

## **Introducción: Intolerancia, discriminación y odio**

En los últimos tiempos, estamos asistiendo a un auge de la intolerancia y las ideas totalitarias, relacionadas sobre todo con la discriminación hacia todas aquellas personas que, por una u otra razón, son diferentes a lo que se entiende como “normalidad”: personas migrantes, colectivo LGTBI, personas en riesgo de exclusión, mujeres, personas racializadas, extranjeros y extranjeras, personas con discapacidad y, en definitiva, todas aquellas que se salen de lo que entendemos como “normal”, que no encajan en el molde común. A eso se une la discriminación por el simple hecho de pensar de modo diferente, como ocurre en casos de discriminación por religión o por ideología. Algunos de estos supuestos tienen nombre propio, manifestados o no en los textos legales, como es el caso de la homofobia, la islamofobia, el antigitanismo o el antisemitismo.

Por el contrario de lo que se cree en muchos ámbitos, no es necesario formar parte de un colectivo vulnerable o minoritario para ser víctima de delitos de odio. A modo de ejemplo, se puede proponer un caso de discriminación por razón de religión. Si una persona de creencias diferentes a las cristianas atenta contra un sacerdote por el hecho de serlo, o atenta contra una catedral que celebra un acto de culto, se estaría cometiendo un delito de odio, aunque estemos en España y la religión católica sea la mayoritaria.

Tampoco hace falta esa pertenencia a colectivos vulnerables en los casos en que se ataque por el motivo concreto de discriminación. Puede ser la víctima una persona activista contra la discriminación por esa causa, como ocurriría en el caso de ataques al presidente de una ONG antirracismo, aunque dicho presidente no sea una persona racializada. Y también puede darse el caso de que alguien sea víctima de un delito de odio por la creencia errónea del autor de que pertenece a determinado colectivo, como ha sucedido en algún caso de ataques a personas con determinados signos distintivos de los que el autor concluye que pertenecen a un colectivo, aunque así no sea, como el caso de delinquir contra alguien envuelto en una bandera arco iris en la celebración del Día del Orgullo, aunque esa persona concreta sea heterosexual normativa.

Pero ¿qué se considera odio? ¿se identifica el odio con el delito de odio? Lo primero que hay que destacar, como se explicará más adelante, es que el odio característico de los delitos de odio tiene un significado diferente del odio en sentido gramatical. No basta con la animadversión y hostilidad contra cualquier persona o grupo, sino hacerlo por uno de los motivos establecidos en la norma, que, sin perjuicio de un desarrollo posterior, son a grandes trazos motivos como la orientación e identidad sexual, la religión, la etnia, el origen nacional, la aporofobia, la edad -con las matizaciones que se verán-, la discapacidad o la ideología.

No obstante, no todos los ataques que se basan en estos motivos son constitutivos de delito de odio. Se necesita que la conducta tenga cierta entidad y revista determinados caracteres para considerarlo tal, como veremos. Esto no quiere decir que estos actos no tengan importancia. Por el contrario, pueden existir actos realizados por estos motivos que no sean delito, pero sí supongan un acto de discriminación, contrario, por tanto, al derecho fundamental a la igualdad, que tenemos todas las personas y que está consagrado como derecho del máximo nivel de protección en el artículo 14 de nuestra Constitución., lo que produciría sus consecuencias jurídicas, aunque sean extramuros del Derecho Penal

Por último, hay que distinguir los delitos de odio de otros actos de discriminación y de la intolerancia. La intolerancia es la raíz común de cualquier acto de discriminación, sea delictivo o no. Y supone el rechazo a todo aquello que se aparta de los cánones que se tienen por “normales” por los autores. Sin duda alguna, su germen es la ignorancia, pero sus efectos pueden ser muy peligrosos, como ya tuvimos ocasión de comprobar en momentos históricos terribles, de los que el caso paradigmático, pero no el único, es el Holocausto acaecido en el siglo XX por el régimen nazi.

### **Delitos de odio e incidentes de odio**

Mucho se habla en estos tiempos de delitos de odio, pero no todo el mundo sabe de qué estamos hablando.

Para comenzar, hay que aclarar que no todo el odio es delito de odio, y no solo eso. En teoría, ni siquiera es preciso odiar para cometer ese tipo de delito aunque es difícil que ambas cosas no confluyan. Pero vayamos por partes.

En primer lugar, lo que conocemos por delitos de odio no recibe ese nombre en nuestro Código Penal. En nuestro Código Penal de 1995 los delitos de odio más comunes se denominan “delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizadas por la Constitución”, en el Título XXI, relativo a los delitos contra la Constitución, capítulo IV (De los delitos relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas) sección 1ª. Dicha regulación comprende los artículos 510 a 521. No obstante, no se trata de los únicos delitos de odio que sanciona nuestro Código penal. Pero -y ahí va la segunda sorpresa- el Código no emplea ni una sola vez en su articulado el término “delitos de odio”, por más que se conozcan con ese nombre doctrinal y jurisprudencialmente. Un fenómeno que no es exclusivo de este tipo de delitos puesto que, por sorprendente que parezca, tampoco en el caso de la violencia de género se emplea esta denominación ni una sola vez en nuestro fundamental texto punitivo.

En cuanto al delito de odio que podríamos llamar “básico”, se pueden distinguir dos tipos: el discurso de odio, y el delito de humillación o menoscabo de la dignidad, regulados, respectivamente, en los números 1

y 2 del artículo 510 del Código Penal. El primero es lo que se conoce como un delito de peligro, y el segundo, es un delito de resultado que, además, puede ir acompañado por otro delito como amenazas, lesiones o coacciones. Es importante apreciar la diferencia entre ambos tipos legales porque no siempre se tiene claro.

Así, el artículo 510.1 castiga con prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses a “quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos 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, aporofobia, enfermedad o discapacidad”, y en su párrafo siguiente a “quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada” por los mismos motivos. En este mismo número se castiga el

negacionismo, sancionando a “quienes públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores”, cuando lo hagan por los mismos motivos, y siempre y cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

Ni hay más que leer detalladamente el precepto transcrito para saber que no es discurso de odio cualquier expresión discriminatoria u ofensiva, sino que, además de la motivación concreta, las expresiones empleadas han de ser aptas para fomentar, incitar directa o indirectamente o promover el odio (primera modalidad) o bien distribuir, difundir o vender materiales aptos para cometer la conducta anterior (segunda modalidad) En cuanto al negacionismo, no basta con negar un genocidio o un crimen de lesa humanidad, como el caso de los negacionistas del Holocausto, sino que se exige, por mor del contenido de una sentencia del Tribunal Constitucional de 2007 (STC 235/2007) que se cree un clima de hostilidad o violencia hacia las víctimas. En los tres grupos de conductas que caracterizan el discurso de odio chocamos con el mismo escollo: determinar si una conducta es apta para incitar, favorecer, difundir o promover tiene un matiz subjetivo que puede dar lugar a resoluciones distintas en tribunales diferentes para conductas aparentemente similares.

En cuanto al negacionismo, es frecuente la pregunta de si el negacionismo de la comisión de genocidio o crímenes contra la humanidad por parte del régimen franquista constituiría delito. La respuesta es clara, aunque hay quienes no la compartan. Este negacionismo no constituye delito por cuanto que el régimen franquista no ha sido condenado oficialmente por los delitos que se contemplan en el tipo, y, aun cuando pudieran considerarse cometidos crímenes de lesa humanidad, dado que en ese momento los mismos no se regulaban en nuestro Código Penal, no podrían considerarse de ese modo por el principio de no retroactividad de las disposiciones sancionadoras. Una cuestión estrictamente jurídica, más allá de consideraciones morales o filosóficas.

Por su parte, el delito de odio en su modalidad de humillación o menoscabo del artículo 510.2 es, al menos aparentemente, más fácil de probar y, de hecho, en la práctica son muchas más las resoluciones condenatorias por esta modalidad que por la anterior. La razón es que van acompañados de un resultado concreto, como unas lesiones, unas amenazas o unos insultos, sean delictivos o no. A este respecto, son de especial importancia las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2025 (ponente Julián Sánchez Melgar) y de 5 de febrero de 2025 (ponente Ana Ferrer), que establecen que los insultos, según sea su contenido y el contexto en el que produzcan pueden tener virtualidad suficiente para constituir un delito de odio, no pudiendo ampararse

en la libertad de expresión que, como cualquier otro derecho fundamental, también tiene sus límites.

Por otro lado, las dos modalidades de delito de odio del artículo 510 -el discurso de odio y el odio por humillación- comparten como pena la de inhabilitación para el autor para realizar cualquier actividad de docencia o tiempo libre, y la agravación en el caso de que los delitos se cometan a través de un medio de comunicación social, por internet o por cualquier tipo de tecnologías de la información y comunicación, cuyos contenidos, además, habrán de ser borrados. Es también muy interesante la posibilidad, ya reconocida por la jurisprudencia, de imponer una pena de no entrar en la red social o plataforma a través de la cual se haya cometido el delito, lo cual tiene especial trascendencia cuando los autores son *influencers*, *youtubers* o lo que se conoce como “creadores de contenido”.

De otro lado, además de estos delitos que podríamos conceptualizar como “básicos” hay otros tipos de delitos de odio. El primero de ellos sería la denegación de una prestación a la que se tenga derecho por los mismos motivos enumerados anteriormente, castigados con pena más o menos grave según se cometa en el ejercicio de la actividad privada o pública, en los artículos 511 y 512 del Código Penal. El ejemplo más conocido es el del caso en que no se permitió la entrada en un hotel a un grupo de personas con síndrome de Down, por lo que

fueron condenados los responsables, como no podía ser de otra manera.

Otro de los tipos penales relacionados con la discriminación sería el de amenazas a una población, regulado en el artículo 170, y que castiga las amenazas a un grupo cuando su motivación fuera la de discriminación por los motivos ya expuestos. Otro tanto cabe decir del delito de discriminación en el empleo, público o privado, del artículo 314, o las torturas del artículo cuando también tuvieran estas causas del artículo 174 y, por supuesto, el genocidio.

Pero con estos no se acaba el catálogo de delitos de odio. También consideramos como tal cualquiera conducta constitutiva de otro delito en el que se considera de aplicación la agravante de discriminación por odio, que incluye, casi literalmente, los mismos motivos ya vistos en el artículo 510, y que se regula en el número 4 del artículo 22. Para aplicar dicha agravante, que supone que la pena del delito en cuestión se aplicará en su grado máximo, se exige que la motivación del autor sea la de discriminar a la víctima por una de las causas a las que ya se ha hecho referencia. Por poner un ejemplo sobradamente conocido, es el caso del asesinato de Samuel Luiz, en que se aplicó la agravante por homofobia. Pero también es el caso de las mujeres asesinadas por violencia de género cuando se aplica la agravante de discriminación por razón de género, conocida comúnmente como “agravante de género”.

Por último, otro de los delitos de que nos ocupamos es el delito contra la integridad moral, que constituye una especie de cajón de sastre para casos en que no concurren todos los requisitos del delito de odio, pero la gravedad de la conducta y el componente discriminatorio es evidente. Para que se entienda con claridad pondré dos ejemplos conocidos.

El primero sería el caso conocido como el del “niño torero”, un asunto en que el ilícito penal consistía en repetidos insultos y vejaciones contra un niño enfermo terminal de cáncer y, tan aficionado a los toros, que un grupo de toreros le dedicaron una corrida homenaje. En este caso, y tras varias sentencias absolutorias, recurridas por el Ministerio Fiscal y declaradas nulas, se logró al fin una sentencia condenatoria por delito contra la integridad moral. Lamentablemente, el niño no vivió para conocer el resultado del pleito, ya que falleció solo unos meses después de la comisión de los hechos.

El segundo caso es el de un conocido *youtuber* que grabó a un indigente comiendo galletas que él mismo había rellenado con dentífrico con el único objeto de burlarse de él. Pues bien, en este caso se condenó por delito contra la integridad moral, porque en ese momento la aporofobia no estaba entre los motivos de discriminación. Precisamente, casos como este hicieron que el legislador incluyera la aporofobia, u odio al pobre, entre las motivaciones de delito o agravante de odio, en una reforma de 2021 (Ley

Orgánica 8/2021, de 4 de junio y LO 6/2022 de 13 de julio)

No podemos terminar este capítulo sin aludir a algunos casos que se confunden con los delitos de odio, pero no son tales. Se trata, de una parte, de los delitos contra los sentimientos religiosos, cuya punición está siendo objeto de estudio de cara a una eventual reforma, o de delitos como el enaltecimiento del terrorismo, que han dado lugar a condenas tan conocidas como las de cantantes y raperos, que tampoco comparten la naturaleza de los delitos de odio.

El segundo de los términos a los que se refiere este capítulo es a los denominados “incidentes de odio”. Quizás la mejor definición que podría darse de los mismos es la que podría hacerse en sentido negativo. Así, incidentes de odio serían aquellos actos de discriminación que, por su gravedad o sus características, no llegan a constituir delitos de odio. Entre los ejemplos, podrían citarse insultos aislados que no llegan a considerarse delictivos, o determinadas actitudes de discriminación que tampoco llegan a tener resultado delictivo. No obstante, eso no significa que sean impunes. Estas conductas pueden ser sancionadas como infracciones administrativas, a castigar por la legislación nacional o autonómica, o pueden ser objeto de una reclamación por infracción del derecho al honor en la vía civil. También pueden dar lugar a otro tipo de sanciones, conjuntamente o por separado de otras, como las sanciones en vía disciplinaria.

En general, se tiene la sensación de que muchos actos de discriminación devienen impunes, y a veces, no falta razón a quienes piensan esto. Las causas serían, por un lado, la infradenuncia, de la que se hablará en un capítulo posterior y, de otro, el umbral de tolerancia de aquellas personas que pertenecen los grupos o colectivos protegidos. Una clara muestra la constituye lo que ocurre con el antigitanismo que, a pesar de ser, estadísticamente, la causa más frecuente de actos de discriminación es en la práctica judicial una de las causas por las que existen menos condenas por delitos de odio.

Por otro lado, también puede contribuir a esta sensación la existencia de resoluciones contradictorias para hechos aparentemente similares, debida, en gran parte, a la ya citada redacción del tipo penal con términos demasiado amplios y subjetivos.

### **Motivos de discriminación**

En cuanto a los motivos de discriminación, hay que distinguir entre los que están incluidos en el Código penal (en realidad, en el artículo 510 CP) y los que no contempla dicho texto punitivo. Esta distinción es de capital importancia porque la jurisprudencia ha declarado reiteradamente, al igual que la Fiscalía General del Estado (Circular FGE 7/2109 de 14 de mayo), que los motivos de discriminación tienen consideración de *numerus clausus*, esto es, que no pueden ser interpretados de un modo analógico,