reconocimiento de Axel Honneth respecto del colectivo LGTBI). Apuestan, en el extremo opuesto, de forma nítida y unívoca por un bien jurídico supra-individual, por todos, recientemente, sólo, DOPICO (2020: 539 s.); y GARROCHO (2020: 1993). Para una visión de conjunto a un más alto nivel de abstracción con un sólido meta-análisis cartografiando de forma descriptiva y valorativa las diferentes orientaciones de tutela el riguroso estudio de FUENTES (2017: *passim* [con ulteriores referencias]). En cuanto a la praxis forense véase la toma de postura nítida de la Fiscalía General del Estado por una propuesta de bien jurídico en la línea de la dignidad humana como elemento esencial afectado en el marco de los principios de igualdad y no discriminación en su reciente Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP: apartado 2.1.

²² HÖRNLE (2005: 3 s.).

conviene depurar la propuesta para evitar precisamente ese riesgo de intrusión. Por ello es que, a continuación, se va a exponer la posición propia que se decanta por una conjetura de sentido «colectiva»: esto es, que intenta delimitar el contenido de injusto a partir de una visión del daño colectivo. Desde esa posición se pasará, luego, a valorar una Sentencia, la del «caso Altsasu», sin duda fundamental y que revela muy bien hasta qué punto los problemas interpretativos y aplicativos de estos tipos se pueden agudizar o aplacar según sea una u otra la pre-comprensión de la que se parta.

2.2. Toma de postura

Después de la LO 1/2015 las modificaciones realizadas en el tenor literal del artículo 510 CP no hacen, a nuestro juicio, sino reforzar la posición que en su momento ya mantuvimos sobre el bien jurídico protegido que se cifra en la «tutela de las condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos especialmente vulnerables»²³. Y es que desde un punto de vista sistemático el nuevo artículo 510 ha reunido en un solo precepto el conjunto de discursos del odio atrayendo e incorporando las prohibiciones particulares relativas a la justificación del genocidio y prácticas rehabilitadoras de regímenes o instituciones que pudieran ampararlos. Esta última constelación de casos, antes incluida en el artículo 607.2 CP a continuación de la prohibición del genocidio, se ha trasladado al actual artículo 510.1.c CP, que reunifica así en un solo precepto y ubicación sistemática todas las prohibiciones «generalistas»²⁴ de discurso del odio.

La propuesta señalada precisa no obstante de matices a la luz de la nueva versión tras la LO 1/2015. Matices que pasan por aclarar que la referencia a los «grupos o colectivos especialmente vulnerables» no implica que las prohibiciones penales sólo pueden proyectarse sobre conductas que atacan grupos cuya vulnerabilidad hunda sus raíces en un contexto de secular agresión y discriminación sistemática de sus miembros. Estos siguen siendo el referente originario del tipo penal y ocupan el núcleo de constelaciones de casos en que se podrá determinar con mayor facilidad la relevancia penal de la conducta. Pero cabe también proyectar el artículo 510 sobre colectivos —sean minoritarios o no o incluso mayoritarios— aunque no sean vulnerables en términos históricos. En

²³ LANDA (2000: 341 ss.); más recientemente, actualizada y matizada, LANDA (2018: 49 ss.).

²⁴ Resulta evidente que el CP prevé otro tipo de prohibiciones de expresión en la línea del discurso del odio: por ejemplo, la prohibición de apología del terrorismo o el delito de humillación de las víctimas (artículo 578 CP); también el delito de difusión pública de mensajes o consignas idóneas para incitar a delitos de terrorismo (artículo 579.1 CP). Estos últimos son manifestaciones particulares en un ámbito delictivo concreto frente al artículo 510 CP que recoge el género de prohibiciones de esta naturaleza. Ampliamente sobre sus interferencias, recientemente, por todos, CANCIO *et al.* (2019); también, con anterioridad, BERNAL (2016: 13 ss.). Un análisis más global de los distintos tipos penales de adelantamiento o preparatorios excede al objeto de estudio. Véase, en esta línea, el sugerente trabajo sobre la tendencia a incriminar actos preparatorios en sectores particulares de la Parte Especial y su intento de caracterización global y sistemática comparando dicha tendencia con las previsiones de la Parte General en ALONSO (2017: *passim* y 55, 57 y 63), con referencias también al 510 CP como *delito preparatorio*.

segundo lugar, deberá añadirse otro matiz respecto de cómo debe entenderse la seguridad existencial que debe implicar no sólo la eventual afección de la integridad física o la vida, sino otro tipo de derechos fundamentales. Para ello debemos adentrarnos en el siguiente análisis sistemático.

El artículo 510 CP es el primero de los tipos penales que se prevé en la sección 1.^a (De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución) del Capítulo IV (De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas) del Título XXI (Delitos contra la Constitución). Y esta ubicación sistemática parece apuntar a prohibiciones penales en la línea de tutela de colectivos que pueden ver seriamente dificultado, o simplemente suprimido, el ejercicio de determinados derechos fundamentales. No parece que se trate de la tutela de un determinado derecho fundamental respecto de una única persona, sino que el «marcador de grupo»²⁵ que debe presidir todo ataque típico, conecta directamente el precepto con la voluntad de proteger a determinados colectivos o minorías que puedan resultar especialmente vulnerables.

Hablar de «condiciones de seguridad existencial» se justifica porque el discurso del odio en un sentido amplio (odio, violencia, discriminación, hostilidad, menosprecio...) busca minar las bases mismas de la convivencia en una sociedad democrática abogando por enfrentar a unos grupos contra otros. El discurso envenena y aspira a sembrar la cizaña de tal manera que determinados colectivos resulten privados de un estatus normal e igualitario de ciudadano que pueda disfrutar —potencialmente— de todos sus derechos fundamentales. El discurso busca azuzar el enfrentamiento, sembrar eficazmente la discordia, amedrentar, humillar, menospreciar, desacreditar, marginar, quebrar la autoestima de ciudadanos en la medida en que son y pertenecen a grupos a los que se quiere excluir de la «primera clase» y relegar, en definitiva, a una cierta inferioridad («al vagón de cola»). Toda la dinámica comisiva de los tipos que se alojan en el artículo 510 CP empuja hacia una sociedad con diferentes «niveles» de ciudadanía: blancos frente a negros, judíos...; heterosexuales frente a homosexuales, transexuales...; hombres frente a mujeres; sanos frente a enfermos, discapacitados; casados frente a otros estatus familiares... Las características de cada grupo muestran una historia y una criminología

²⁵ Toda conducta de cualquier acción del artículo 510 sólo integra el tipo cuando se comete «por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad». Es el enlace de la conducta con una referencia grupal («marcador de grupo») la que predomina en términos comunicativos y la que identifica a la víctima o víctimas que son seleccionadas no como sujetos individuales, sino como pertenecientes a un determinado colectivo. Y a ese respecto, como ya señalamos en su momento (LANDA, 1999: 342 y 346) no cambia el hecho de que el nuevo tenor literal del artículo 510 incorpore junto a la referencia de la conducta contra un grupo, o una parte del mismo, el que el discurso del odio pueda dirigirse también «contra una persona determinada» porque, ésta última posibilidad sólo cobra relevancia cuando la agresión individual funge en términos comunicativos como correa de transmisión para agredir al colectivo por medio, en este caso, de una única víctima propiciatoria.

de muy diversa naturaleza y ciertamente con niveles muy diferentes de vulnerabilidad pero, consideraciones de lege ferenda aparte²⁶, el delito de expresión del artículo 510 busca una clasificación de colectivos en la sociedad a la que anudar diversos estatus de derechos: unos tendrán la primacía, los otros son «inferiores» o, en el extremo, dejan de ser personas.

Tal dinámica apunta a minar las bases de seguridad del colectivo. La igualdad, la dignidad de las personas por supuesto se verán comprometidas, pero no son aquéllos los bienes jurídicos que directamente unifican las constelaciones de casos que integran la prohibición penal del artículo 510 CP. El colectivo recibe un mensaje —delito de expresión— que le hace dudar intersubjetivamente de si para él, si para los que pertenecen al colectivo, los derechos fundamentales van a poder disfrutarse sin problemas o con sólo las dificultades —«normales»— inherentes al ejercicio de un/a ciudadano/a estándar. El artículo 510 CP despliega mensajes anti-normativos que potencialmente quiebran las garantías normales del ejercicio de derechos civiles, políticos, económicos o culturales de personas que por pertenecer a un determinado colectivo ejercerán auto-restricción de derechos en clave preventiva y, de no hacerlo, será a costa de un ejercicio «en condiciones difíciles» que pesará como una losa y les situará en un plano de desigualdad inasumible en términos democráticos.

No todos los discursos ni todos los colectivos tienen el mismo potencial de afección del bien jurídico protegido dependiendo el mismo, por una parte, de cada país, de su momento histórico y de las concretas coordenadas de tensionamiento intergrupales.

Por otra parte, la seguridad se puede quebrar a diversos niveles: así, en su máxima expresión de gravedad, a un nivel existencial, en sentido estricto, que suponga en términos comunicativos el toque de cornetín que sigue a «la caza del hombre»²⁷ (y/o de la mujer).

²⁶ Hasta qué punto el artículo 510 debe restringirse a determinados colectivos (así los étnicos) como en su origen o ir expandiendo su ámbito de protección a otros (orientación sexual o identidad, género, personas con discapacidad, otras situaciones sociales...) es, por desgracia, una «batalla perdida» en términos legislativos, tanto en Europa occidental, como en EE.UU, donde se tiende a un arco de delitos de odio que alcanza cada vez a un número mayor de colectivos a proteger. La cuestión tiene, sin embargo, un calado de enorme profundidad que apunta en última instancia a una disyuntiva: o bien a la consideración del holocausto nazi como fenómeno único y excepcional que genera, por tanto, un colectivo —las personas judías— (y por extensión la matriz étnica subyacente al genocidio) a proteger por encima de todo (derecho excepcional); o bien la necesidad de «revisar» la historia europea reciente para «nivelar» diversos fenómenos de macro-criminalidad como «equivalentes» (nazismo, estalinismo...) y sacar, a partir de ello, las consecuencias legislativas correspondientes (extensión a la matriz ideológica, sexual, etcétera). Es esta una cuestión que obviamente supera el marco de esta contribución y que sólo puede quedar apuntada. Véase sólo JUDT (2013: 1145 ss.); también desde la óptica de la evolución de las políticas de acompañamiento a las víctimas correspondientes a cada colectivo comparando España con el resto de Europa, LANDA (2018a).

²⁷ Imagen ya propuesta por la doctrina alemana y en concreto por Geilen (LANDA, 2000: 291) y que hoy bien se puede y debe extender a «la caza de la mujer» como es notorio, paradigmáticamente, en el caso de «la manada». Esa proximidad estructural de las dinámicas agresivas no sólo encuentra un catalizador simbólico en la expresión, sino que se está manifestando también en el acercamiento y expansión de las constelaciones de casos relevantes como delitos de odio a supuestos de agresiones discriminatorias

La vida, la integridad física, son los derechos fundamentales que se ponen en peligro —hipotético—²⁸ como antesala de la violencia a gran escala, o, en términos expresivos, «antesala del holocausto»²⁹. Pero la cadena de agresión intergrupal tiene fases adelantadas antes del paso al genocidio, al crimen contra la humanidad o a graves crímenes de guerra propios del derecho penal internacional³⁰. El mensaje puede trasladar una amenaza potencial y restringir derechos de otra naturaleza: renuncias a la libertad ambulatoria, a la participación política, a la expresión de la propia identidad, a la normal recepción y disfrute de prestaciones educativas o sanitarias en plenitud, al ocio... como si la persona que participa en la sociedad no tuviera el mismo derecho que los «nativos», que los «blancos», que los «heterosexuales»... como si estuviera de prestado, como si lo que recibiera —prestaciones económicas compensatorias, becas...— fuera una concesión graciosa que se otorga «desde arriba», desde las capas elevadas de la sociedad hacia los inferiores, los «otros», los tolerados... El ámbito existencial entendido como el estatus normalizado de disfrute de derechos fundamentales y libertades públicas puede verse interferido de tal forma que bloquee su ejercicio normal a sectores significativos de la población. La sociedad jerarquizada según colectivos con más y menos derechos es el instrumento para minar las bases de seguridad existencial del grupo que teme no sólo por su vida o integridad física (la de sus miembros) en un caso extremo, sino que también ve su espacio existencial —su estatus jurídico de ciudadano normal— minado, reducido, amenazado, cercenado.

Y esa amenaza efectiva de las bases de convivencia que afecta a la seguridad existencial del colectivo —en su conjunto o en una parte significativa del mismo— se puede reformular en términos de contexto de «crisis». El discurso del odio «hace crisis» cuando es eficaz. Y sólo entonces el daño social está hecho. No toda interferencia de agresión intergrupal, potencial, puede ser típicamente relevante. Sólo en contexto, cabrá filtrar las constelaciones de casos que «hacen crisis» y determinan que el mensaje cala con

por razones de género con la incorporación de éstas a la agravante del artículo 22.4.º. Véase, por todos, la caracterización crítica del aterrizaje del artículo 22.4.º por la vis expansiva del derecho penal de género en ALONSO (2019: 101 s.), con una línea de interpretación en términos de incremento del injusto (ALONSO, 2019: 107 ss., 116 ss. y *passim*) que bien podría cohonestarse en parte con la postura que nosotros defendemos (LANDA, 2018: 121 ss.). En todo caso, y es una cuestión que aquí debe quedar abierta, la reunión de las líneas de intervención penal esencialmente antixenófoba (relativa a colectivos étnicos) y la propia del derecho penal de género por más que puedan, formalmente, responder a un mismo paradigma de igualdad y no discriminación son tributarios de realidades tan distintas que, de lege ferenda, debería hacer reflexionar sobre su acomodo en los mismos preceptos del Código penal y, de lege lata, precisan de ajustes interpretativos diferenciales que aquí no cabe desarrollar. Véase en esa línea la reflexión con sólidos argumentos que compartimos de ASUA (2020: 370 ss. y *passim*).

²⁸ El discurso del odio se plasma en conductas típicas que generan un peligro hipotético (delitos de peligro abstracto) para el bien jurídico protegido en la línea de la propuesta de TORIO (1981).

²⁹ LANDA (2000: 342).

³⁰ Y por ello se puede entender la incorporación del anterior artículo 607.2 en el actual artículo 510 si bien reformulado y ampliado en forma de conductas de enaltecimiento, grave trivialización o negación de delitos —o autores de los mismos— de derecho penal internacional (art. 510.1.c CP).

sus funestas consecuencias liberticidas. De otra manera el artículo 510 CP no tendría virtualmente límites y terminaría por enterrar el núcleo esencial de otros derechos fundamentales, particularmente la libertad de expresión.

Por ello la discusión sobre la naturaleza del artículo 510 como delito de peligro hipotético es un corolario de la afirmación de la naturaleza supraindividual del bien jurídico cuya afección típicamente relevante se cifra en una «puesta en contacto» del discurso del odio con la seguridad del colectivo. El discurso del odio «eficaz» despliega un peligro real —no meramente presunto— que debe comprobarse en el contexto del «clima» social. El discurso eficaz refuerza la amenaza: tiene un «efecto amenazante coactivo» pues mina —de verdad— la seguridad y reduce —de verdad— los espacios de libertad en términos grupales. Pero ello se puede articular según diversas dinámicas comisivas.

El efecto amenazante coactivo se aloja en los discursos del odio que pueden ser, según las modalidades típicas del artículo 510, incitadores o injuriantes. Los primeros (art. 510.1 CP) buscan movilizar voluntades ampliando el colectivo agresor: incitar, promover, fomentar el odio, la violencia o la discriminación (art. 510.1 a CP); impulsar y participar en la cadena —permanente— de difusión mediante escritos o soportes articulados con vocación —y susceptibles— de eterna activación (art. 510.1 b CP); el discurso de «apología» de los crímenes más graves de la comunidad internacional (art. 510.1 c CP)... todos ellos fomentan una dinámica de adhesión de nuevas voluntades y su potencial es el de ampliación de actores del círculo —activo— del odio. Hay también un discurso del odio más de índole injuriante (art. 510.2 CP). Injuriante no en sentido estricto sino que acoge discursos insultantes, denigrantes, humillantes. Son discursos con los que se dibuja la diana, se humilla al colectivo, también se le carga de odio y se va preparando el paso al acto... Lesionar la dignidad mediante el menosprecio, la humillación y el descrédito apunta a un trato inhumano y degradante colectivo que también puede darse de lege lata en forma de apología de delitos. En estos supuestos se quiebra —potencialmente— a los miembros de un colectivo en su dignidad como personas y, de esa forma, rotos, pierden su seguridad existencial en la vida colectiva con la correlativa reducción de espacios de libertad.

En síntesis, el nuevo artículo 510 CP es un delito de peligro abstracto, peligro hipotético o posible³¹, cuyo bien jurídico protegido se cifra en las condiciones de seguridad existencial de colectivos o minorías especialmente vulnerables. Seguridad existencial que va más allá de la protección de conductas que pongan en peligro la vida o la integridad física de las personas³² pertenecientes al colectivo en cuestión y que puede alcanzar a constelaciones de casos en los que el peligro generado afecta a las esferas de libertad de otros derechos fundamentales que se ven reducidas a escala grupal. El peligro típicamente relevante se producirá sólo en determinados contextos en los que la incitación

³¹ TORIO (1981: 840 ss.). Véase un repaso a las distintas posturas en la síntesis que expone PORTILLA (2016: 386 ss.).

³² Es en este punto donde reformulo y matizo mi posición anterior (LANDA, 2000: 347 ss.; y LANDA, 2018: 63) respecto de la versión original del artículo 510 CP.

o la injuria colectiva en sus diversas modalidades «hace crisis»: esto es, despliega un efecto de amenaza que, aunque indirecta o velada, excepcionalmente priva de seguridad normativa al colectivo en cuestión en términos intersubjetivos. Cualquier miembro del colectivo en cuestión, en tal situación, vería peligrar sus espacios de libertad más allá de lo que podría ser únicamente un discurso inquietante, chocante e incluso perturbador o contrario al sistema democrático. El plus de afección de derechos o bienes relevantes constitucionalmente que residía, según el TC en los elementos tendenciales³³, se remite así al juicio de peligro *ex ante* en el que aquéllos deberán detectarse en contextos particulares: en contextos «críticos»³⁴.

3. EL «CASO ALSASU» COMO BANCO DE PRUEBAS

Sin duda la Sentencia del Tribunal Supremo 458/2019, de 9 de octubre, es un hito fundamental en el debate sobre la aplicación de los delitos de odio al ámbito ideológico y, más aún, a la eventual tutela institucional³⁵. Se trata de un supuesto de agresión contra dos agentes de la Guardia Civil, fuera de servicio, que después de cenar con sus parejas se dirigieron el 15 de octubre de 2016 a las 2:30 de la madrugada al bar Koxka de la localidad navarra de Alsasua a tomar unas consumiciones. Los autores, a los que se incardina en un contexto ideológico propio de la denominada «izquierda abertzale» (nacionalismo vasco de izquierdas), fueron condenados finalmente por el Tribunal Supremo, según las diferentes participaciones, a delitos de atentado, lesiones, desordenes públicos y amenazas; pero a nuestros efectos interesa el debate que se produjo respecto de la aplicación en primera instancia de la agravante por discriminación ideológica (art. 22.4.º CP) que se corrige y descarta finalmente en casación.

La base fáctica de la que se parte a la hora de discutir si una tal agravante por discriminación ideológica debía aplicarse es en esencia la siguiente:

«(...) Los acusados eran todos ellos conscientes de que el Teniente y el Sargento aun estando fuera de servicio el día en que ocurrieron los hechos, pertenecían a la Guardia Civil y destinados en el Puesto de Alsasua, actuando amparados y aprovechándose de la existencia de un numeroso grupo de personas tanto dentro como fuera del bar, y en todo caso guiados por su clara animadversión y menosprecio hacia la Guardia Civil y por motivos claramente ideológicos intentando expulsar a dicho estamento de la localidad de Alsasua. No ha quedado constatado que los acusados agredieran a M y P en atención a su condición de mujeres, sino porque eran las parejas sentimentales de los dos Guardias Civiles. (...)»³⁶.

³³ LANDA (2018: 50 ss).

³⁴ Que no debe confundirse —ni menos identificarse— con una situación de crisis general de las que serían la base para declarar la situación de excepción o sitio o habilitar la suspensión individualizada de derechos (artículo 55 Constitución Española 1978). Invita acertadamente a la cautela en tal sentido TERUEL (2015: 462).

³⁵ ANDERREZ (2019); LANDA (2018b: 21 ss).

³⁶ Antecedente de Hecho Primero de la STS 458/2019 en la que se contienen los Hechos Probados de la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (sección primera) de 1 junio de 2018 y que

La STS 458/2019 dedica su Fundamento de Derecho Quinto (ponente Andrés Martínez Arrieta) al estudio de la correcta o incorrecta aplicación del artículo 22.4.º al caso. Pero antes de entrar en el análisis jurídico propiamente dicho, el FD Quinto depura parcialmente los hechos probados para centrar adecuadamente el objeto de debate. En primer lugar, se es consciente de forma expresa que no había «fines terroristas»³⁷ y por tanto quedaría fuera de la base fáctica acabada de transcribir que pudieran integrar las conductas a examen un delito de terrorismo. A mi juicio, por tanto, aunque no se afirma de manera palmaria, parece darse a entender una cierta relativización de que las agresiones puedan anudarse a una suerte de programa de expulsión violento y organizado de la Guardia Civil por más que algunos de los acusados pertenezcan a un colectivo ideológico (OSPA) que aboga por que la Guardia Civil abandone la localidad (y el País Vasco, Navarra y/o Euskal Herria)³⁸. De esta forma, aunque la propia sentencia insistimos, no lo señala expresamente, entendemos que se apunta tácitamente —o al menos se puede entrever la puerta abierta— a una suerte de relación de concurso de leyes entre los delitos de terrorismo y los delitos de odio que, a mi juicio, remiten a una relación de especialidad en la que la normativa terrorista sería ley especial frente a la categoría más genérica de los delitos de odio y, ambos, a su vez, dentro de una categoría aún más general de delincuencia política o de motivación política³⁹. El terrorismo supondría un plus objetivo y subjetivo respecto de los delitos de odio. Por tanto, el hecho de excluir la tipificación de terrorismo, a la que se allanan los acusados en lo que al recurso de casación respecta, bloquearía en parte la dimensión «ideológica» de la acción y serviría una base fáctica algo más «rebajada» sobre la que preguntarse si, no habiendo terrorismo, queda sin embargo una caracterización de delito de odio ideológico por agravación de la conducta base. Este aspecto, como veremos, será uno de los aspectos clave que aparecerá una y otra vez en la ponencia mayoritaria de la sentencia y, asimismo, en los votos particulares en los que en breve nos detendremos.

en la parte transcrita (Hecho Probado C *in fine*) se mantuvieron como tales durante la apelación y hasta que finalmente se ventila el recurso de casación correspondiente.

³⁷ También, de forma aún más lacónica («Este apartado fáctico permite la calificación sobre la concurrencia de la agravante de abuso de superioridad (...)»), se pretende vaciar el relato fáctico de aquellos aspectos que servirían para fundamentar la agravante por abuso de superioridad que no es, obviamente, el foco que nos ocupa.

³⁸ Se reconoce que alguno de los acusados, en concreto dos de ellos, «(...) están vinculados e implicados activamente y de forma importante al movimiento OSPA de Alsasua que persigue como finalidad la exclusión de la guardia civil y demás fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (...)». Pero a renglón seguido, remitiéndose a los hechos probados en instancia se indica que «no ha quedado plenamente acreditado que tales acusados y el resto de los mismos que participaron en los hechos descritos en la presente resolución tuvieran la clara intención y finalidad de llevar a cabo algunos [de] los postulados que anteriormente al cese de la lucha armada en el año 2012 tuviera la banda terrorista ETA, ni que los acusados hubieran asumido en aquella época tales postulados...no resulta probado que con las acciones descritas tuviera la intención de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública o provocar el terror a gente o parte de la misma en la localidad de Alsasua» (STS 458/2019, FD Quinto).

³⁹ LANDA (2018: 94).

En la misma línea, en segundo lugar, también se apunta la improcedencia de argumentar cualquier incremento punitivo a partir del mero hecho de que los sujetos pasivos sean precisamente servidores públicos. Su condición de agentes de la autoridad ya estaría recogida —y protegida— en la prohibición de atentado de manera que de conformidad con el principio *non bis in idem* (o también, con otras palabras, por inherencia en aplicación del artículo 67 CP: FD Quinto *in fine*) no cabría esgrimir sin más su pertenencia a la Guardia civil para justificar la agravante de discriminación. En síntesis: el delito de atentado ya absorbe el desvalor correspondiente de la conducta dirigida contra los agentes del Estado por el mero hecho de serlo.

Por todo lo señalado se va a dirigir el análisis fundamental y exclusivamente a que los autores actúan «guiados por animadversión y menosprecio a la guardia civil» y por tanto extrayendo de la base fáctica los aspectos ya indicados y también que se cometieran los hechos «por motivos claramente ideológicos» que es una pura valoración ajena a la fijación del relato fáctico y que predeterminaría el fallo⁴⁰.

Así fijados —y «adelgazados» o rebajados— los hechos probados, una parte de la discusión va a dirigirse a argumentar la discrepancia entre la base fáctica y la calificación jurídica (operación de subsunción) y otra parte, la más extensa y sustanciosa, al debate en sí de hasta qué punto se puede aplicar este tipo de incremento punitivo a un cuerpo de policía como lo es, en este caso, la Guardia Civil. A pesar de que la Sentencia acaba por revisar, casar y suprimir la aplicación de la agravante ideológica a víctimas de la Guardia Civil no se cierra, sin embargo, la puerta a que en el futuro se pueda hacer, ya que el grueso de los argumentos son de índole probatorio antes que de principio. Esta vía abierta de futuro es además reivindicada también para el caso por el extenso voto particular. Vayamos por partes.

3.1. La posición mayoritaria de la sentencia: no cabe aplicar la agravante

Desde un principio el tipo de argumentación se orienta a tratar de comparar la agravante de discriminación ideológica con la agravante por discriminación de género a la búsqueda de una suerte de «plantilla de agravante discriminatoria» que debería aplicarse a la base fáctica. Esa va a ser la línea central de argumentación sobre la base de que, en todo caso, el fundamento de la agravante está «(...) anclado en sede de culpabilidad (...)». Y por ello la agravación debe justificarse en una mayor culpabilidad reflejada en la acción⁴¹.

Así las cosas, la primera indicación se cifra en que la circunstancia personal (en nuestro caso la ideología), base de la discriminación, se debe dar en las víctimas: se debería

⁴⁰ A mayor abundamiento se añade literalmente que «los hechos tal y como se describen en el hecho probado, son execrables y reflejan una motivación abyecta, en cuanto refieren que la agresión se produce al constatar que eran miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado» (FD Quinto).

⁴¹ «Que (...) por la gravedad del hecho y por la motivación del mismo proceda una agravación por la culpabilidad reflejada en la acción».

probar que se aprovecha la ideología —real o aparente— de aquéllas como mecanismo para imponer por parte del sujeto activo un comportamiento lesivo. El delito debe ser una suerte de «manifestación objetiva de la discriminación característica». O sea: se debe dar que «el hecho probado señale cuál es la ideología de la víctima que el sujeto activo rechaza y sobre la que se apoya, como móvil, para la realización de la conducta». Y al parecer considera la Sentencia que no se produce ese primer requisito así formulado por una razón principal: la Guardia Civil no es un «colectivo vulnerable».

Esta forma de argumentación resulta confusa y difícil de seguir por el estilo de redacción del Fundamento Quinto que a lo largo de casi nueve páginas tiende a repetir las mismas ideas a veces con aparentes saltos lógicos. De hecho, así lo entendemos, se liga sin solución de continuidad la negación de la condición de colectivo vulnerable (sujeto pasivo) con consideraciones de negación de la base fáctica por ausencia de ideología común a todos los autores (sujeto activo) ya que se afirma que sólo dos de los autores de la agresión pertenecían al movimiento «Ospa» que persigue expulsar a la Guardia Civil de la localidad. Así parece querer subrayarse la imposibilidad de reconocer una actuación «ideológica» tanto en los sujetos activos (no todos pertenecen al colectivo «Ospa») como en los pasivos (guardia civil).

En todo caso, parece afirmarse tácitamente que la discriminación contra el colectivo diana sólo podrá tildarse de ideológica cuando el conjunto de personas que comparten una ideología sea «vulnerable»: esto es, objetivamente más susceptibles de prácticas de adscripción negativas y/o agresiones, porque ya lo han sido históricamente o porque suelen ser sometidos como patrón habitual de comportamiento a conductas de aislamiento y rechazo que hacen más difícil que puedan gozar de las mismas oportunidades de disfrute de los bienes sociales en situación de igualdad en comparación con el resto de ciudadanos con los que conviven. La ideología que profesan las víctimas sería el elemento común, el pegamento que en términos sociales y comunicativos, las haría visibles y las convertiría en un grupo de personas más fáciles de atacar, más susceptibles de ser sometidos a discriminación, rechazo y agresión. No parece ser el caso, según la sentencia, de la Guardia Civil. Respecto de la que por cierto, se afirma, oportunamente, que como tal cuerpo no puede ser identificado con una «ideología».

Con otras palabras: según el tribunal debería evidenciarse, en primer lugar, que el hecho probado en la sentencia es manifestación de la discriminación generadora de desigualdad; lo que implicaría, en segundo lugar, describir la situación de desigualdad que supone, a su vez y finalmente, una comparación entre situaciones. Frente a ello, sin embargo, de forma categórica se afirma que no se dan los presupuestos fácticos para una agravante por discriminación ideológica en este caso porque:

«No se describe la situación de discriminación, no se describe la ideología, tampoco se establece una comparación entre situaciones desiguales sobre las cuales fundar la discriminación, ni hecho probado [sic] contiene una definición ni expresión de la situación objetiva de desigualdad derivada de una ideología del sujeto pasivo del hecho delictivo. Y no puede considerarse que el hecho de pertenecer a un instituto policial sea una ideología».

Parece darse a entender, por tanto, que si hubiera un colectivo vulnerable cabría una aplicación de la agravante ideológica sobre la que se intenta, igualmente, dar una caracterización interpretativa conforme a tres líneas argumentales adicionales. En primer lugar, se alude a que el artículo 22.4.º debe interpretarse, de conformidad con la mens legislatoris, como instrumento de protección contra la violencia antirracista y antisemita de cuño neonazi y que, posteriormente, se ha ido extendiendo a otras violencias discriminatorias contra grupos vulnerables. Se indica por tanto que ese fue el contexto de aprobación de la norma en cuestión (art. 22.4.º) pero que, evidentemente, luego puede evolucionar en su interpretación una vez incorporada al ordenamiento jurídico. Y así, como segunda línea argumental complementaria, apunta la sentencia que la agravante, conforme a un criterio de interpretación literal, despliega una cierta tutela al derecho a la igualdad y de interdicción de la discriminación. En tercer, y último lugar, se da a entender que tal agravante supone una respuesta a un daño no puramente individual sino más de índole colectiva cuando se insiste en situar su dinámica en un contexto de convivencia democrática y tolerancia en el que el castigo agravado se justificaría en el plus de afección a dicha convivencia, más allá de la víctima en concreto, al impactar contra determinados colectivos y la sociedad toda⁴².

En síntesis: se niega la procedencia de aplicar la circunstancia agravante por la agresión a los guardias civiles pues no hay base fáctica que lo acredite ya que su mera condición de agentes no es suficiente —y está absorbida por el delito de atentado— para que se pueda dar por probado ningún comportamiento discriminatorio de tipo ideológico que presupondría haber podido acreditar una cierta vulnerabilidad del colectivo. Este último aspecto de la «vulnerabilidad» del colectivo es el eje sobre el que, una y otra vez, se va construyendo el hilo argumental y cuya ausencia impide avanzar hacia la prueba de la base fáctica sobre la que edificar en su caso una causa de discriminación punible.

Contrasta esa alusión a la vulnerabilidad del colectivo con una corriente contraria que vienen negándola⁴³ o simplemente omitiéndola⁴⁴ como elemento clave para determinar la aplicación de delitos de odio. Argumento que, recuperará el voto particular que enseguida pasamos a exponer. Pero antes de ello conviene hacer una recapitulación y

⁴² Los tres criterios interpretativos (origen legislativo; literal; y contextual) de concreción del artículo 22.4.º CP acaban por incorporar siempre alguna referencia a que, en definitiva, se trata de proteger a grupos vulnerables en una cierta argumentación circular de tres páginas.

⁴³ Paradigmáticamente la Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP de la Fiscalía General del Estado indica literalmente: «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. [...]» (apartado 2.4.).

⁴⁴ Por todas sólo la última sentencia del Tribunal Supremo 72/2018, de 9 de febrero, en que se condena por un delito del artículo 510 sin aludir en ningún momento a dicha vulnerabilidad de los colectivos.

una valoración de los modos argumentales de este fallo mayoritario desde la óptica del sentido de tutela subyacente a la agravante.

La argumentación es atormentada y se mueve entre dos polos: un abordaje formalista en clave puramente antidiscriminatoria y otro más en clave supraindividual con la alusión a la inexistencia de un «colectivo vulnerable». Precisamente es este último aspecto el que despliega su potencial restrictivo y acaba por decantar el fallo. Y, a mi juicio, es un razonamiento correcto que en el fondo está aludiendo a que sin un colectivo vulnerable (y añadimos nosotros sea porque lo es históricamente o porque contextualmente se convierte en tal) el daño pierde relevancia típica. Hay por tanto una alusión tácita a una suerte de tutela del colectivo como tal dentro de una sociedad democrática y al potencial de afección que en ésta última puede tener la conducta. El filtro de tipicidad se articula y modula hacia y desde una pre-comprensión colectiva del daño. Las referencias a la discriminación, a veces caóticas y desenfocadas de su verdadero molde conceptual, sin embargo, se revelan confusas y con poco potencial para re-significar el caso y orientar la aplicación de la agravante. Aludir a una acción de discriminación en genérico como intención y contexto de interpretación abriría definitivamente esta agravante a un sinnúmero de constelaciones de casos. Es lo que intentan los votos particulares. Veámoslo.

3.2. Los votos particulares

En realidad, se trata de un único voto particular formulado por el magistrado Vicente Magro al que se adhiere el magistrado Antonio del Moral. Es un voto largo que se extiende a lo largo de casi 40 páginas (pp. 411-448) en el que, aunque se ofrece una estructura formal de partida⁴⁵, cuesta encontrar una articulación material, clara, ordenada y coherente. La constante repetición de determinadas ideas y la incorporación cruzada de muy diferentes referencias doctrinales, oscurece su claridad pero no hasta el punto de impedir encontrar el hilo argumental principal que aboga por la tesis de que se tendría que haber aplicado la agravante de discriminación ideológica en la agresión contra los Guardias civiles. En lo que sigue se intentarán exponer y ordenar los argumentos esgrimidos.

Antes de expresar su discrepancia, el voto particular comparte con el fallo mayoritario un pronunciamiento en favor de la incompatibilidad de la agravante con el delito de atentado o los desórdenes públicos, a la par que indica que el debate sobre la aplicación del incremento de pena vía agravante por discriminación ideológica en realidad no tiene efectos prácticos por el juego penológico de conjunto⁴⁶ en este caso concreto. El debate,

⁴⁵ Se estructura formalmente en cuatro puntos iniciales «de salida» y otros tres que fueron objeto de debate en las deliberaciones y sobre los que —a diferencia de la posición mayoritaria de la sentencia— expondrán su particular posición disidente.

⁴⁶ Se comparte la rebaja de pena que implica la casación de la sentencia en su conjunto en la medida en que se está de acuerdo con la supresión de la agravante de superioridad y de discriminación para los delitos de atentado y desórdenes públicos. También se apunta al hecho de que al haberse considerado la

pues, antes que de consecuencias prácticas es de principios y pretende sentar las bases de la futura interpretación de esta circunstancia agravante.

El primer argumento disidente tiene que ver con la forma de concebir el fundamento de la agravante que, como la posición mayoritaria, «ancla en la culpabilidad» pero a la que se añade que eso quiere decir que interesa el móvil del autor y no la realidad de la víctima. Se abre así la puerta, de par en par, a una investigación en los motivos de quién actúa a la búsqueda de su maldad intrínseca más allá de que ésta deba repercutir objetivamente (o, mejor, intersubjetivamente) en la «realidad» del colectivo diana.

El segundo argumento tiene que ver con la neutralidad ideológica de los cuerpos policiales y, en este caso, el de la Guardia civil. Neutralidad que también se asume pero que no impide que sean los autores de la agresión los que les atribuyan una ideología («españolista») sobre cuya base hacen descansar sus acciones. Igual que en el primer argumento el foco de atención se desplaza del sujeto pasivo al sujeto activo. Son los acusados quienes imputan una ideología anti-abertzale a la Guardia civil y por ello se le discrimina ya que «quien representa [en la mente de los autores] esa ideología no tiene derecho a considerarse uno más en la población». Ese plus ideológico contra la Guardia civil convierte el dolo genérico de actuar contra la autoridad en un dolo más específico que añade a lo anterior actuar contra dichos agentes por ser españolistas y anti-nacionalistas: este último plus motivacional directamente atentatorio contra los valores de pluralismo y tolerancia activaría la agravante.

El tercer argumento apunta al corazón de la posición del fallo mayoritario y tiene que ver con la negativa categórica a que la agravante sólo pueda ser activada cuando se trate de colectivos vulnerables: esto es, «colectivos que actual o históricamente hayan sido objeto de discriminación». Considera este requisito perturbador y se reitera el argumento: no importa la situación de la víctima y su colectivo, sino que el móvil apunte de forma intolerante hacia una diferencia sobre cuya base se pone en marcha la agresión. Y aquí, otra vez, se desciende radicalmente al foro interno cuando se indica que lo relevante es el móvil en cuanto que «(...) supone el germen de unos sentimientos repudiables e incompatibles con el modelo de convivencia que la Constitución quiere implantar y que el legislador penal ha querido reforzar con esa previsión agravatoria (...)» de la que no cabe desgajar colectivos que han sido citados por el artículo 22.4.º CP.

Estos tres argumentos en realidad se resumen en una sola línea interpretativa de fondo: la que reconduce el fundamento de la agravante a una motivación de intolerancia que atenta directamente contra el pluralismo y que no debe buscar en referentes objetivos de la situación del colectivo (vulnerabilidad) ningún tipo de restricción de su ámbito de proyección. Ello se argumenta con enorme profusión. Así, en primer término, desde la diferencia con el delito de atentado respecto del que se asegura que no hay por tanto *bis in idem*: sino un plus de base puramente ideológica añadida a la agresión a la autoridad.

animadversión contra la Guardia civil como una motivación «abyecta» ésta ya se habría recogido a efectos penológicos en el juego cuantificador de las reglas del artículo 66 CP.

El ataque a la autoridad y la deriva discriminatoria se proyectan sobre la misma conducta y sujeto pasivo, pero tienen diverso fundamento lo que permite que pueda existir el primero sin el segundo y que éste último sea algo distinto y añadido que se cifra en el «odio al diferente». Pero también se va desarrollando e ilustrando esta idea comparando esas diferencias con las establecidas jurisprudencialmente entre la agravante de género y parentesco: lo mismo que allí no hay *bis in idem*, aquí tampoco. Ello, en todo caso, siempre conduce como criterio decisivo a la dimensión subjetivo-motivacional de desprecio como punto clave y al que se anuda una mayor reprochabilidad ya que conlleva «apartamento, anulación, deseo de prohibición de residir en el mismo lugar que el sujeto activo, y, sobre todo, con la carga de odio que conllevan actos que integran la discriminación y que quedan perfectamente descritos en los hechos probados con una mayor fuerza que el mero hecho de atacar el principio de autoridad». La misma línea de argumentación se dirige a negar inherencia de conformidad con el artículo 67 CP.

De igual manera respecto de que la Guardia civil sea, o no, un colectivo vulnerable, más allá del argumento literal de inexistencia de tal restricción en el listado de grupos del artículo 22.4.º, se invoca el «clima» de hostilidad al que debe enfrentarse ese cuerpo policial y que se informa de la ideología de rechazo a su presencia institucional en representación del Estado español en el territorio del País Vasco. Se trae a colación la STS 11 enero 2017 sobre el denominado caso «Blanquerna» en que se aplicó⁴⁷ la agravante ideológica en supuestos de agresión de sujetos activos conectados a la extrema derecha en un contexto de actuaciones contra el movimiento independentista catalán sin que se mencionara su eventual vulnerabilidad. A renglón seguido niega que pueda aplicarse al artículo 22.4.º la lógica de la acción positiva y, se cierra otra vez el círculo, reorientando la interpretación a que interesa el motivo personal del actuar; no el efecto de lo actuado. Interesa la identidad individual del sujeto pasivo a que alude el prejuicio; no la identidad colectiva. Interesa la afección al principio de igualdad y no la lógica de pertenencia a una minoría.

El ajuste de la lente a seleccionar una «condición personal», en este caso, pertenecer a la Guardia civil con un fondo motivacional ideológico (aspiración política a que este cuerpo policial abandone el territorio) es el fundamento del ataque y «produce esa discriminación» (p. 427). No importa si hay un colectivo vulnerable por razones históricas o de otra índole; no importa el efecto en los sujetos; importa el motivo del que actúa (sujeto activo) y que esas razones apuntan a la condición personal, individual, del sujeto pasivo, que está recogida en el principio de igualdad (p. 428 y 429)⁴⁸.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 983/2016, de 11 enero. Aunque, como es conocido por su repercusión mediática, ha sido corregido por el Tribunal Constitucional y definitivamente anulada la aplicación de la agravación por Sentencia del Pleno de dicho Tribunal 1/2020, de 14 enero, por haberse vulnerado en su aplicación al caso los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

⁴⁸ A partir de este punto el voto particular, tras una alusión a que la agravante disponga de un número clausus o un listado abierto de grupos, se vuelca en los argumentos ya señalados, de forma reiterativa una y otra vez, al hilo de referencias a las sentencias de instancia y apelación.

Recapitulando: la presencia de motivación ideológica personal de odio a la Guardia civil activa la agravante. ¿Cabe una interpretación más clara de derecho penal de autor y de vaciamiento absoluto del concepto de discriminación? Hay un encadenado de opciones interpretativas, afirmadas asertivamente (la agravante «ancla» en la culpabilidad; ésta se identifica con una motivación reprochable; quien así actúa contra representantes del Estado por serlo es discriminatorio...) que abren la agravante a poder ser utilizada como un mero expediente de incremento de pena al servicio de cualquier motivación ideológica que el juzgador halle presente y considere reprobable en el caso a quo. Los motivos colonizan los actos, los fagocitan, se desentienden de la realidad y se convierten en la razón «ideal» de la pena: puro derecho penal de autor⁴⁹.

Llegados a este punto el voto particular, en su parte final, y quizás por la evidencia del sesgo interpretativo, se plantea precisamente el problema de que la ideología como tal, incluso aunque fuera anticonstitucional, no podría per se fundamentar un incremento de pena lo que le lleva, en contradicción con sus anteriores postulados, a un tipo de argumentación en que se mezclan varias líneas de pensamiento basculando hacia una clave más objetiva (p. 440 ss.). Esto es, aludiendo a que la agresión contra la Guardia civil entraña también «una suerte de amenaza» (p. 440), que afectaría a la «seguridad existencial» del colectivo y al ejercicio de sus derechos y libertades (pp. 441 y 442)⁵⁰.

En resumen: se agrava porque los sujetos activos actúan con una motivación, determinante, que se basa en una ideología excluyente contra el colectivo de la guardia civil como representantes del Estado y cuya aspiración política es su expulsión del País Vasco y Navarra; y «Aceptar y hacer esto es discriminación y si se comete un delito basado en esta filosofía o forma de proceder es una agravante de la responsabilidad penal» (p. 445).

El voto particular es un ejemplo palmario de hasta qué punto un enfoque antidiscriminatorio, individualista, con un manejo confuso de las categorías de principio de igualdad y no discriminación como equivalentes, en el que se combate expresamente una pre-comprensión del instrumento penal en clave de tutela de colectivos, acaba erráticamente en una suerte de expediente de incremento de pena a la carta según el sesgo ideológico que se atribuye a quien actúa.

⁴⁹ Objeción que en el voto particular consideran expresamente (p. 437 ss.) y que creen solventar en primera instancia si se prueba que la motivación «sea la determinante para cometer el delito» (p. 439) en conexión con lo que era parte de la interpretación jurisprudencial de los delitos de odio.

⁵⁰ Entresacando argumentos y formulaciones lingüísticas de mi propia postura doctrinal (incluso con mención a la «situación crítica» o al carácter «supraindividual» del «interés» protegido por la agravante: p. 442) respecto de los delitos de odio, pero de una forma desconectada de su base de fundamentación, trufada con elementos extraños y en doble contradicción: en primer lugar, con los propios postulados que defiende el voto particular y, en segundo lugar, en contradicción también con la orientación original que un entendimiento cabal de mi postura acarrearía (y que implicaría, frente al voto particular, un anclaje de la agravante en el injusto no en la culpabilidad; el rechazo de la preponderancia de los motivos subjetivos; la apuesta por una lectura intersubjetiva de los efectos sobre el colectivo y en particular la atención a la vulnerabilidad del colectivo...).

4. REFLEXIÓN FINAL

Esta contribución buscaba resaltar que la pre-comprensión, colectiva o individual, es clave para abordar una interpretación adecuada de los delitos de odio. Esa «primera» mirada al caso que prefigura el bien jurídico protegido era el objeto de nuestra atención. Y desde esa óptica, sólo desde esa óptica, la descripción y caracterización del sentido de tutela se ha plasmado en forma de tendencias generales afirmando que es más colectiva en Alemania y más individualista, antidiscriminatoria, en España. En Alemania se parte de la dinámica de enfrentamiento entre grupos, en España parece haber un abordaje más «bilateral» entre víctima concreta y agresor con una visión de foco más centrada en el micro-conflicto, perdiendo de vista o relegando a un segundo plano el contexto grupal. Por supuesto, la aquí presentada es una visión global, simplificadora, que no pretende hacer justicia ni entrar al detalle de propuestas de bien jurídico más depuradas. Se buscaba más bien una comparación de tendencias que se reflejan como en un espejo en la Sentencia del caso Altsasu. Como en un espejo y como una novedad.

En efecto, la sentencia del caso Altsasu supone una novedad en la línea jurisprudencial del artículo 22.4.º CP ya que se otorga un gran peso a la consideración de la vulnerabilidad del colectivo a la hora de determinar la relevancia típica de la conducta, excluyendo en el caso la aplicación de la agravante ideológica a colectivos como la Guardia Civil. Es cierto que las características concretas del caso al referirse a un colectivo policial, ponía esa cuestión en primer plano. Pero también es cierto que, al fin y a la postre, un análisis del colectivo y de sus características es el que termina por decantar, de principio a fin, una interpretación restrictiva del Tribunal Supremo en la materia. Paradójicamente, por tanto, una sentencia como la del caso Altsasu, tan controvertida y criticada, alberga algún rayo de luz entre tanta sombra.

El eventual uso estratégico *ad hoc* de esta argumentación por el alto tribunal, la propia división (fallo mayoritario v. voto particular) del órgano judicial, y la incógnita de hasta qué punto marcará, o no, un punto de inflexión en la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo⁵¹, son factores de incertidumbre que no evitan que se pueda detectar

⁵¹ La mayoría de las Sentencias del Tribunal Supremo que se han pronunciado sobre la agravante del artículo 22.4.º hacen referencia a supuestos de aplicación de la circunstancia por razones de género (SSTS 707/2018, de 15 de enero; 420/2018, de 25 de septiembre; 99/2019, de 26 de febrero; 452/2019, de 8 de octubre; y, 444/2020, de 14 de septiembre) en las que, dentro de esa lógica, se detecta una atención al contexto de dominación del hombre e intento de subordinación sobre la mujer a la búsqueda de una manifestación de la secular situación de discriminación machista y, por tanto, en clave colectiva y más «objetiva» (ALONSO, 2019: 114) a la hora de tasar la agravante. En contraste, los pronunciamientos ajenos a la constatación de casos señalada, apuntaban desde un inicio a sentencias del Tribunal Supremo atinentes más a cuestiones ideológicas o de origen nacional (respectivamente la STS 713/2002, de 24 de abril; y la STS 241/2006, de 24 de febrero) rematadas por el reciente caso Caso Altsasu que, en la misma línea, discute de lleno la aplicación e interpretación del artículo 22.4.º CP en un contexto ideológico. Podría aventurarse, en términos puramente descriptivos, la hipótesis de que se está produciendo un cierto deslizamiento de la interpretación jurisprudencial de la agravante del 22.4.º CP hacia la lógica de los preceptos relativos a la

en la posición del fallo mayoritario un acercamiento al sentido de tutela de los delitos de odio en clave supraindividual, contextual y tributario de un entendimiento de las conductas relevantes a la luz del impacto en el grupo diana.

Ese giro de pre-comprensión rompe las costuras y desencadena un voto particular opuesto de raíz: pre-comprensión colectiva frente a pre-comprensión «individualista». Novedad frente a continuidad. Protección de minorías frente a tutela individual antidiscriminatoria. El uno descartando la agravación de pena; el otro abogando en su favor.

Ello demuestra que esa pre-comprensión colectiva en la determinación del objeto de tutela tiene consecuencias y, como se ve en el caso, de índole restrictivo. Por supuesto que no es la panacea: una tal interpretación alberga riesgos como, palmariamente, un eventual deslizamiento interpretativo hacia los delitos de clima o la proliferación de delitos de peligro presunto. La invocación de la conjetura de sentido colectiva y la atención a la vulnerabilidad del grupo no excluye el debate posterior de aquilatar los bienes jurídicos afectados⁵². Y ahí vendrá el juego complejo de propuestas. Pero sólo si situamos los delitos de odio en un contexto de enfrentamiento de grupos, como aquí se propone, cabrá una delimitación de otras afecciones de forma precisa. No al revés. Partir de una perspectiva formal de defensa de valores incluso de tan alta jerarquía como la dignidad de la persona, la igualdad o la no discriminación, no hace sino abrir el instrumento penal en canal. La Sentencia del caso Altsasu y sus dos posturas han querido ser aquí descritas precisamente como espejo de esa consideración. El debate está servido.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALCACER GUIRAO, R. (2017): «Cocinar Cristos y quemar Coranes. Identidad religiosa y derecho penal», en Miró Llinares, F. (dir.): *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Madrid: Marcial Pons, pp. 67-85.
- ALONSO ALAMO, M. (2019): «El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa», en Monge Fernández, A. (dir.) y Parrilla Vergara, J. (coord.): *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* Barcelona: Bosch, pp. 91-129.
- ALONSO RIMO, A. (2017): «¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación», *Indret*, n.º 4, pp. 1-79.
- ANDERER BELATEGI, M. (2019): «La protección institucional a través del discurso de odio: problemática general con especial referencia al caso

violencia de género y, en consecuencia, más impregnada del contexto colectivo y objetivo (intersubjetivo) de la discriminación. Está por ver que esta hipótesis se materialice en el futuro. De la misma manera que queda por desarrollar un análisis más en profundidad sobre si la lógica antidiscriminatoria en cuestiones de género es asimilable a la lógica de los colectivos vulnerables (de matriz sobre todo étnica) que originariamente fueron los objetos de tutela en los delitos de odio. Esa cuestión deberá relegarse a futuras investigaciones en la línea de lo sugerido por ASUA (2020: 367 ss. y *passim*).

⁵² Y que aquí debe quedar pendiente. Y es que una vez determinado que el bien jurídico protegido pueda ser, como en nuestro caso, la seguridad existencial de los colectivos, se pueden acumular objetos de protección y elementos de referencia a diversos niveles que apunten a bienes jurídicos individuales de diversa índole. Preceptos como el artículo 510 o el artículo 22.4.º despliegan protección mediata de bienes jurídicos individuales pero su relevancia típica se revela cabalmente a partir de dinámicas en las que el daño colectivo —real o potencial— es la clave. LANDA (2000: 341 ss.); y LANDA (2018: 57 ss.).

- «Savva Terentyev c. Rusia»», en Alonso Rimo, A. (dir.) y Colomer Bea, D. (coord.): *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*. Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 511-538.
- ASUA BATARRITA, A. (2020): «La razón de género en el marco de la agravante “de odio” del art. 22.4. CP. Por una interpretación restrictiva frente al deslizamiento punitivo», en Pérez Manzano, M.; Iglesias Río, M.Á.; Andrés Domínguez, A.C.; Martín Lorenzo, M.ª y Valle Mariscal de Gante, M. (coords.): *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*. Madrid: Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, pp. 365-376.
- BERNAL DEL CASTILLO, J. (2016): «El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del “discurso del odio”», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 16, pp. 13-44.
- CANCIO MELIA, M. y DIAZ LOPEZ, J.A. (2019): «¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- DE PABLO SERRANO, A. (2019): «El “reconocimiento” como fundamento filosófico para la sanción penal y administrativa del discurso del odio contra el colectivo LGTBI», en Guzmán Ordaz, R. (coord.); Gorjón Barranco, M.ª C. (coord.) y Sanz Mulas, N. (ed. lit.): *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*. Salamanca: Universidad de Salamanca, pp. 344-360.
- DE PABLO SERRANO, A.L. y TAPIA BALLESTEROS, P. (2017): «Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal», *La Ley*, n.º 625, pp. 1-10.
- DE VICENTE MARTINEZ, R. (2018): *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DIAZ LOPEZ, J.A. (2013): *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4.º CP*. Pamplona: Civitas/Thomson Reuters.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2020): «Capítulo 16. Circunstancias agravantes y mixta de parentesco. D. Motivos racistas», *Memento Práctico Penal 2021*. Madrid: Francis Lefebvre Penal, pp. 539-544.
- FISCHER, T. (2019): *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*. München: C.H.Beck, 66 Auflage.
- FUENTES OSORIO, J.L. (2017): «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 19, n.º 27, pp. 1-52.
- GARRO CARRERA, E. (2018): «Los discursos de odio en el ordenamiento jurídico penal alemán: el “laberinto dogmático” del tipo de incitación a la población del § 130 StGB», en Landa Gorostiza, J.M. y Garro Carrera, E. (dirs.): *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 27-77.
- GARROCHO SALCEDO, A. (2020): «Capítulo 45. Delitos contra la Constitución. Sección 4. Delitos relacionados con el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», en *Memento Práctico Penal 2021*. Madrid: Francis Lefebvre Penal, pp. 1992-2001.
- GOMEZ MARTIN, V. (2019): *Delitos de discriminación y discurso de odio punitivo. Nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*. Porto: editorial Juruá.
- GOMEZ MARTIN, V. (2016): «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18-20, pp. 1-25.
- HORN, E. y WOLTERS, G. (2016): «§46 Grundsätze der Strafzumessung», en Wolter, J. (Hg.): *SK-StGB. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II*. Köln: Carl Heymanns, 9 Auflage, pp. 57-140.
- HÖRNLE, T. (2005): *Grob Anstössiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.
- JUDT, T. (2013): *Postguerra. Una historia de Europa desde 1945*. Madrid: Taurus, 9.ª ed.
- KÜHL, K. (2018): «§130 Volksverhetzung», en Kühl, K. y Heger, M. (Hg.): *Strafgesetzbuch. Kommentar*. München: C.H.Beck, 29 Auflage, pp. 823-834.
- LANDA GOROSTIZA, J.M. (2018): *Los delitos de odio*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2018a): «Políticas de víctimas de la violencia política en España y el País Vasco: una reflexión a la luz del holocausto», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 29, pp. 1-50.
- (2018b): «El mapa de odio en el País Vasco. A la vez una reflexión sobre los delitos de odio y la violencia política en Euskadi, Catalunya e Irlanda del Norte», *Indret Criminología y Sistema de Justicia Penal*, n.º 4, pp. 1-29.
- (2000): *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al*

- «delito de provocación» del artículo 510 del Código penal. Bilbao: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.
- LANDA GOROSTIZA, J.M. (1996): «La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras las nueva "ley de lucha contra la criminalidad" (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) del 28 de octubre de 1994», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, vol. XLIX, n.º 2, pp. 529-589.
- LARENZ, K. (1994): *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 4.ª ed.
- LAURENZO COPELLO, P. (2019): «La manipulación de los delitos de odio», en Portilla Contreras, G. y Velásquez Velásquez, F. (dirs.), Pomares Cintas, E. y Fuentes Osorio, J.L. (coords.): *Un juez para la democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Madrid: Dykinson, pp. 453-468.
- (1996): «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos XIX*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, pp. 219-288.
- MIRO LLINARES, F. (2017): «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», en Miró Llinares, F. (dir.): *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Madrid: Marcial Pons, pp. 21-65.
- (2015): «La criminación de conductas "ofensivas". A propósito del debate anglosajón sobre los "límites morales" del derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-23, pp. 1-65.
- MUÑOZ CONDE, F. (2019): *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 22.ª ed.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2016): «Lección 10.ª La represión penal del discurso del odio», en Álvarez García, F.J.; Manjón-Cabeza Olmedo, A. y Ventura Püschel, A. (dir./coords.): *Tratado de Derecho penal español. Parte Especial. IV Delitos contra la Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 379-412.
- RAMELSBERGER, A.; RAMM, W.; SCHULTZ, T. y STADLER, R.; (2018): *Der NSU-Prozess. Das Protokoll*. München: Antje Kunstmann.
- ROSTALSKI, F. (2018): «Motivos y actitudes como fundamento de la agravación penal en los "delitos de odio"», en Landa Gorostiza, J.M. y Garro Carrera, E. (dirs.): *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 79-98.
- SCHÄFER, J. (2017): «§130 Volksverhetzung», en Miebach, K. (Hg.): *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3*. München: C.H.Beck, 3. Auflage, pp. 703-750.
- STEIN, U. (2019): «§130 Volksverhetzung», en Wolter, J. (Hg.): *SK-StGB. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band III*. Köln: Carl Heymanns, 9. Auflage, pp. 533-567.
- STERNBERG-LIEBER, D. (2014): «§130 Volksverhetzung», en Eser, A. (Hg.): *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch Kommentar*. München: C.H.Beck, 29. Auflage, pp. 1521-1537.
- TERUEL LOZANO, G.M. (2015): *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos y Constitucionales.
- TORIO LOPEZ, Á. (1981): «Los delitos de peligro hipotético», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 825-847.
- TIMM, F. (2014): «Tatmotive und Gesinnungen als Strafschärfungsgrund am Beispiel der "Hassdelikte"», *Juristische Rundschau*, 4, pp. 141-148.
- (2012): *Gesinnung und Straftat. Besinnung auf ein rechtsstaatliches Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot.

CAPÍTULO 6

LA CARA OCULTA DE LA TUTELA PENAL:
LOS DESHAUCIADOS DE LAS PRESTACIONES
PROFESIONALES O EMPRESARIALES

M.ª Dolores Machado Ruiz
Universidad de Almería

1. INTRODUCCIÓN

La discriminación es un fenómeno que ha ido adquiriendo cada vez más protagonismo en nuestras vidas gracias a diferentes factores históricos, políticos, sociales y fundamentalmente económicos, muy presentes hoy en las sociedades modernas. A estas causas se añade un proceso globalizador en los países del primer mundo que, lejos de aglutinar y enriquecerse de esa consecuente diversidad cultural, se ve amenazado por las continuas migraciones de otras etnias y religiones (árabe, africana, latina) originadas por la miseria¹, los conflictos armados o las persecuciones de género e ideológicas, que ha propiciado una conciencia cada vez más restrictiva sobre la condición de ciudadano y de quién tiene derecho a tal condición.

Este cúmulo de circunstancias ha provocado una proliferación de mensajes y actos de odio hacia el extraño, el «no ciudadano» o «ciudadano de segunda clase» (MAQUEDA, 2008: 25), que representa unos valores, estilos de vida, creencias y religiones distintas que no son toleradas por ciertos sectores de la sociedad². Sin intención de asociar

¹ La miseria de los países periféricos propiciada por las vigentes políticas económicas neoliberales ha propiciado un incremento de las migraciones a los países del primer mundo. A este marcado desequilibrio entre países pobres y ricos aludía el Informe sobre el Desarrollo Mundial 2000-2001: Lucha contra la Pobreza del Banco mundial, donde destacaba que más de 2.800 millones de seres humanos viven con menos de 2 dólares de renta al día, y más de 1.200, con menos de un dólar diario. Y mientras tanto, la ayuda oficial que destinamos el conjunto de países de la OCDE ha disminuido la pasada década del 0.36 por ciento al 0.24 por ciento del PIB. (PÉREZ CEPEDA, 2004: 8).

² En esa línea, LAURENZO (2019b: 7-8), señala que la particularidad de esta época viene marcada porque «los masivos movimientos de población que se están produciendo a escala global, (...) han dado lugar al asentamiento en los países económicamente más poderosos de numerosos grupos de personas que traen consigo sus costumbres, tradiciones y modos de vida en ocasiones marcadamente diferentes de los valores hegemónicos. Se trata de comunidades culturales portadoras de una identidad que desean preservar y desarrollar, cuya posición en la sociedad receptora permite calificarlas como auténticas minorías étnicas».

PATRICIA LAURENZO COPELLO

ALBERTO DAUNIS RODRÍGUEZ

(coords.)

ODIO, PREJUICIOS
Y DERECHOS
HUMANOS

GRANADA, 2021

SUMARIO

PRESENTACIÓN, por <i>Patricia Laurenzo Copello</i> y <i>Alberto Daunis Rodríguez</i>	1
--	---

I SOBRE CÓMO SE CONSTRUYEN EL DISCURSO DEL ODIO Y LAS ACTITUDES XENÓFOBAS Y DISCRIMINATORIAS

CAPÍTULO 1.—LA CONSTRUCCIÓN DEL ENEMIGO ÁRABE-MUSULMÁN EN EL IMAGINARIO COLECTIVO OCCIDENTAL [<i>Bichara Khader</i>]	
1. INTRODUCCIÓN.....	11
2. EUROPA Y LOS MUSULMANES: ADVERSARIOS MILITARES.....	12
3. LAS CRUZADAS: LA CONSTRUCCIÓN DEL ENEMIGO RELIGIOSO.....	14
4. LA CONSTRUCCIÓN DEL «OTRO» DIFERENTE.....	15
5. EL OTRO ÁRABE-MUSULMÁN: OBJETO DE CURIOSIDAD.....	16
6. ORIENTE: ESPACIO COLONIZABLE.....	17
7. ORIENTE DE LA REBELIÓN Y VIOLENCIA.....	20
8. LA NUEVA ISLAMOFOBIA.....	21
9. ÚLTIMA REFLEXIÓN.....	26

CAPÍTULO 2.—LO ISLÁMICO EN LA COBERTURA MEDIÁTICA ESPAÑOLA: ENFOQUES ISLAMÓFobo E INTEGRADOR [<i>Rafael Durán</i>]	
1. INTRODUCCIÓN.....	27
2. LA ISLAMOFOBIA Y SU COBERTURA MEDIÁTICA COMO OBJETO DE ESTUDIO.....	30
2.1. El racismo antimusulmán.....	30
2.2. El enfoque mediático del islam y los musulmanes.....	33
3. OBJETO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	36
4. RESULTADOS.....	43
4.1. Aproximación descriptiva a la cobertura mediática.....	43
4.2. Las categorías analíticas y los enfoques periodísticos.....	44
4.2.1. <i>El sujeto islámico del discurso periodístico</i>	44
4.2.2. <i>Las voces y las fuentes con que se construye lo islámico</i>	46
4.2.3. <i>La agenda temática de lo islámico y su enmarcado</i>	48
5. CONCLUSIONES.....	50
6. BIBLIOGRAFÍA.....	53
7. ANEXO: TABLAS.....	59

Este libro recoge los resultados del proyecto de investigación
«Comportamientos basados en el discurso del odio: respuestas desde el Derecho penal
y otras disciplinas del ordenamiento jurídico» (DER 2017- 84178-P),
financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España.

Diseño de portada:
Juan Manuel Montes Prados
www.nijuannijuanillo.com

Maquetación:
Miriam L. Puerta

© Los autores

© Editorial Comares, 2021
Polígono Juncaril
C/ Baza, parcela 208
18220 • Albolote (Granada)
Tlf.: 958 465 382

www.comares.com • E-mail: libreriacomares@comares.com
www.facebook.com/Comares • twitter.com/comareseditor
www.instagram.com/editorialcomares

ISBN: 978-84-1369-150-3 • Depósito legal: Gr. 733/2021

Impresión y encuadernación: COMARES