

LA (NO) INTRODUCCIÓN DEL MOTIVO DE APOROFOBIA EN EL DELITO DE INCITACIÓN AL ODIO DEL ARTÍCULO 510 DEL CÓDIGO PENAL: UNA OCASIÓN PERDIDA¹

Alberto José Ferrari Puerta

Investigador predoctoral FPU

*Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía
del Derecho/Instituto Universitario de Ciencias de las Religiones*

RESUMEN

La aporofobia constituye una lacra presente en nuestras sociedades desde hace décadas. Junto a la aporofobia incardinada en el propio sistema jurídico-penal, que sitúa, en concordancia con el sistema económico imperante, a los marginados sociales en una situación de desventaja ante la norma, existe la aporofobia social, cuya expresión más extrema se encuentra en la comisión de los delitos contra los pobres por el mero hecho de serlo, así como en la llamada a la comisión de actos violentos o discriminatorios contra ellos. Estas conductas, no obstante, no han gozado de una punición específica, ni siquiera como agravante en nuestro Código Penal, hasta la aprobación de la Ley Orgánica 8/2021, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia. Dicha Ley introduce la agravante de aporofobia en la agravante del artículo 22.4, pero no, como se preveía en el proyecto original, en el delito de incitación al odio del artículo 510. Explicaremos por qué esto constituye una oportunidad

¹ El presente trabajo parte de la comunicación presentada al Congreso Internacional Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y la UE, organizado por la Universidad de Cádiz y celebrado en formato virtual los días 2, 3 y 4 de diciembre de 2020. El título de dicha comunicación era "La introducción del motivo de aporofobia en el delito de incitación al odio del artículo 510 C.P. ¿Una vuelta a los orígenes?"

perdida para devolver al delito de odio a su significado original, que es la protección de colectivos minoritarios o vulnerables.

PALABRAS CLAVE

Aporofobia, delito de incitación al odio, circunstancia agravante de odio, colectivos vulnerables.

ABSTRACT

Aporophobia is a scourge that has been present in our societies for decades. Together with the aporophobia embedded in the legal-penal system itself, which places, in accordance with the prevailing economic system, the social outcasts in a disadvantageous situation before the law, there is social aporophobia, whose most extreme expression is the commission of crimes against the poor for the mere fact of being poor, as well as the call to commit violent or discriminatory acts against them. These conducts, however, have not been specifically punished, not even as an aggravating circumstance in our Penal Code, until the approval of Organic Law 8/2021, on the Integral Protection of Children and Adolescents against Violence. This Law introduces the aggravating circumstance of aporophobia in the aggravating circumstance of article 22.4, but not, as foreseen in the original draft, in the crime of incitement to hatred of article 510. We will explain why this is a missed opportunity to return hate crime to its original meaning, which is the protection of minorities or vulnerable groups.

KEYWORDS

Aporophobia, hate crime, hate aggravating circumstance, vulnerable groups.

Sumario: 1. Concepto de aporofobia. 2. El Derecho penal, una rama del Derecho con fama de aporófoba. 3. Delitos de odio y aporofobia. 3.1. Los delitos contra los pobres por el mero hecho de serlo. 3.2. Un problema terminológico: delitos de odio, agravante de odio discriminatorio y delitos de incitación al odio. 3.3. La protección de minorías y grupos vulnerables como fundamento del castigo del discurso del odio. 3.4. La ausencia del motivo de aporofobia en los artículos 22.4 y 510 C.P. 3.5. La introducción parcial del motivo de aporofobia en el Código Penal: una oportunidad perdida. 4. Conclusiones.

1. CONCEPTO DE APOROFOBIA

El término aporofobia (del griego *á-poros*, "pobre", y *fobéo*, *sentir espanto*) fue acuñado por la filósofa Adela Cortina en 1995², en una columna del *ABC cultural*, para designar el odio o rechazo a las personas económicamente pobres. Posteriormente, el término se utilizaría en un libro de texto de 4º de la ESO de la asignatura de Ética, en el que participaba la propia Cortina. Esta obra, que dedicaba un apartado entero a este fenómeno, explicaba en qué consistía la aporofobia y señalaba que la solución a esta lacra debía provenir de los poderes públicos y de la educación en igualdad³.

Sin embargo, no fue fácil que la RAE aceptara este término: Cortina exigió por primera vez que se incorporara al Diccionario en un artículo publicado en el año 2000 en el diario *El País*, donde justificó esa inclusión alegando que la palabra hace referencia a "una realidad tan efectiva en la vida social que esa vida no pueda entenderse sin contar con ella"⁴. Sin embargo, la Academia no acogió sus pretensiones hasta 2017, año en el que Cortina publicó una monografía sobre la materia, titulada *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia*. En esta obra, la filósofa indaga acerca de las causas últimas de este fenómeno, y concluye que, en nuestra sociedad, los seres humanos tienden a buscar el máximo beneficio para sí mismos, lo que les hace aproximarse a aquellas personas mejor situadas que ellos, que son quienes pueden proporcionarles dicho beneficio. Sin embargo, lejos de considerar esta tendencia como inexorable, considera que la educación puede cambiar esta forma de pensar, como ya expuso en el libro de texto antes mencionado.

Por otra parte, Cortina pone de manifiesto que muchos de los incidentes vinculados al racismo y a la xenofobia esconden realmente una animadversión hacia los pobres, pues son las personas con menos recursos los que sufren este tipo de conductas, que no se dirigen contra los futbolistas famosos de origen extranjero o contra los turistas que veranean en las costas españolas, sino contra los trabajadores inmigrantes y contra los refugiados que llegan a Europa huyendo de la guerra y la

² CORTINA, A. *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia*. Paidós, Barcelona, 2017, p. 22

³ *Ibid.*, pp. 23-24

⁴ CORTINA, A. "Aporofobia". *El País*, 7 de octubre de 2000.

miseria⁵. Un ejemplo lo encontramos en las palabras proferidas por el concejal del Ayuntamiento de Madrid Javier Ortega-Smith en noviembre de 2020 contra un grupo de personas que se manifestaban a la puerta de la sede de dicho Ayuntamiento contra los cortes de luz en la Cañada Real, barrio marginal de la capital, acusándoles de vivir de las subvenciones⁶. Estas palabras fueron secundadas por el partido del concejal, VOX, que colgó un mensaje en su cuenta oficial de Twitter donde cargaba contra los intervinientes en la protesta haciendo referencia a las “paguitas a los que vienen a vivir del cuento y a delinquir”⁷. Los autores de los mensajes hacían referencia a “subvenciones” y “paguitas” en clara referencia al supuesto origen extranjero de quienes encabezaban la protesta, que probablemente creyeron deducir del *hijab* o velo islámico que portaban algunas de las manifestantes, interpretando que no es posible ser musulmán y español al mismo tiempo⁸. Sin embargo, la verdadera razón de estos discursos radica en la falta de medios de subsistencia de la que adolecen estas personas, porque, de otro modo, la referencia a las “subvenciones” y “paguitas”, que son conceptos esencialmente económicos y no vinculados al origen étnico o racial, no tendría sentido.

Este desprecio y repulsión hacia los pobres no es un fenómeno nuevo, sino que entronca con la llamada demofobia u odio a las clases populares surgido entre la alta sociedad europea a raíz de las revoluciones populares de 1848 en Europa⁹, y que sería un rasgo distintivo de los sectores más conservadores de la sociedad hasta bien entrado el siglo XX. Un ejemplo distintivo de este pensamiento lo encontramos en el siguiente fragmento de la obra *Madrid, de corte a checa*, de Agustín de Foxá, escritor adicto al bando sublevado durante la Guerra civil española:

⁵ CORTINA, A. *Aporofobia, el rechazo al pobre... Op. cit.*, p. 21

⁶ El vídeo de su intervención puede verse en su cuenta de Twitter: https://twitter.com/Ortega_Smith/status/1328782187131498499
⁷ https://twitter.com/vox_es/status/1328822209373200391

⁸ Se trata de una concepción retrógrada, que nos recuerda a la Constitución de 1869, cuyo artículo 21, que establecía la libertad religiosa, establecía primeramente que “el ejercicio público o privado de cualquier otro culto queda garantido a todos los extranjeros residentes en España”, para posteriormente añadir que este derecho se reconocía también a los españoles. Presuponía, por tanto, que el profesar una religión diferente a la católica era algo propio de extranjeros.

⁹ DOMENECH, A. *El eclipse de la fraternidad. Una revisión republicana de la tradición socialista*. Crítica, Barcelona, 2004, pp. 23-43

“Pasaban las masas ya revueltas; mujerzuelas feas, jorobadas, con lazos rojos en las greñas, niños anémicos y sucios, gitanos, cojos, negros de los cabarets, rizados estudiantes mal alimentados, obreros de mirada estúpida, poceros, maestrillos amargados y biliñosos. Toda la hez de los fracasos, los torpes, los enfermos, los feos; el mundo inferior y terrible, removido por aquellas banderas siniestras”¹⁰.

Estas palabras encuentran sus ecos en la actualidad: muestra de ello son las declaraciones del presidente de la Fundación Villacisneros, Íñigo Gómez Pineda, que sugirió en un debate virtual celebrado el 6 de mayo de 2020 que las personas que recibieran el subsidio de desempleo fueran privadas del derecho a voto, para evitar que los partidos progresistas pudieran atraerse a ese sector de la población a través de políticas sociales¹¹.

2. EL DERECHO PENAL, UNA RAMA DEL DERECHO CON FAMA DE APORÓFOBA

El Derecho penal muchas veces ha sido tildado de aporófobo (aunque, lógicamente, no siempre con este término, de reciente creación), haciendo referencia con ello a su frecuente severidad contra las personas desfavorecidas y a su laxitud contra las clases acomodadas, severidad que no solo se reflejaría en la aplicación de este Derecho, sino en la propia regulación de los tipos penales. En este sentido, Erasmo de Rotterdam escribió a principios del siglo XVI: “Si alguien roba una moneda, se le cuelga. Al que se apropia de los dineros públicos y [...] roba en conjunto mucho más, se le cuenta entre las gentes más principales”¹². Por su parte, al político conservador decimonónico Antonio Cánovas del Castillo se le suele atribuir, dado el agudo ingenio que le caracterizaba, la siguiente afirmación: “los abogados de nota conocen bien el Derecho civil, que es el derecho de los ricos, pero desconocen el Derecho penal, que es el derecho de los pobres”¹³. Una afirmación que, de acuerdo con el fiscal Jesús

¹⁰ Citado en *Ibid*, p. 23

¹¹ El vídeo con sus declaraciones puede encontrarse en esta página: https://www.elplural.com/sociedad/fundaciones-ultracatolicas-proponen-retirar-derecho-voto-para-dos_239860102

¹² Citado en SAINZ CANTERO, E. “Delincuencia económico-financiera”. En *Cuadernos para el Diálogo*, Número extraordinario XXVIII, diciembre 1971, p. 18.

¹³ Citado en DE GUZMÁN, E. 1930: *Historia política de un año decisivo*, Tebas, Madrid, 1973, p. 19.

Vicente Chamorro, se correspondía con la jurisprudencia de esa época, que evidencia el castigo de delitos fruto de la miseria (“hurto de frutos del campo para sobrevivir, de bellotas, de aceitunas...”) y la impunidad de los delitos vinculados a la riqueza, como el delito fiscal, que ya estaba tipificado en el Código Penal de 1870 y del que, sin embargo, no se encuentran sentencias de condena en ese periodo¹⁴.

Esta mala reputación del Derecho Penal no se circunscribe únicamente a épocas pasadas. El filósofo Luigi Ferrajoli ha denunciado en nuestro tiempo la desigualdad de los individuos ante la justicia penal, distinguiendo en su seno dos tipos de desigualdades: la primera es la provocada por la propia legislación penal, a través de figuras jurídicas como la prisión provisional o el otorgamiento de beneficios penitenciarios, ambas condicionadas en muchas ocasiones a la existencia de un arraigo social, lo que perjudica a los sectores más excluidos de la sociedad¹⁵. En cuanto a la segunda, es la que se deriva de circunstancias extrapenales, como las desigualdades estructurales de nuestra sociedad, las cuales, a su vez, provocan que determinados individuos se vean obligados a delinquir para su subsistencia¹⁶. Sin embargo, el filósofo italiano, en línea con lo que sugería Erasmo, no solo se limita a denunciar la dureza del Derecho Penal con las clases más desfavorecidas, sino también su laxitud hacia las más pudientes, lo que resume con esta máxima: “Derecho [penal] mínimo y tolerante para los ricos y poderosos, derecho [penal] máximo e inflexible para los pobres y marginados”¹⁷.

Siguiendo los pasos de Ferrajoli, el reputado penalista Terradillos Basoco ha elaborado recientemente una monografía sobre esta doble vara de medir del Derecho Penal. El autor considera que el Derecho penal y penitenciario de nuestros días tiene una finalidad esencialmente controladora, aspirando a lograr un consenso social en torno al sistema político-económico imperante, a saber, el neoliberalismo¹⁸. En consecuencia,

¹⁴ CHAMORRO, J.V. *Algunas consideraciones sobre delito y sociedad*. Albia, Madrid, 1983, p. 54

¹⁵ FERRAJOLI, L. “La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública”. En VV.AA. *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*. Ministerio Público de la Defensa-Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2008, p. 78

¹⁶ *Ibid*

¹⁷ *Ibid.*, p. 81

¹⁸ TERRADILLOS BASOCO, J.M. *Aporobía y plutofilia: la deriva jánica de la política criminal contemporánea*. J.M. Bosch, Barcelona, 2020, p. 37

no necesita ser severo con las clases dominantes, en tanto que estas ya se identifican con este modelo¹⁹; a ellas, pues, se les aplica el "Derecho penal del amigo"²⁰, caracterizado por la transigencia ante delitos "de cuello blanco" (como el de defraudación tributaria, susceptible de regularización económica y solo castigable penalmente cuando la cantidad defraudada supera los 120.000 euros) y por el establecimiento de mecanismos auto-reguladores que favorecen la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas, como los programas *de compliance*²¹. Por el contrario, a los estratos más marginalizados de la sociedad se les aplica un "Derecho penal del indigente"²², que castiga con especial dureza conductas cuya lesividad es ínfima, como la venta de productos falsificados en el *top manta*, castigada con una pena de hasta dos años de prisión y que constituye un delito con independencia del perjuicio económico causada por el falsificador²³, a diferencia de lo que ocurre, como hemos visto, con el delito fiscal. En definitiva, a la luz de lo expuesto en esta obra, más que calificar el Derecho Penal, como hacía Cánovas, como el "Derecho de los pobres", sería más acertado distinguir entre un Derecho Penal para ricos y otro para pobres.

Por último, algunos estudios sociológicos parecen confirmar esta vinculación entre delincuencia y pobreza. Aunque según los investigadores en la materia no existen datos suficientes para llevar a cabo un análisis comparativo entre la desigualdad en la renta y la tasa de criminalidad, es posible inferir esta conexión a través de otras variables: por ejemplo, en un estudio reciente sobre la población reclusa femenina en Andalucía, el 33 por ciento de las reclusas entrevistadas afirmó ser analfabeta o analfabeta funcional, lo que permite deducir su condición marginal²⁴.

¹⁹ No obstante, como señala el estadounidense Frank Pearce, uno de los grandes exponentes de la criminología marxista, cuando las propias conductas delictivas de las clases dominantes son tan obscenas que pueden motivar un intento de rebelión contra el sistema mismo, el Estado sí que estará interesado en reprimirlas (PEARCE, F. *Los crímenes de los poderosos. El marxismo, el delito y la desviación. Siglo XXI*, México D.F., 1980, p. 96).

²⁰ TERRADILLOS BASOCO, J.M. *Aporobia y plutofilia... op. cit.*, pp. 71 y ss.

²¹ *Ibid.*, pp. 75 y ss.

²² *Ibid.*, pp. 80 y ss.

²³ *Ibid.*, p. 82

²⁴ JUANATEY DORADO, C. "Delincuencia y población penitenciaria femeninas: situación actual de las mujeres en prisión en España". *RECPC*, 20-10 (2018), p. 5, nota al pie 8.

3. DELITOS DE ODIYO Y APOROFOBIA

3.1. *Los delitos contra los pobres por el mero hecho de serlo*

La aporofobia ha desencadenado, en muchas ocasiones, la comisión de delitos contra personas económicamente desfavorecidas, principalmente indigentes, por el mero hecho de serlo. Muchos de estos delitos, documentados por el presidente del Movimiento contra la Intolerancia Esteban Ibarra en su obra *Los crímenes del odio*, fueron perpetrados por bandas de neonazis. Entre ellos podemos destacar los asesinatos de Alejo Aznar, indigente de Getxo (Vizcaya) en 1999 a manos de neonazis²⁵ o del mendigo Antonio Micol en Madrid a manos de individuos de esta misma ideología en 2002²⁶. Entre los crímenes más execrables de esta índole no podemos dejar de mencionar el de un anciano que dormía en la calle en Valencia y que fue quemado vivo por dos *skinheads* de ultraderecha en 1985²⁷.

Mientras que Esteban Ibarra habla de *crímenes de odio*, Adela Cortina se refiere a estas conductas como *delitos de odio*²⁸, expresión que también utiliza el Observatorio Hatento, que se define a sí mismo como "observatorio de delitos de odio contra las personas sin hogar", y que se dedica a investigar y denunciar los delitos cometidos contra los pobres por su condición de tales. No obstante, estas expresiones no son del todo correctas jurídicamente, como vamos a ver a continuación.

3.2. *Un problema terminológico: delitos de odio, agravante de odio discriminatorio y delitos de incitación al odio*

El uso de los términos "delitos de odio" o "crímenes de odio", que utilizaban respectivamente Ibarra y Cortina, está cada vez más extendido en la sociedad. Un breve repaso por las noticias más recientes de la prensa nacional lo confirma: así, el 7 de septiembre de 2021, el partido político VOX anunciaba la interposición de una querrela por "delito de odio" a Esty

²⁵ IBARRA, E. *Los crímenes del odio. Violencia skin y neonazi en España*. Temas de Hoy, Madrid, 2003, p. 194

²⁶ *Ibid.*, p. 197

²⁷ Suceso recogido en la STS de 25 de abril de 1988 (ECLI: ES:TS:1988:13783)

²⁸ CORTINA, A. *Aporofobia: el rechazo al pobre... op. cit.*, pp. 30-32

Quesada, célebre youtuber conocida bajo el alias de "Soy una pringada", por realizar la siguiente afirmación en una entrevista realizada por el diputado de ERC Gabriel Rufián: "¿Qué hay que hacer con Vox? Matar. ¿Está mal matar? Sí... A veces no. O matamos o nos matan a nosotros". Unas semanas más tarde, el 18 de septiembre de 2021, la ministra de Igualdad, Irene Montero, anunció que el Gobierno pondría en conocimiento de la Fiscalía los mensajes homófobos pronunciados en la manifestación neonazi de Chueca por la posible comisión de un "delito de odio". Por último, el 13 de octubre de este mismo año una menor fue detenida en Valencia tras haber agredido y sustraído varias pertenencias a dos mujeres transexuales, a la vez que les profería insultos de carácter transfóbico.

Un vistazo somero a estos casos nos permite percatarnos de que nos encontramos ante conductas de diferente naturaleza: así, en algunos casos se trata de expresiones proferidas en el marco de una entrevista; en otras, de mensajes pronunciados en el marco de una manifestación celebrada en un barrio donde se concentran numerosas personas del colectivo al que van dirigidos los mensajes (esto es, el colectivo LGBT); y, en otras, de agresiones y robos presuntamente cometidos contra una persona por su identidad sexual. No parece muy apropiado, pues, utilizar el mismo término ("delitos de odio") para todos ellos. ¿A qué se debe, pues, este uso?

En realidad, el término de delitos de odio es una traducción literal del anglosajón *hate crime*, que hace referencia a aquellos delitos cometidos contra una persona motivados por la existencia de un rasgo distintivo de su identidad (etnia, religión, etc.) y expresamente tipificados en el Código Penal. El origen de estos delitos ha sido situado por algunos autores en el periodo posterior a la Guerra de Secesión estadounidense, periodo en el que pululaban por el Sur de este país numerosos grupos supremacistas, como el Ku Klux Klan (KKK), que se negaban a transigir con la abolición de la esclavitud para los afroamericanos. La llamada "Ley del KKK" de 1871 sancionó penalmente algunas de las conductas discriminatorias cometidas por estos grupos²⁹. Sin embargo, el nacimiento propiamente dicho de la legislación anti-delitos de odio en Estados Unidos se produjo en 1969, de la mano de la Ley Federal 18 US 245, que castigaba las conductas discriminatorias (por ejemplo, el impedir el acceso al transpor-

²⁹ DÍAZ LÓPEZ, J.A. *El odio discriminatorio como agravante penal*. Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 116-117

te público o la entrada a un colegio) cometidas contra una persona por su "raza, color, religión u origen nacional". Sin embargo, no sería hasta 2009, con la aprobación de la *Matthew Shepard and James Byrd Jr. Hate Crimes Prevention Act*, cuando se establecería una definición de delito de odio a nivel federal. Dicha norma entendía como tales "aquellos delitos que el autor comete motivado por la raza, color, religión, origen nacional, etnia, género, discapacidad u orientación sexual de su víctima"³⁰.

En definitiva, el delito de odio es aquel delito motivado por la existencia de un rasgo distintivo de la identidad de la víctima (etnia, religión, etc.). Sin embargo, en España no se encuentra tipificado en el Código Penal un delito de estas características, por lo que, a nuestro juicio, hablar de "delitos de odio" a secas en España resulta impreciso, a pesar de que se trate de un término no solo utilizado, como hemos visto antes, en los medios de comunicación, sino también en los protocolos oficiales de la Policía Nacional y en los informes del Ministerio del Interior. Incluso existe una Fiscalía especializada en "Delitos de odio" desde marzo de 2013³¹.

Lo que existe en nuestro ordenamiento jurídico es, por un lado, una circunstancia agravante genérica de odio discriminatorio, tipificada en el artículo 22.4 C.P., y, por otro, un delito de incitación al odio en el artículo 510 C.P. Procederemos ahora a analizar cada uno de ellos.

La circunstancia agravante genérica del artículo 22.4 C.P. fue introducida por primera vez en el Código Penal de 1995. El contexto de la época sería uno de los factores determinantes de la inclusión de este agravante: era el tiempo de los episodios de limpieza étnica en la Guerra de los Balcanes, que habían dado lugar a matanzas masivas de seres humanos, así como del auge de la violencia neonazi en toda Europa, incluido en nuestro país. El primer lustro de la década de 1990 está teñido con la sangre de numerosas víctimas del neofascismo en España: así, entre otros, 1991, la mujer transexual Sonia Rescalvo sería asesinada en Barcelona a manos de miembros del grupo neonazi Bases Autónomas; en 1992, la migrante dominicana Lucrecia Pérez sufriría el mismo destino en Madrid a manos del guardia civil ultraderechista Luis Merino; y en 1995, José Cristóbal

³⁰ *Ibid.*, pp. 120-121

³¹ Sobre ella, vid. GÜERRI FERNÁNDEZ, C. "La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso del odio en España". *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1 (2015), pp. 1-33.

Castejón, alias “El Mallorquín”, también militante de Bases Autónomas, asesinaría de una puñalada en el corazón al joven antifascista Ricardo “Richard” Rodríguez en Alcorcón. Todos estos acontecimientos eran una razón más que suficiente para agravar el castigo de aquellas conductas cometidas por motivos discriminatorios. No fue casualidad que se eligiera el 27 de abril de 1995, Día Mundial del Holocausto, como fecha de votación de la introducción de la circunstancia agravante, votación que finalizaría con la aprobación de la misma.

Resulta necesario destacar que, a pesar de denominarse “de odio”, el elemento distintivo de la circunstancia agravante es la motivación discriminatoria. Para entender esto, resulta especialmente clarificador el ejemplo que nos brinda el profesor Díaz López: si una persona asesina a personas homosexuales por “compasión”, al entender que se trata de personas enfermas, procedería igualmente la aplicación de la agravante, aunque el sentimiento que mueva a la persona no sea propiamente el odio a los homosexuales, porque lo relevante es que la motivación que subyace al delito es la discriminación de un grupo de personas por razón de una característica de su identidad³².

Junto a la circunstancia agravante, tenemos, como ya hemos indicado, el delito de incitación al odio del artículo 510 C.P., también denominado “delito de discurso del odio” e introducido en el Código Penal de 1995 como “delito de provocación al odio”. Antes de pronunciarnos acerca del mencionado precepto, debemos explicar en qué consiste el llamado “discurso del odio”.

Llamamos discurso del odio a aquellos mensajes o expresiones que incitan a la violencia y a la discriminación contra determinados colectivos o grupos-diana. Algunos autores también ubican el origen de la punición del discurso del odio en Estados Unidos³³, relacionándolo con los conceptos anglosajones de *group libel* (difamación de grupo) y *fighting words*, término este último con el que se denomina a las injurias no amparadas por la libertad de expresión y que utilizó por primera vez la Corte Suprema estadounidense en el caso *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942). No

³² DÍAZ LÓPEZ, J.A. *El odio discriminatorio... op. cit.*, p. 242

³³ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. *Crítica del constitucionalismo feminista*. Atelier, 2020, pp. 148-149.

obstante, otros autores³⁴ entienden que el castigo del discurso del odio se previó por vez primera en el ámbito internacional, concretamente en el artículo 4 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial³⁵ y en el artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966³⁶. Nosotros somos partidarios de esta última postura³⁷, en tanto que las figuras antes

³⁴ PORTILLA CONTRERAS, G. («La represión penal del discurso del odio», en: ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. IV. Delitos contra la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 381- 382.

³⁵ El artículo en cuestión dice lo siguiente:

“Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;

b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;

c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella”

³⁶ Este artículo señala que “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

³⁷ La doctrina más cualificada considera que estos textos internacionales, a su vez, tienen como precedente el artículo 130 del Código Penal alemán (StGB), introducido en 1960 y que, bajo la denominación de “incitación a la población”, castiga las conductas de incitar al odio contra una parte de la población, apelar a medidas violentas o discriminatorias o proferir expresiones insultantes, calumniosas o humillantes contra esta parte de la población (LANDA GOROSTIZA, J.M. “La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva Ley de Lucha contra la Criminalidad (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) de 28 de octubre de 1994”. *ADP-CP*, Vol. XLIX, Fasc. II, 1996, pp. 541-544). No obstante, y como explicaremos más adelante, nosotros entendemos que el discurso del odio *strictu sensu* está destinado a la protección de minorías o grupos vulnerables, por lo que, a nuestro juicio, su pun-

referenciadas no son propiamente discurso del odio, aunque se asemejen al mismo. De hecho, el discurso del odio en Estados Unidos no se encuentra extramuros de la libertad de expresión, sino que, por el contrario, se encuentra protegido por la Primera Enmienda, tal y como se puede deducir de varias sentencias de la Corte Suprema, entre ellas *Brandenburg v. Ohio* (1969), que amparó el discurso televisado de un miembro del KKK en el que clamaba contra negros y judíos, y *R.A.V. v. City of St. Paul* (1992), que tuteló con base en la Primera Enmienda a varios individuos, también simpatizantes del Klan, que quemaron una cruz delante de la vivienda de una familia afroamericana.

En lo que respecta al PIDCP, algunos autores han remarcado el papel crucial que desempeñarían en la aprobación de su artículo 20.2 la Unión Soviética y el conjunto de Estados socialistas alineados con ella³⁸, lo que, a nuestro juicio, se debió esencialmente a dos factores: en primer lugar, la tendencia de estos países a una mayor restricción de la libertad de expresión con respecto a las democracias occidentales; y, en segundo lugar, el antifascismo militante del que hacía gala el Bloque socialista, consecuencia necesaria tanto de la ideología marxista-leninista que imperaba en el mismo como del papel preponderante que había jugado la Unión Soviética en la lucha contra el nazismo durante la Segunda Guerra Mundial. Con todo, pronto la Europa Occidental también se sumaría a la lucha contra estos discursos: muestra de ello es la resolución del Consejo de Europa 453 (1966), que insta a los Estados que forman parte del mismo a tipificar en sus respectivos Códigos penales la incitación al odio racial para castigar las conductas de esta índole que, de manera alarmante, se estaban extendiendo por el continente europeo.

Unas décadas después, en los años 90, y en el marco de un contexto, ya mencionado, de limpieza étnica en Yugoslavia y de violencia racista en toda Europa, nuevamente volvería a ponerse sobre la mesa la problemática del discurso del odio y de sus posibles efectos incendiarios. Esta es la razón por la que el Comité de Ministros del Consejo de Europa dictaría su Recomendación n.º R (97) 20, de 30 de octubre de 1997³⁹, que exhortaba

to de partida son los textos internacionales mencionados en el cuerpo del texto, y no el StGB.

³⁸ COLEMAN, D. *Censored: How European & Hate Speech Laws are Threatening Freedom of Speech*. ADF International, New York, 2012, pp. 28-36

³⁹ Disponible en: <https://rm.coe.int/1680505d5b>

a los Estados parte del Consejo a adoptar una serie de medidas contra este tipo de discurso, al que definía como:

"todas las formas de expresión que difunden, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio racial y de intolerancia, incluyendo: la intolerancia expresada a través de un nacionalismo agresivo y etnocéntrico, la discriminación y la hostilidad contra minorías, los inmigrantes y personas de origen inmigrante"

Ya en el siglo XXI, ha sido especialmente relevante en esta materia, en el ámbito de la Unión Europea, la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo⁴⁰, que obligaba a los Estados miembros a introducir en sus respectivos Códigos Penales el castigo de las manifestaciones más extremas del discurso del odio. En concreto, instaba al castigo de "la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico" (art. 1.1.a)); de la difusión de escritos que contuvieran mensajes susceptibles de llevar a cabo dicha incitación (art. 1.1.b)); y de la apología pública, negación o trivialización flagrante de crímenes internacionales, tales como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad (arts. 1.1.c) y d)). Con todo, se remarcaba en la Decisión que "los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes".

Esta decisión fue la responsable de la redacción del delito de incitación al odio del artículo 510 C.P. Como ya hemos adelantado, este artículo se introdujo en su redacción original en el Código Penal de 1995. En este momento, el precepto estaba solamente formado por dos apartados: el primero castigaba la provocación a la violencia, la discriminación y el odio contra un grupo de personas por razón de determinados rasgos de su identidad⁴¹, mientras que el segundo castigaba la difusión, a sabiendas de su falsedad o con "temerario desprecio hacia la verdad" (esto es, prescindiendo de una mínima diligencia a la hora de comprobar su veracidad),

⁴⁰ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32008F0913>

⁴¹ Los motivos en la versión original del artículo 510 eran los siguientes: "racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía"

de informaciones injuriosas contra alguno de estos grupos. Sin embargo, después de la aprobación de la Decisión Marco de la UE, dicho artículo resultaba insuficiente para el cumplimiento de las exigencias previstas en la misma. En consecuencia, se procedió a la reforma del precepto por medio de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

En la redacción actual, el artículo 510 C.P. castiga en su apartado primero la incitación directa o indirecta a la violencia, discriminación, odio u hostilidad contra determinados grupos protegidos⁴² o personas pertenecientes a los mismos (subapartado a), la difusión e incluso la posesión con finalidad de difusión de material que sea idóneo para fomentar las conductas anteriores (subapartado b) y la negación, trivialización o enaltecimiento de crímenes internacionales cuando estas conductas contribuyan a crear un clima hostil, violento, discriminatorio y de odio contra los grupos protegidos (subapartado c). En cuanto al apartado segundo, castiga la vulneración de la dignidad de las personas pertenecientes a *grupos protegidos mediante conductas que entrañen "humillación, menosprecio o descrédito"* (subapartado a) o enaltecimiento de delitos cometidos contra los grupos protegidos o sus miembros distintos a los delitos del 510.1.c (subapartado b). Los dos siguientes apartados del precepto contemplan una serie de subtipos agravados, por razón de la difusión del mensaje por medios de comunicación masivos o por la idoneidad del mensaje para alterar la paz pública. Por último, los apartados quinto y sexto establecen, respectivamente, la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de funciones docentes a los autores de estos delitos y la destrucción o borrado del material que contiene estos mensajes.

⁴² Los motivos de discriminación tipificados en la versión actual del artículo 510 son los siguientes: "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". Se han añadido, por tanto, el género y la identidad sexual.

3.3. *La protección de minorías y grupos vulnerables como fundamento del castigo del discurso del odio*

Los primeros textos internacionales, anteriormente citados, que incluyeron en sus preceptos el castigo del discurso del odio, tenían como objetivo el impedir discursos que propiciaran la violencia y la discriminación contra minorías étnicas, raciales o religiosas. Para determinar el sentido que el término "minoría" tenía en estos textos, resulta clarificadora la definición clásica de Francesco Capotorti, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías de Naciones Unidas, en su Informe sobre derechos de las minorías de 1979:

"un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, en situación no dominante, cuyos miembros, súbditos del Estado, poseen desde el punto de vista étnico, religioso o lingüístico unas características que difieren de las del resto de la población y manifiestan, incluso de modo implícito un sentimiento de solidaridad al objeto de conservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma"⁴³

Para nosotros, el elemento clave de esta definición a efectos del castigo del discurso del odio contra las minorías es su posición "no dominante", o, lo que es lo mismo, su posición de subordinación social, cuyos orígenes los podemos encontrar en la formación de los Estados-nación modernos, que, al buscar la cohesión y homogeneización de la población, se articularon en torno a determinados elementos distintivos étnicos o religiosos, relegando a quienes no los compartían a una posición subordinada y en muchas ocasiones jurídicamente discriminada⁴⁴. Precisamente los textos internacionales de derechos humanos pretendían atajar ese problema, valiéndose, entre otros elementos, de la persecución de aque-

⁴³ Citado en CONTRERAS MAZARÍO, J.M. *Las Naciones Unidas y la protección de las minorías religiosas: la tolerancia a la interculturalidad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 159-160. Existe también una reciente definición de minoría incluida por Fernand de Varennes, Relator especial sobre cuestiones de las minorías, en su Informe sobre la materia de 15 de julio de 2019, pero en ella no se incide en el carácter no dominante de estos grupos, que a nuestro juicio es esencial (en relación con este Informe, vid. LÓPEZ MARTÍN, A.G. "Las minorías en el contexto actual. Una aproximación a su marco jurídico internacional", en LÓPEZ MARTÍN, A.G. y OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. *Las minorías en el contexto actual*. Dykinson, Madrid, 2020, pp. 25-26)

⁴⁴ AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, F. "Presentación", en VV.AA., *Cuadernos de Estrategia 200. Globalización e identidades. Dilemas del siglo XXI*. Ministerio de Defensa, Madrid, 2019, p. 8

llos discursos que defendían devolver a estas minorías a la situación de discriminación que tradicionalmente habían sufrido.

Posteriormente, a la hora de desarrollar el concepto de discurso del odio como límite a la libertad de expresión, se ha ampliado la noción de "grupo minoritario" como grupo-diana del discurso del odio al de "grupo vulnerable"⁴⁵, expresión que no solo aglutinaría a las minorías por razón de etnia o religión, sino también a las personas tradicionalmente discriminadas ("contexto disminuyente previo") por factores como su orientación sexual y su discapacidad, elementos que también conforman la identidad de una persona⁴⁶. La razón de que los grupos vulnerables deban ser los únicos protegidos frente a las expresiones de odio radica en que la discriminación que históricamente han sufrido corre el riesgo de revivir ante este tipo de discursos. Con todo, el recurso al Derecho penal debe ser la última opción, la *extrema ratio*, de manera que solo los casos más graves de discurso del odio deben ser delictivos.

El problema radica que, en el caso de España, el delito de incitación al odio del artículo 510, que castiga las formas más extremas del discurso del odio, no indica expresamente, ni en su versión original de 1995 ni en la reformada de 2015, que el artículo solo esté destinado a la protección de grupos vulnerables, lo que comporta que también se aplique contra grupos privilegiados o mayoritarios que ni sufren ni han sufrido tradicionalmente ningún tipo de discriminación. Particularmente es preocupante la excesiva aplicación del delito de incitación al odio por motivos ideológicos, que no tiene como blanco a ningún grupo vulnerable, y que a nuestro juicio responde principalmente al objetivo de homogeneizar los motivos previstos en la circunstancia agravante del 22.4 C.P. y los recogidos en el artículo 510 C.P., objetivo que olvida el fundamento dispar de estos artículos: así, el artículo 22.4 responde al llamado *animus model*, esto es, la agravación de la pena se basa en las intenciones discriminatorias del au-

⁴⁵ Entre los defensores de esta ampliación, destaca sin duda la llamada *Critical Race Theory*, que aglutinaría a varios juristas y académicos estadounidenses. Como representación de la misma, vid. MATSUDA, M. "Public response to racist speech. Considering the victim's story". *Michigan Law Review*, 87, nº 8, 1989, pp. 2320-2381

⁴⁶ El concepto de grupo vulnerable en general, sin estar necesariamente relacionado con el discurso del odio, ha sido profusamente desarrollado en la jurisprudencia de Estrasburgo. Al respecto, vid. PRESNO LINERA, M.A. "Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, marzo-abril 2020, pp. 54-55

tor, por lo que resulta lógico que se aplique independientemente de si el sujeto pasivo pertenecía o no a un grupo vulnerable, y tiene sentido que también pueda aplicarse cuando la conducta contra otra persona obedece a motivos ideológicos. Por el contrario, el artículo 510 se fundamenta en el *discriminatory selection model*, es decir, en los efectos discriminatorios que determinadas expresiones pueden provocar en determinados grupos sociales⁴⁷. Por tanto, como en este último caso lo relevante no son las intenciones sino los efectos, solo habrá que tutelar a aquellos grupos que sean susceptibles de verse afectados por este tipo de discursos. Y estos no son otros que los grupos vulnerables. El delito de incitación al odio por razón de ideología, además de tergiversar el verdadero sentido del artículo, constituye un instrumento de judicialización del debate político, que precisamente por su carácter esencial para una sociedad democrática debería gozar de una protección reforzada.

A nuestro juicio, uno de los principales factores que ha motivado esta tergiversación del sentido del delito de incitación al odio ha sido el intento de apropiación del concepto de discurso del odio por parte de sectores conservadores de la sociedad, que, presentándose como los presuntos perseguidos en una sociedad cada vez más tendente, según ellos, a la imposición de una moral progresista, han dado la vuelta al término: el discurso del odio ya no es solo, según esta nueva construcción, el que se dirige contra los grupos históricamente discriminados, sino también el que se profiere contra los grupos hegemónicos y representantes del *statu quo*.

Uno de los partidarios de la postura anterior es el filósofo francés André Glucksmann, que utiliza la expresión “discurso del odio” para referirse a las proclamas de los grupos de izquierda contra el imperialismo o la hegemonía estadounidense en el panorama internacional⁴⁸. También defiende esta posición el profesor Martínez-Torrón, quien exige que la religión católica, mayoritaria y tradicionalmente dominante en España, reciba el mismo tratamiento frente al discurso del odio que las religiones

⁴⁷ Sobre la distinción entre *animus model* y *discriminatory selection model*, vid. CANCIO MELIÁ, M. y DÍAZ LÓPEZ, J.A. *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiños y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*. Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 69 y ss

⁴⁸ GLUCKSMANN, A. *El discurso del odio*. Taurus, Madrid, 2005.

minoritarias⁴⁹. En concreto, el citado profesor manifiesta su indignación por la inadmisión, por parte de la Audiencia Provincial de Madrid, de una querrela por delito de incitación al odio contra el sindicato CNT por su campaña contra la visita del Papa Benedicto XVI a España con ocasión de la Jornada Mundial de la Juventud. Esta campaña consistía en la convocatoria de un concurso de carteles satíricos contra el pontífice y contra la Iglesia como institución. Martínez-Torrón se pregunta por qué los mensajes de alguno de esos carteles, como uno que rezaba "La única iglesia que ilumina es la que arde", no eran constitutivos de delito de odio y, sin embargo, probablemente sí que lo serían si, en vez de poner "iglesia" en el cartel, hubiera puesto "sinagoga"⁵⁰. Como podemos observar, los razonamientos de estos dos académicos prescinden de la finalidad primigenia de la lucha contra el discurso del odio, la que le otorga sentido, que no es otra que la protección exclusiva de los colectivos vulnerables: así, en el primer caso, se sugiere que la víctima del discurso es la mayor superpotencia del planeta, algo que roza el absurdo; en cuanto al segundo, pretende extrapolar a la religión mayoritaria una protección que debería circunscribirse a las minorías religiosas. Tan poco sentido tiene, a nuestro juicio, tutelar penalmente a la mayoría católica en España frente a determinados discursos como lo tendría proteger en Pakistán a la mayoría musulmana.

No obstante lo anterior, la polémica Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado⁵¹, que establece una serie de pautas de interpretación del artículo 510, avala la interpretación tergiversada de los delitos de incitación al odio, puesto que, aunque reconoce que "el origen del delito de odio está relacionado con la protección a los colectivos desfavorecidos", entiende que "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". Dicho de otra manera, cuando se tipificó el delito de incitación al odio "por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus

⁴⁹ MARTÍNEZ-TORRÓN, J. "Libertad de expresión y lenguaje ofensivo: algunos criterios prácticos de análisis jurídico". *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n.º 60, 2016, p. 30.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 29.

⁵¹ Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771

miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”, se está presumiendo, *iuris et de iure*, que todo discurso incitador al odio contra un grupo por razón de estos motivos convierte automáticamente al grupo en vulnerable. Esto conduce a que se puedan castigar de igual manera, por ejemplo, discursos contra la población blanca, la cual nunca ha sufrido discriminación alguna en España, que contra la población gitana o magrebí, y lo mismo cabe decir de los colectivos heterosexual y LGBT, equiparados a efectos de este artículo. Por otra parte, la Circular afirma expresamente que el colectivo nazi podría ser blanco de los delitos de incitación al odio, lo cual supone el *summum* de la desvirtuación del fin originario de este delito.

Algunos documentos internacionales han advertido del problema que supone esta interpretación extensiva del delito de incitación al odio: así, la Recomendación de Política General nº15, relativa a la lucha contra el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, adoptada el 8 de diciembre de 2015 establece en su Preámbulo que “la obligación conforme al Derecho internacional de tipificar determinadas formas de discurso del odio, aun siendo de aplicación general, se estableció para proteger a los miembros de colectivos vulnerables”, y manifiesta su “inquietud” que estos delitos “son objeto de un desproporcionado número de actuaciones penales y que los tipos penales creados se han aplicado contra ellos de forma injustificada”. Por su parte, y aunque los tribunales son titubeantes en este aspecto, encontramos ejemplos de resoluciones que reconocen que este artículo debería reservarse para colectivos vulnerables. Así, respecto de los tribunales inferiores, es especialmente clarificador el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de diciembre de 2018⁵², que rechaza la subsunción de unas injurias contra la policía en el delito de odio, al entender que esta última no puede considerarse un colectivo vulnerable. Esta fundamentación coincide con lo afirmado por el TEDH unos meses antes, el 28 de agosto de 2018, en el caso *Savva Terentyev c. Rusia*⁵³. En dicho caso, el Tribunal de Estrasburgo consideró vulnerado el derecho a la libertad de expresión de un internauta que calificó a los policías de su país como “cerdos”, expre-

⁵² AAP Barcelona 787/2018, de 12 de diciembre (ECLI: ES:APB:2018:10066A)

⁵³ STEDH (Sección 3ª) de 28 de agosto de 2018, núm. 10692/09, caso *Savva Terentyev c. Rusia*.

sando su deseo de que fueran quemados en hornos crematorios. Entre los argumentos que utilizó el Tribunal para justificar su decisión, señaló, en su párrafo 76, que “la policía [...] no puede ser descrita como una minoría o colectivo desprotegido con una historia de opresión o desigualdad o que se enfrente a prejuicios profundamente arraigados, a la hostilidad, a la discriminación, o que sea vulnerable por cualquier otro motivo”.

Por otra parte, esta postura también ha sido recientemente acogida por el Tribunal Supremo en su sentencia 458/2019, de 9 de octubre (caso Alsasua), donde se señala que “Tanto los delitos de odio como la circunstancia agravante de discriminación, se crearon para proteger a minorías discriminadas o en riesgo de exclusión, pero no para proteger instituciones, por ejemplo, policiales, como es el cuerpo de la Guardia Civil”⁵⁴. Discrepamos en la equiparación del fundamento de ambos preceptos, pero coincidimos en la interpretación del artículo 510 C.P.

3.4. La ausencia del motivo de aporofobia en los artículos 22.4 Y 510 C.P.

A lo largo de los últimos años, la jurisprudencia ha descartado en numerosas ocasiones aplicar la circunstancia agravante de odio discriminatorio por aporofobia, al entender que dicho motivo ni estaba previsto en el artículo 22.4 C.P., ni podía reconducirse a ninguno de los otros motivos discriminatorios que estaban recogidos en este artículo. Así lo evidencia, por ejemplo, la STS 1160/2006⁵⁵, de 9 de noviembre, que confirmó la STSJ de Madrid 19/2005, de 21 de octubre⁵⁶, la cual, a su vez, corrigió la sentencia de 7 de marzo de 2005 dictada por la magistrada presidenta del Tribunal del Jurado. Esta última resolución, que condenaba a tres individuos por asesinar a un indigente en Madrid, sí que había apreciado la circunstancia agravante del 22.4 C.P., lo que había motivado la interposición por parte de la defensa de un recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid por vulneración del principio de legalidad, dado que se había aplicado una circunstancia agravante no prevista en la ley. Dicho Tribunal le daría la razón, excluyendo la aplicación de la agra-

⁵⁴ STS 458/2019, de 9 de octubre (ECLI: ES:TS:2019:3124)

⁵⁵ STS 1160/2006, de 9 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:7728)

⁵⁶ STSJ Madrid 19/2005, de 21 de octubre (ECLI:ES:TSJM:2005:10153)

vante, postura que después sería avalada por el Tribunal Supremo en la sentencia ya citada.

Posteriormente, encontramos otros ejemplos de la exclusión de esta agravante en la jurisprudencia menor. Así, por ejemplo, la SAP Barcelona de 5 de noviembre de 2008⁵⁷, que condena a dos individuos por el asesinato de una indigente, rechaza la aplicación del artículo 22.4 porque “la marginalidad o desocialización y situación de exclusión social no resulta contemplada en el elenco previsto en el mencionado apartado cuya interpretación debe ser restrictiva en cuanto son circunstancias agravantes”.

En lo que se refiere al castigo de la incitación al odio por motivos aporófobos a través del artículo 510 C.P., tampoco procede, por las mismas razones esgrimidas con respecto al 22.4 C.P. De hecho, la Circular 7/2019 menciona expresamente el motivo de aporofobia para excluirlo: “Los colectivos a los que se refiere el artículo 510, al igual que los expresados en el art. 22.4. ° CP, deben entenderse como *numerus clausus*, no siendo posible su aplicación a otros distintos. Así, no se incluye la aporofobia, ni la gerontofobia”.

En definitiva, podemos llegar a la conclusión de que, mientras no se mencionara expresamente el motivo de aporofobia en los artículos 22.4 y 510 C.P., no era posible apreciarlo de ningún modo, en tanto que ello conculcaría algunos de los principios rectores del Derecho Penal, tales como el de legalidad y la prohibición de la analogía *in malam partem*.

A raíz de lo anterior, surgió en la doctrina un debate sobre la idoneidad de incluir la aporofobia como un motivo más de discriminación que pudiera dar lugar a la agravante o al delito de odio. Así, ya en el año 2012 Díaz López se pronunció sobre esta cuestión, manifestándose en contra de incluir la agravante de aporofobia en la lista de motivos del artículo 22.4 C.P. Los argumentos en los que se basaba eran el peligro de que se interpretara de forma extensiva; la dificultad de graduar el estatus socioeconómico de buena parte de la ciudadanía, que no se encuentra ni en la cúspide ni en la base de la pirámide social; y el carácter cambiante de la situación socioeconómica de las personas. Todos estos factores dificultaban, a su juicio, la consideración de dicha situación como una característica de la identidad del individuo⁵⁸.

⁵⁷ SAP Barcelona de 5 de noviembre de 2008 (ECLI:ES:APB:2008:8218)

⁵⁸ DÍAZ LÓPEZ, J.A. *El odio discriminatorio...* *Op. cit.*, pp. 237-238

Con respecto a estos argumentos, coincidimos parcialmente con el primero y el segundo, pero creemos que no impiden la introducción de la agravante de aporofobia, sino que únicamente obligan a ser cautelosos: en efecto, resultaría necesario que la agravante se aplicara solo en aquellas situaciones en las que la conducta se dirigiera contra una persona en situación de pobreza extrema y con una motivación discriminatoria, no considerándose como aporóforas, al menos a efectos del artículo 22.4 C.P., las conductas cometidas contra individuos que, aun perteneciendo a estratos más humildes o de clase trabajadora, no se encuentren en dicha situación crítica. Por ejemplo, imaginemos una agresión una pandilla de jóvenes pertenecientes a un barrio acomodado a los vecinos de un barrio obrero. Incluso aunque la agresión hubiera venido motivada por cierto desprecio de clase, en nuestra opinión no se podría aplicar la agravante de aporofobia, sin perjuicio de que pudiera concurrir otro motivo discriminatorio del artículo 22.4 (por ejemplo, el ideológico).

Sin embargo, no podemos estar de acuerdo en el tercero de los argumentos, porque, como reconoce el propio Díaz López, aunque la igualdad de oportunidades sea formalmente uno de los pilares de nuestro Estado de Derecho, la realidad dista mucho del papel. En nuestra sociedad, el concepto de *self-made man* ("hombre hecho a sí mismo", que prospera socialmente desde una situación de miseria) no pasa de ser una mera utopía, salvo contadas excepciones. Además, si el ascenso social no resulta sencillo para la clase trabajadora, para aquellas personas que carecen de medios para vivir dicho ascenso constituye sencillamente una quimera. No obstante, hay otra razón adicional para disentir de este argumento: si el carácter mutable de la situación socioeconómica justificara la no inclusión de la agravante de aporofobia, también deberían eliminarse otros motivos discriminatorios que constan en el artículo 22.4, tales como la religión o la ideología, que también son contingentes. De hecho, no es infrecuente que la ideología de una persona varíe con el paso del tiempo.

Recientemente, Bustos Rubio, uno de los mayores estudiosos de la materia, ha defendido en su obra la postura contraria, esto es, la introducción de la aporofobia como circunstancia agravante del artículo 22.4 C.P. Entre las razones que justifican su postura, destacan esencialmente cuatro: en primer lugar, la constatación empírica del elevado nivel de vulnerabilidad de las personas sin hogar, lo que les hace equiparables a otros colectivos protegidos a través del precepto; en segundo lugar, el mayor merecimiento de pena, toda vez que el delito cometido contra una

persona sin hogar por su condición de tal no solo vulnera el bien jurídico protegido por el delito del que se trate, sino también el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de nuestra Constitución; en tercer lugar, la mayor necesidad de pena con arreglo al principio de prevención general que rige en Derecho Penal, dada la necesidad de restaurar la vigencia social no de uno, sino de dos valores vulnerados por la conducta (a saber, el valor del que se trate según el delito cometido y el principio de igualdad); y, en cuarto lugar, la traslación al ámbito penal de la clásica teoría de las obligaciones positivas de los Estados en la protección de los derechos fundamentales⁵⁹.

En relación con esto último, debemos indicar que la extrapolación de estas obligaciones al Derecho Penal ha sido promovida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre la que, de hecho, podemos encontrar algún ejemplo de condena a un Estado por incumplimiento de obligaciones positivas en materia de delitos de odio. Es el caso de la sentencia del TEDH *Beizaras y Levickas contra Lituania*, de 14 de enero de 2020⁶⁰, que condenó al Estado lituano por el modo en que la fiscalía y los tribunales penales del país abordaron el caso de una pareja de homosexuales que sufrieron numerosos comentarios vejatorios en las redes sociales por publicar una foto besándose. La Fiscalía, ante la denuncia de la asociación LGL, en nombre de la pareja, por un presunto delito de odio, no formuló acusación al entender que los comentarios formaban parte de la libertad de expresión. Los tribunales lituanos, por su parte, reprendieron a la pareja por el carácter inadecuado de la fotografía en una sociedad como la lituana, tan apegada a los valores tradicionales, y concluyeron que abrir una investigación por estos hechos implicaba perder tiempo y recursos de manera innecesaria. Frente a ello, el Tribunal de Estrasburgo entendió que se habían vulnerado los artículos 13 (derecho a un recurso efectivo) y 14 (prohibición de discriminación): primeramente, no era cierto que una investigación penal hubiese dado lugar a un excesivo gasto de recursos, toda vez que al haberse enviado los comentarios des-

⁵⁹ BUSTOS RUBIO, M. *Aporofobia y delito: la discriminación socioeconómica como agravante* (art. 22.4. C.P.). J.M. Bosch Editor, 2020, pp. 242-243; ID, "Aporofobia, motivos discriminatorios y obligaciones positivas del Estado: el art. 22.4.ª CP entre la prohibición de infraprotección y la subinclusión desigualitaria". *RECPC*, 23-04 (2021), p. 9-17

⁶⁰ STEDH (Sección 2ª) de 14 de enero de 2020, núm. 41288/15, caso *Beizaras y Levickas c. Lituania*.

de perfiles de las redes, no era difícil descubrir la identidad de los autores; además, no comparte la laxitud del fiscal con respecto a la naturaleza de los mensajes, entendiendo, a diferencia de él, que sí que se enmarcan en el discurso del odio; asimismo, rechaza el intento de los tribunales de imputarles la responsabilidad de lo ocurrido a las propias víctimas; y, por último, entiende que la actitud de las autoridades lituanas con respecto a comentarios similares (vertidos) vertidos contra otros colectivos, como los judíos, había sido muy diferente, considerando que sí constituían un delito de odio y actuando en consecuencia⁶¹.

Expuestas ambas posturas, a favor y en contra de la introducción de la aporofobia como motivo de odio, debemos decantarnos por la favorable a su incorporación en el Código Penal. Ya hemos expuesto nuestras discrepancias con quienes defendían la opinión contraria, y consideramos que los sólidos argumentos de Bustos Rubio resultan más que convincentes. Sin embargo, debemos recalcar que nosotros no solo éramos partidarios de tipificar la aporofobia en el artículo 22.4, sino también en el artículo 510. Como consecuencia de lo anterior, nos resultó especialmente satisfactorio el comprobar que la disposición final sexta del Proyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia (BOCG, 19 de junio de 2020⁶²) proponía la introducción de la aporofobia en ambos preceptos. Desgraciadamente, como ahora veremos, dicha satisfacción se desvanecería al leer la versión final del proyecto, que es la que finalmente sería aprobada.

3.5. La introducción parcial del motivo de aporofobia en el Código Penal: una oportunidad perdida

La introducción de la circunstancia de aporofobia en el artículo 510 habría constituido un importante avance en el intento de devolver el delito a su sentido originario, esto es, la exclusiva protección de los colectivos vulnerables. Ello se debe a que, al utilizarse el término “aporofobia”, se habría excluido la posibilidad de aplicar el delito en sentido inverso, esto

⁶¹ Un desarrollo detallado del contenido puede encontrarse en RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. “Cuando no investigar un delito es discriminatorio”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9, 2020.

⁶² Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-22-1.PDF

es, para perseguir penalmente discursos dirigidos contra los ricos⁶³. No se propuso, por ejemplo, el término “fortuna”, que aparece en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶⁴ y que sí permitía aplicar el delito de odio en ambas direcciones, a saber, tanto contra los colectivos hegemónicos (ricos) como contra los vulnerables (pobres).

No obstante, la propuesta de introducir esta modificación a propósito de la promulgación de una ley destinada a la protección de la infancia y que, por ende, no guardaba relación alguna con esta materia, levantó las suspicacias en algunos sectores de la doctrina. Así, la profesora Laurenzo Copello criticó que se abordara de una manera tan frívola el problema de la marginación y la pobreza, cuya gravedad exigía un tratamiento específico y no una breve mención en la disposición final de un proyecto de ley que poco tiene que ver con esta problemática⁶⁵. Asimismo, también censura el intento del legislador de vincular, en la Exposición de Motivos, la protección de los niños que persigue la ley con la protección de los pobres o excluidos sociales⁶⁶, como si se tratara de dos colectivos equiparables, algo que también se refleja, por otra parte, en el hecho de que el proyecto de ley también tipificaba la circunstancia agravante de odio y

⁶³ Por ejemplo, tal vez se habrían intentado perseguir mensajes como el de “la única minoría peligrosa son los ricos”, eslogan utilizado por el partido Anticapitalistas y también por el grupo de rap Los Chikos del Maíz en una de sus canciones, o incluso el lema “Cómete a los ricos”, acuñado por el colectivo Lucha Autónoma en el Madrid de la década de los 90.

⁶⁴ Este artículo dice lo siguiente: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

⁶⁵ LAURENZO COPELLO, P. “No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio”. En LAURENZO COPELLO, P. y DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (Coords.). *Odio, prejuicios y derechos humanos*. Comares, Granada, 2021, pp. 280-281.

⁶⁶ En concreto, la Exposición de Motivos dice lo siguiente: “la edad ha sido incorporada como una causa de discriminación, en una vertiente dual, pues no solo aplica a los niños, niñas y adolescentes, sino a otro colectivo sensible que requiere amparo, como son las personas de edad avanzada. Asimismo, dentro del espíritu de protección que impulsa este texto legislativo, se ha aprovechado la reforma para incluir la aporofobia y la exclusión social dentro de estos tipos penales, que responde a un fenómeno social en el que en la actuación delictiva subyace el rechazo, aversión o desprecio a las personas pobres, siendo un motivo expresamente mencionado en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

el delito de incitación al odio por razones de edad. Lorenzo recalca que los niños, a diferencia de los pobres, no se encuentran en una posición de subordinación social, razón por la cual no deberían ser sujetos pasivos del delito de odio⁶⁷.

Nosotros compartimos las críticas de Lorenzo, pero creemos que el beneficio que suponía introducir la aporofobia en el artículo 510 compensaba la deficiente técnica legislativa que se pretendía utilizar para su incorporación. Incluso pensábamos que, aunque se tratase de un pequeño paso, podía ser un buen punto de partida para que el delito de incitación al odio retornara a su verdadero sentido, y que se reconociera paulatinamente que dicho delito no puede ser aplicable a los discursos dirigidos contra los blancos, los heterosexuales o los católicos, entre otros grupos hegemónicos en España.

Finalmente, la versión definitiva del proyecto, aprobada por el Congreso de los Diputados el 20 de mayo de 2021 y publicada en el BOE el 4 de junio como Ley Orgánica 8/2021, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia (LOPVI⁶⁸), solo incorporaría la aporofobia como circunstancia agravante del artículo 22.4, pero no como uno de los motivos del delito del artículo 510⁶⁹. Aunque sin duda alguna la tipificación de la circunstancia como agravante de odio es una buena noticia y colma una carencia ante un grave problema social que nuestro ordenamiento arrastraba desde hacía décadas, nuestro gozo no puede ser completo, dado que han desaparecido las expectativas de que la introducción del motivo de aporofobia ocasionara un vuelco interpretativo en el delito de incitación al odio.

4. CONCLUSIONES

La aporofobia es un fenómeno hondamente arraigado en algunos sectores de nuestra sociedad. La desigualdad económica imperante en ella tiene su reflejo en el Derecho, principalmente en la rama penal, cuya mayor severidad con las personas más desfavorecidas ha sido evidencia-

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9347>

⁶⁹ En puridad, también ha incluido el motivo de aporofobia, además de en el artículo 22.4, en los artículos 314, 511, 512 y 515.4 C.P., pero estos preceptos no son objeto de análisis en este trabajo.

da por numerosos autores de diferentes épocas. No obstante, y sin desdenar la gravedad de lo que podríamos llamar "aporofobia institucional", nuestro artículo se ha centrado en un problema aún mayor: los delitos cometidos contra aquellas personas marginadas socialmente por su condición de tales, y los discursos que incitan a la violencia, la discriminación y el odio contra ellos.

Tanto la circunstancia agravante de odio discriminatorio del artículo 22.4 C.P. como el delito de incitación al odio del artículo 510 C.P. fueron introducidos en el Código Penal de 1995. Sin embargo, el fundamento de ambos preceptos no es el mismo: mientras que el primero responde al *animus model* y se centra, por ello, en la motivación de la víctima, el segundo, al ser un delito de discurso, pretende evitar los efectos violentos y discriminatorios que algunos mensajes pueden provocar en determinados colectivos (*discriminatory selection model*). Dichos colectivos, a nuestro juicio, tienen que estar caracterizados por una situación de subordinación social o vulnerabilidad, dado que, solamente si concurren estas circunstancias en alguno de los colectivos, el discurso del odio contra ellos puede entrañar algún peligro. No obstante, esta postura, sostenida tanto por la jurisprudencia nacional como por la supranacional, no ha quedado reflejada en la Circular 7/2019, de la Fiscalía General del Estado, que extiende la protección frente al delito de incitación al odio a los grupos hegemónicos o dominantes, llegando a mencionar expresamente a los neonazis como sujetos pasivos de este delito.

El motivo de aporofobia no estaba expresamente contemplado en ninguno de estos dos preceptos, de manera que la jurisprudencia no podía apreciarlo ni siquiera en aquellos casos en los que la sentencia reconocía una motivación aporófoa en los autores del delito, dado que, de apreciarse, se habrían conculcado algunos de los principios rectores del Derecho penal. Por ello, algunos autores, conscientes de la gravedad de este problema, demandaron la introducción de este motivo como uno más de la lista del artículo 22.4. Postura con la que nosotros coincidíamos, aunque exigiendo simultáneamente que también se introdujera en el artículo 510.

El 19 de junio de 2020, se publicaría el texto original del proyecto de Ley de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia (LOPVI), donde se introducía, como disposición final sexta, el motivo de aporofobia tanto en el artículo 22.4 como en el 510. La inclusión de la aporofobia en este último precepto fue motivo de especial satisfac-

ción por nuestra parte, dado que considerábamos que, de esta manera, podía retornarse a una interpretación del artículo 510 en el sentido de que solo fuera aplicable a los colectivos minoritarios o vulnerables, en línea con el sentido original del castigo del discurso del odio.

Sin embargo, la versión final de la LOPIVI ha eliminado el motivo de aporofobia del artículo 510, manteniéndolo únicamente en el 22.4. Aunque su inclusión en este último artículo constituye un avance, el hecho de haberle excluido de aquel ha disipado nuestras esperanzas de que el delito de incitación al odio volviera a ser un precepto exclusivamente aplicable a colectivos minoritarios y vulnerables. Sin embargo, hemos de reconocer que, aunque esa inclusión habría sido un paso importante, la verdadera forma de alcanzar ese objetivo sería reformar el artículo 510 para que se exija en el mismo la acreditación de la vulnerabilidad del grupo contra el que se dirige el discurso. Asimismo, la consecución de este fin exige la eliminación de la Circular 7/2019 de la FGE y su sustitución por otra nueva, al promover una interpretación tergiversada del precepto. Mientras no se produzcan dichos cambios, proseguirá la inadmisibile situación actual: los indigentes y marginados seguirán encontrándose desprotegidos frente a los discursos del odio, mientras que los nazis son considerados eventuales víctimas de estos discursos.

