

**Recensión a Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio, Tirant lo Blanch*, Valencia, 2018 (152 págs.)**

**Francisco de Borja Iriarte Ángel**

Magistrado de la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ del País Vasco

*Los delitos de odio han venido para quedarse* es la primera frase de la obra que aquí trato; y es así, de forma que, si bien la tipificación de estas conductas es anterior, se han convertido en uno de los grandes retos del Derecho penal en esta segunda década del siglo XXI. Si bien en el fondo, el aspecto que más discusiones suscita, el *hate speech*, no es tan novedoso como a primera vista parece; basta recordar el infame *Der Stürmer* de Julius STREICHER, o incluso si nos remontamos más en el tiempo, los orígenes ideológicos y las formas de transmisión de la *Leyenda Negra* –que no hubiese sido posible sin la imprenta, un cambio tan radical en su tiempo como para nosotros ha sido internet–, para ver que el odio a grupos determinados, habitualmente como medio de acción política, se ha utilizado a lo largo de la historia. Pero nunca hasta la llegada de internet y de las redes sociales ha sido tan fácil, tan barato, tan rápido, tan universal... y tan perseguido penalmente, como tal discurso. Un *tweet* redactado en unos segundos por un particular –sin pensar demasiado–, y que nunca hubiese accedido a un medio de comunicación tradicional, puede llegar a los confines del mundo en aún menos tiempo... y llevar a su autor al Juzgado de guardia en poco más. Nos encontramos ante conductas con un mayor reproche social y penal que el que en tiempos no tan lejanos tuvieron y que, en algunos supuestos, están relacionadas con la acción política –partidista–, lo que dificulta aún más una aproximación serena.

El Profesor LANDA GOROSTIZA se atreve con el reto, y en mi opinión de práctico del Derecho, lo supera ampliamente, tal y como iremos viendo.

La obra se estructura en una introducción, tres grandes epígrafes, a saber, uno dedicado a las cuestiones previas en relación con la materia, un segundo dedicado propiamente al discurso del odio y un tercero dedicado a los delitos de actos de odio, para concluir con una *Reflexión final y conclusiones*.

Comienza la introducción con la frase mencionada al principio de este trabajo, seguida de una muestra de las noticias aparecidas en prensa sobre este tipo de delitos, para a continuación anticiparnos cuál es el objetivo de esta monografía: *una propuesta interpretativa fundamentada y de lege lata con relación a los delitos del artículo 510 CP y a la agravante del artículo 22.4º CP...*; sigue relatando los problemas terminológicos que envuelven a estos preceptos, tanto desde la perspectiva genérica como desde la determinación de los grupos diana, que identifica en tres: étnicos, por razón de sexo y otros.

El epígrafe relativo a las cuestiones generales empieza con los referentes terminológicos del *hate speech* y el *hate crime*. El primero a tratar es el derivado de la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia en la materia del Tribunal de Estrasburgo, con sus limitaciones a la libertad de expresión, en principio para casos extremos relacionados con extremismos políticos y

la negación del holocausto, que ha ido evolucionando hacia un sistema más matizado, teniendo en cuenta el caso concreto, el contexto más que el contenido del discurso y el colectivo diana a que se refiera; supone que no existe una definición precisa de lo que es el discurso del odio –y en general, de la libertad de expresión– sino que debe inducirse de cada caso, dando lugar no a uno, sino a varios discursos del odio. A continuación analiza la tradición legislativa en los Estados Unidos y la evolución de los grupos protegidos por la normativa federal, desde los orígenes en los momentos posteriores a la Guerra Civil hasta las últimas encaminadas a la protección de un género en particular o la identidad sexual, pasando por las leyes de derechos civiles de los años 60 del pasado siglo, principalmente encaminadas a frenar los crímenes de odio por motivos raciales, religiosos o derivados del origen nacional de la víctima, junto a las que conviven las diferentes normas estatales; se trata de un sistema de agravamiento de los delitos cuando tengan un contenido de odio o discriminación, pero excluyendo la penalización del discurso del odio puro, en tanto fue considerada contraria a la Primera Enmienda por la Corte Suprema. Finaliza este epígrafe tratando la toma de postura del legislador español por aunar los dos modelos, al establecer tanto delitos con palabras –art. 510 CP y concordantes– como con hechos –22.4 CP– bajo la habitual denominación de delitos de odio.

Se dedica más de la mitad de la obra al segundo epígrafe, relativo a los delitos con palabras, al *hate speech*. Comienza relatando el encaje constitucional del precepto a la luz de las obligaciones emanadas de la Decisión Marco 2008/913/JAI de la Unión Europea y de la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, y ya en la segunda página nos dice que el nuevo artículo 510 CP va mucho más allá de lo que se deriva de aquéllas, con evidente riesgo para la libertad de expresión, creencia, ideología o cátedra, especialmente si se da una lectura expansiva; valoración en la que coincide con otros autores y que no puedo sino compartir. La sentencia del Tribunal Constitucional deja claro que nuestro sistema no es de democracia militante, a diferencia del derivado de la interpretación del Convenio de Roma por el Tribunal de Estrasburgo, resultando una libertad de expresión limitada, pero menos que en el caso europeo; según la interpretación del autor, que comarto, sólo será ilegítimo el discurso deliberadamente ofensivo, humillante, racista, que incite de manera directa o indirecta a la propagación de estas ideas o a la comisión de delitos relacionadas con estos supuestos, aunque no está del todo claro que el espíritu de la ley sea restringir tanto el ámbito cubierto.

En cuanto al bien jurídico protegido, recoge las posiciones doctrinales existentes, esto es, la que se centra en la protección individual antidiscriminatoria y la que lo hace en la protección de colectivos especialmente desprotegidos, decantándose por ésta, aunque con importantes matices: en primer lugar porque no sólo pueden ser destinatarios del discurso del odio los grupos especialmente vulnerables sino cualquier colectivo, sea vulnerable o no, sea minoritario o mayoritario, y en segundo porque no sólo protege los derechos a la integridad física o a la vida, sino cualquier derecho fundamental –libertad de circulación, derechos políticos...– que pueda ser minado, o pretender serlo, por el discurso. Sin ser experto ni mucho menos en la dogmática penal, en este punto me voy a permitir disentir de la opinión del autor, o quizás matizarla: estando de acuerdo en que el colectivo puede ser el sujeto de protección del tipo, no debe ser esta valoración absoluta, no nos debemos olvidar del individuo –como hemos visto en España en

algún supuesto en relación con el 578 CP en el que las instituciones han considerado menospreciada a una víctima del terrorismo aún en contra de su propia opinión; en el Estado de Derecho el individuo no puede ser simplemente parte de un colectivo, debe ser algo más, algo único, sujeto de derechos por sí mismo, incluido el de ser protegido, sin necesidad de que para ello tenga que ser miembro de un grupo.

Posteriormente trata las seis figuras penales, y sus correspondientes tipos cualificados, comprendidas en el artículo 510 CP, sobre los que no es posible extenderse pormenorizadamente. Sólo diré que con carácter general el Profesor LANDA considera que nos encontramos ante tipos extensivos, susceptibles de interpretaciones abiertas, y en algunos supuestos con penas que no concuerdan con la gravedad de los hechos en relación con otras conductas del mismo precepto; apunta ejemplos en los que conductas de mayor desvalor tienen una pena inferior que otras menos reprochables.

El autor destaca dos aspectos complementarios a las consecuencias de los delitos mencionados como son las penas acumuladas *ex legem* a la principal de inhabilitación para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre y la destrucción de los efectos del delito (libros, documentos...) o incluso el cierre definitivo de sus canales de difusión o distribución. Llegados a este punto, me voy a permitir hacer un *excursus* sobre una cuestión que la obra trata brevemente, como es la destrucción de libros u otros documentos; en mi opinión, que coincide con algunos de los autores que se citan en la obra, se ha incidido poco sobre la gravedad de esta medida, que puede llevarnos a situaciones complicadas e incluso peligrosas de censura de ideas políticamente incorrectas, al mundo de *Fahrenheit 451*; creo, como Jorge DE BURGOS, que, aunque sólo sea para los investigadores, un libro no se destruye, sólo se guarda, y se cuida de que nadie –o la menos gente posible– lo toque.

Finaliza este epígrafe con un estudio de la incipiente jurisprudencia en relación con el 510 CP en su redacción actual, empezando por la pionera sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de enero de 2017, relativa al desprecio de las víctimas de violencia de género, y de la que destaca la *parquedad* argumentativa y la falta de definición clara de cuál de los apartados del artículo 510.1 CP aplica y los motivos por los que se ha aplicado éste y no el 510.2 CP. A continuación, trata los novedosos supuestos en los que se extiende la protección del precepto a grupos institucionales, a grupos investidos de autoridad en el ejercicio de funciones públicas, para concluir con los supuestos más habituales, los primeros que nos vienen a la cabeza al tratar este tema, como es la protección de los inmigrantes y la propaganda neonazi. Llegados a este punto creo necesario detenerse, aunque sea brevemente, en lo que el autor llama *protección institucional*, esto es, la consideración de determinados colectivos investidos de autoridad o ejercientes de funciones públicas como sujetos pasivos de los delitos de odio, de lo que pueden ser paradigmáticos las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; para el autor esta línea interpretativa –que según la información aparecida en prensa ha sido la adoptada por la Audiencia Nacional en el caso *Alsasua*– si bien no es descartable *a priori*, puede dar lugar a abusos. Creo, sin disentir totalmente del Profesor LANDA GOROSTIZA, pues el riesgo de abusos está ahí, que no es desacertada esa línea de actuación pues nos hemos encontrado ante supuestos, sorprendentes pero reales, en los que

grupos que evidentemente se encuentran investidos de autoridad han sido objeto de vilipendio e incluso amenazas que pueden ir más allá de lo amparable en la libertad de expresión propia de un Estado de Derecho; actitudes que si bien se han producido tradicionalmente en relación con los policías empezamos a atisbar con otros cuerpos, como el judicial, tal y como hemos visto en el asunto de *la manada* y que creo que, sin pecar de corporativismo, son, además de preocupantes, cercanas al *hate speech*.

En el tercero de los epígrafes se centra en la agravante genérica para los delitos de odio. Comienza estudiando la génesis legislativa en el Código Penal de 1995 de la que resultó un motivo con un importante elenco de causas de agravación y de teórica aplicación a cualquiera de las acciones tipificadas. Después trata la fundamentación de esta agravante desde las diferentes posiciones doctrinales, sea en el juicio de culpabilidad, sea en el plano del injusto, en el desvalor adicional que supone la lesión del derecho del sujeto pasivo, opción esta última a la que, aún con matizaciones, se adhiere el autor. Por último, reúne en el libro la jurisprudencia existente sobre la cuestión, que, dice, ha interpretado la agravante en clave subjetiva de la culpabilidad desde el primer momento, lo que para el autor entraña un riesgo de arbitrariedad que compartimos en tanto como él dice, entramos en un *ámbito de decisión pantanoso*.

La obra concluye con una *Reflexión final y conclusiones* en las que el autor hace una propuesta interpretativa de los artículos 510 CP y 22.4 CP en la versión dada por la Ley Orgánica 1/2015, buscando maximizar los ámbitos de libertad en que la regulación irrumpa, centrándose obviamente en la libertad de expresión. Conclusiones de obligada lectura y que no vamos a desarrollar aquí para no extender excesivamente este texto; me limitaré a destacar la *Reflexión final*, en la que remarcando la problemática del artículo 510 CP en relación con la libertad de expresión y proponiendo de *lege ferenda* que el ámbito de aplicación de éste se limite a los casos especialmente graves, centrándose para los demás en el que le parece instrumento más eficaz, la agravación. El autor propone –y no puedo sino concordar con esta opinión– caminar en el sentido en que lo ha hecho el derecho anglosajón, quizás sin llegar a la total despenalización del *hate speech*, como ocurre en Estados Unidos, si no aproximándonos al sistema de Inglaterra y Gales, territorio modelo en el control y persecución de delitos de odio, pero en el que son escasas las condenas por delitos de incitación.

Como colofón se recoge la abundante bibliografía manejada por el autor; entre la escrita en lengua distinta del español me parece acertado el profuso estudio de obras de autores anglosajones, ya que no debemos olvidar que es en los países de esa cultura en los que más pronto y con más profundidad se ha estudiado la libertad de expresión y sus límites. Junto a ella la habitual referencia a obras alemanas, pues incluso para los juristas prácticos es manifiesta la importancia que tiene su dogmática penal en nuestro sistema.

Se trata, en mi humilde opinión, basada en la experiencia práctica, de una obra muy interesante, determinante me atrevería a decir, trabajada con detenimiento, pero con una actualidad digna de estos tiempos de la inmediatez, que nos da una visión profunda y actualizada de los delitos de odio y su regulación en el Código Penal español, añadiendo a ello significativas referencias al

tratamiento de éstos por los Tribunales internacionales y por países ajenos al sistema europeo de protección. El Profesor LANDA GOROSTIZA realiza una excelente y sólida aportación, no sólo de interés para los académicos, sino también para los juristas prácticos que nos enfrentamos en nuestro quehacer cotidiano a estas conductas y sus consecuencias penales.

## *ExLibris*

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

### Recensiones

Recensión a Gustavo A. Beade, *Inculpación y castigo. Ensayos sobre la filosofía del derecho penal*, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2017 (136 págs.), por Tomás Fernández Fiks.

Recensión a Jon-Mirena Landa Gorostiza, *Los delitos de odio, Tirant lo Blanch*, Valencia, 2018 (152 págs.), por Francisco de Borja Iriarte Ángel.

Recensión a Mertxe Landera Luri, *Excusas absolvitorias basadas en conductas positivas postcosumativas. Acciones contratípicas. Regularización fiscal, Reintegro en la malversación, Retractación del falso testimonio y Liberación de la persona detenida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018 (402 págs.), por Pablo Sánchez-Ostiz.

Recensión a Ramón Ragués i Vallès, *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona..., 2017 (165 págs.), por Adán Nieto Martín.

Recensión a Luis Emilio Rojas A., *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona..., 2017 (183 págs.), por Mario Pereira Garmendia.