UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA

TESIS DOCTORAL

"Lucha por la Inclusión Social, Dignidad y Derechos Humanos: Mecanismos Sociales y Jurídico-Penales contra la Discriminación"

Monográfico: La Deshumanización del Derecho Penal en los Delitos Basados en el Odio

Doctorando/a:	Gonzalo Barrera Blanco
Directores:	Dr. Juan Antonio Senent de Frutos
	Dra. Blanca Martín Ríos
Tutor/a de Doctorado:	Dr. Manuel Paniagua Zurera

Sevilla, 2021

UNIVERSIDAD LOYOLA ANDALUCÍA

TESIS DOCTORAL

"Lucha por la Inclusión Social, Dignidad y Derechos Humanos: Mecanismos Sociales y Jurídico-Penales contra la Discriminación"

Monográfico: La Deshumanización del Derecho Penal en los Delitos Basados en el Odio

Tesis defendida en Dos Hermanas, Sevilla, 2021

DOCTORADO EN DESARROLLO INCLUSIVO Y SOSTENIBLE

Doctorando/a:	Gonzalo Barrera Blanco
Directores:	Dr. Juan Antonio Senent de Frutos
	Dra. Blanca Martín Ríos
Tutor/a de Doctorado:	Dr. Manuel Paniagua Zurera

Sevilla, 2021

Universidad LOYOLA

Firmado por BARRERA BLANCO GONZALO - 30237902D el dï¿½a 24/06/2021 con un certificado emitido por AC FNMT Usuarios

AGRADECIMIENTOS

Quiero comenzar agradeciendo y dedicando este trabajo a mis padres, sin los cuales esto no habría sido posible, al resto de mi familia: mis hermanas, mis sobrinos, mis abuelas, mis tíos, mis primos y aquellos que se fueron; y a mis amigos.

Agradezco especialmente, como no podría ser de otra forma, a mis directores los profesores Juan Antonio Senent De Frutos y Blanca Martín Ríos y a mi tutor el profesor Manuel Paniagua Zurera ya que han sido los responsables de mi crecimiento académico en los últimos años. También a Lucía Alonso Sanz quién nos acompañó al inicio y a Teresa Aguado Correa, quién hizo que quisiera ser profesor de Derecho penal.

Quiero acordarme también del resto de excelentes personas que he tenido la oportunidad de conocer en la gran familia que es la Universidad Loyola y que han facilitado enormemente mi trabajo y me han ayudado a formarme y a no sentirme perdido en este proyecto, desde la Dirección de la Escuela de Doctorado hasta la Secretaría y el Servicio de Biblioteca.

Por último, a ti que estás leyendo este monográfico quiero decirte: gracias por tu tiempo y ojalá que el contenido de esta investigación te enriquezca.

ÍNDICE:

ABREVIATURAS **7**

INTRODUCCIÓN **9**

1. EL PROYECTO DE TESIS DOCTORAL: LUCHA POR LA INCLUSIÓN SOCIAL, DIGNIDAD Y DERECHOS HUMANOS: MECANISMOS SOCIALES Y JURÍDICO-PENALES CONTRA LA DISCRIMINACIÓN 9

2. LA MONOGRAFÍA: LA DESHUMANIZACIÓN DEL DERECHO PENAL EN LOS DELITOS BASADOS EN EL ODIO 13

METODOLOGÍA Y OBJETIVOS **15**

CAPÍTULO I. CONTEXTO **17**

1. MARCO TEÓRICO **18**

A. Introducción *18*

B. Análisis de la doctrina existente *19*

C. Análisis de la jurisprudencia existente *25*

D. Análisis de las políticas públicas de acción política actuales *27*

2. INTRODUCCIÓN A LA NORMATIVA PREVIA. EVOLUCIÓN NORMATIVA 31

A. Introducción *31*

B. El odio en el Código Penal. Primera aproximación *35*

C. Origen normativo *35*

3. LOS AGENTES NORMATIVISTAS E INTERPRETADORES EXTERNOS 40

4. CONCEPTOS BÁSICOS 43

CAPÍTULO II: TOLERANCIA E INTOLERANCIA. LA DESHUMANIZACIÓN DEL DERECHO PENAL **47**

1. LA TOLERANCIA Y LA INTOLERANCIA 48

A. Aproximación *48*

B. Breve nota sobre la evolución histórica del pensamiento sobre la tolerancia *50*

C. De la intolerancia y el odio 54

2. EL ORIGEN DE LA SENSIBILIDAD SOCIAL HACIA LOS DELITOS BASADOS EN EL ODIO 56

3. LA DISCRIMINACIÓN COMO PRESUPUESTO DEL ODIO 64

A. La discriminación *64*

B. El odio *65*

4. COMPARATIVA DEL DISCURSO DEL ODIO Y DISCURSO DE LA TOLERANCIA 69
A. Discurso del odio o hate speech. Aproximación 69
B. Discursos del odio, lo políticamente correcto y la discriminación positiva 71
C. Comparativa de los discursos 73
5. LA DIGNIDAD Y LOS DERECHOS HUMANOS. PERSPECTIVA DE LA ESCUELA IUSFILOSÓFICA DE SEVILLA EN LA ACTUALIDAD Y LOS TRIBUNALES DE DERECHOS HUMANOS DE AMÉRICA Y EUROPA 77
6. LA DESHUMANIZACIÓN DEL DERECHO PENAL EN LA TEORÍA DEL DELITO **81**
CAPÍTULO III: DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LOS DISCURSOS Y EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO 87
1. INTRODUCCIÓN AL MARCO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 88
2. LOS DISCURSOS DEL ODIO: LOS PROTAGONISTAS, LOS EXCLUIDOS Y EL GRUPO DIANA 91
A. Breve nota sobre la terminología de los discursos 91
B. Los discursos del odio protagonistas 92
C. Los discursos del odio excluidos 102
D. El grupo diana 105
3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS 110
4. CONSTRUCCIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO 120
CAPÍTULO IV: LA CRIMINALIZACIÓN DEL ODIO 125
1. EL ODIO EN EL DERECHO PENAL. CONCEPTUALIZACIÓN Y CONFIGURACIÓN 126
A. Concepto penal de los "delitos de odio" vs. "delitos de actos de odio" 126
B. Sistematización del odio 128
C. Sistematización de los delitos de odio 136
2. PROBLEMÁTICA DE LA INTERPRETACIÓN EN LA PRÁCTICA. LAS CLAVES DEL DEBATE DOCTRINAL 151
A. Posibles concursos de normas y su solución 151
B. La visión de la apología del odio 155
C. La búsqueda del bien jurídico protegido 158
D. La visión del Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 165

E. La forma comisiva del delito de odio. Crisis en la interpretación *172*
F. Comparación y conexión con otros tipos penales *175*
G. La proporcionalidad en las redes sociales: la STS 706/2017, de 27 de octubre y la Circular 7/2019, de 14 de mayo *178*
H. Los delitos de actos discriminatorios y los delitos de actos de odio *183*
I. El discurso negacionista. El protagonista de la reforma *186*
J. El Covid-19: las polémicas y los anuncios de reformas *190*
K. Las vías alternativas *201*
3. LOS DELITOS BASADOS EN EL ODIO COMO INDICADORES DEL NIVEL DE DESARROLLO Y LA CRÍTICA SOBRE LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL ODIO COMO CONCEPTO PUNIBLE EN EL DERECHO COMPARADO 203
A. Delitos basados en el odio en la normativa comparada y su relación con el nivel de libertad *203*
B. Crítica a la instrumentalización de la punición del odio *210*
C. Los debates doctrinales a nivel internacional *212*
CONCLUSIONES **221**
BIBLIOGRAFÍA Y ANEXOS **233**
1. BIBLIOGRAFÍA 234
A. Artículos, capítulos y obras *234*
B. Normativa con rango de Ley *252*
C. Jurisprudencia *253*
D. Resoluciones de organizaciones internacionales y otros documentos oficiales *254*
E. Otras citas y enlaces de interés *255*
2. ANEXOS 258
1. Delitos de odio *258*
2. Derecho comparado *296*
3. Publicaciones asociadas al proyecto *299*

ABREVIATURAS.

CE	Constitución española.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CP	Código Penal (español).
DM	Decisión Marco.
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos.
ECRI	Siglas en inglés de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia.
FRA	Siglas en inglés de la Agencia de los Derechos Fundamentales.
INE	Instituto Nacional de Estadística.
LO	Ley Orgánica.
ODIHR	Siglas en inglés de la Oficina para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos.
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda 2030).
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TS	Tribunal Supremo.
UE	Unión Europea.

INTRODUCCIÓN.

1. EL PROYECTO DE TESIS DOCTORAL: LUCHA POR LA INCLUSIÓN SOCIAL, DIGNIDAD Y DERECHOS HUMANOS: MECANISMOS SOCIALES Y JURÍDICO-PENALES CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

La redacción de esta monografía se encuentra vinculada al proyecto de tesis doctoral realizada por Gonzalo Barrera Blanco, bajo la dirección de la Dra. Blanca Martín Ríos y el Dr. Juan Antonio Senent De Frutos, y la tutorización del Dr. Manuel Paniagua Zurera, todos ellos de la Universidad Loyola.

Este proyecto de tesis, que recibe el nombre de "*Lucha por la inclusión social, dignidad y derechos humanos: mecanismos sociales y jurídico-penales contra la discriminación*", se ha realizado dentro del programa de Desarrollo Inclusivo y Sostenible de la Universidad Loyola. Concretamente, entre las líneas de investigación del programa, el proyecto se ha vinculado a la línea de protección de Derechos Humanos y Fundamentales. En consecuencia, la investigación realizada se encuadra en el objetivo del programa de que el conocimiento que se aporte esté orientado a la lucha por la erradicación de la pobreza, la inclusión y el desarrollo social. Por ello, puede también encuadrarse su aporte al conocimiento dentro de las metas de la Agenda 2030 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Organización de las Naciones Unidas, pues esta investigación se relaciona con los siguientes objetivos:

- Objetivo 1. Erradicación de la pobreza: poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo.
    - Meta 1.a. Recursos para erradicar la pobreza.

- Objetivo 5. Igualdad de género: lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas.
    - Meta 5.1. Poner fin a todas las formas de discriminación.
    - Meta 5.5. Participación plena de la mujer e igualdad de oportunidades.

- Objetivo 16. Paz, justicia e instituciones sólidas: promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.
    - Meta 16.b. Leyes y políticas (Derechos Humanos).

Es necesario señalar que, al tratar temas de discriminación, desigualdad, y derechos, en todo lo referente a modelo de políticas activas y legislativas, este proyecto busca solucionar cuestiones sujetas a posibles discriminaciones que se pueden vincular a otros objetivos y metas de la Agenda, o que, incluso, no estarían incluidos en ella.

Este concreto proyecto de tesis culmina con la defensa y publicación del presente monográfico como formato de tesis tradicional. Sin embargo, el proyecto está formado también por las actividades de formación investigadora y por la realización de actividades orientadas a realizar otros proyectos de investigación que vienen a confirmar las competencias adquiridas como investigador por parte del doctorando que lo presenta.

El proyecto gira alrededor de una idea principal, consistente en la lucha por la inclusión social, la dignidad y los derechos humanos, de forma que se ha intentado que los resultados finales constituyan un aporte en esa línea. Esto se ha realizado a través de dos vertientes, como señala el título del proyecto: los mecanismos sociales y los mecanismos jurídico-penales, con intención de adaptarse al programa de doctorado y sus objetivos, que harían necesario darle al proyecto un enfoque más amplio que el exclusivamente jurídico-penal.

Dentro de este proyecto se han realizado otras publicaciones entre las que encontramos:

- Publicación de artículos en revistas:
    - BARRERA BLANCO, G. (2020): Odio en el vecindario. Tribuna (IDIBE). Disponible en: https://idibe.org/tribuna/odio-en-el-vecindario/. Consultado en octubre de 2020.
    - BARRERA BLANCO, G. (2021): La criminalización de los discursos del odio según los modelos de Derecho penal. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad, Nº7 Especial. Disponible en: https://www.ejc-reeps.com/Barrera%20Blanco.pdf.
    - BARRERA BLANCO, G., MARTÍN RÍOS, B. y SENENT-DE FRUTOS, J.A. (2020): *The religious fraternities and brotherhoods of Seville: servant leadership in social action*. Lausana: Front. Psychol. 11:784. doi: 10.3389/fpsyg.2020.00784.

- Publicación de capítulo de libro:

  - BARRERA BLANCO, G. (2020): "Tolerancia y discurso del odio en el pensamiento filosófico", en SÁNCHEZ RUBIO, D. (Ed.) et al.: Derechos Humanos desde la interdisciplinariedad en ciencias sociales y humanidades. Madrid: Dykinson S.L.: pp. 40-49.
  - BARRERA BLANCO, G. (2020): "La inobservancia del artículo 8 del Código Penal y su consecuencia en el procedimiento penal", en MARTÍN RÍOS, P. y PÉREZ MARÍN, M.A. (Dir.): Edición de Actas del I Congreso Internacional "La administración de justicia en España y América". Congreso homenaje al profesor José Martín Ostos, con motivo de su jubilación. Sevilla: Astigi: pp. 101-115.
  - BARRERA BLANCO, G. (2021): "La dignidad humana frente a los discursos del odio", en PÉREZ ADROHER, A., LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, M.T., HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, E. (Ed.): Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización. Madrid: Dykinson S.L.: pp. 1223-1239.
  - BARRERA BLANCO, G., MARTÍN RÍOS, B. Y SENENT-DE FRUTOS, J.A. (2021): The religious fraternities and brotherhoods of Seville: servant leadership in social action. in ARIZA MONTES, A. et. al.: The future of work in non-profit and religious organizations: current and future perspectives and concerns. Lausana: Front. Psychol.: pp. 232-265

Estas publicaciones reflejan las dos vertientes que se han abordado. Dentro de la primera vertiente, relativa a los mecanismos sociales, se incluyen estudios sobre el modelo de liderazgo de servicio en la acción social de las Hermandades y Cofradías de Sevilla. Con este estudio, además del aporte en el campo de la psicología, se ha buscado precisamente visibilizar un mecanismo social que lucha por la inclusión social, la dignidad y los derechos humanos de las personas.

Esto, a su vez, busca ser coherente con una convicción profunda del posicionamiento doctrinal del modelo de Derecho penal protector de bienes jurídicos, bajo la premisa de que es importante buscar otras vías alternativas a esta rama del Derecho. Esta idea se extrae del principio de *ultima ratio* del Derecho penal, según la cual esta medida es la última que debe plantearse el Estado, sólo cuando las demás hayan fracasado y se hayan revelado insuficientes, y no como medida preventiva de la comisión de delitos por si misma. Por ello, es necesario resaltar cómo la promoción de medidas de

acción social bajo el modelo de liderazgo de servicio en el ejemplo de las Hermandades y Cofradías en Sevilla, puede ser beneficioso y aplicado en otros lugares como una forma de reducir la pobreza, luchar por la dignidad de las personas, reducir la discriminación y, en definitiva, una mejora de la sociedad hacia el desarrollo inclusivo y sostenible en un marco legal basado en la protección de los derechos humanos como indicador del nivel de desarrollo. Este mecanismo se presenta como distinto a las medidas de educación, concienciación y de Derecho administrativo sancionador que normalmente son señaladas como alternativas a la vía del Derecho penal.

La otra vertiente, la de los mecanismos jurídico-penales, pretende alcanzar el mismo objetivo, pero analizando cómo se podría mejorar la cuestión desde la criminalización de los discursos del odio y la criminalización del odio para reducir la discriminación.

Desde esta perspectiva se pretende comprender mejor el tema desde la visión de la ley penal, desde su concepción en términos filosóficos hasta sus consecuencias en la aplicación de los llamados delitos de odio. Todo lo publicado hasta ahora en esta línea tiene particular reflejo dentro de la monografía que aquí se presenta.

En definitiva, como cualquier tesis doctoral en el ámbito jurídico, la finalidad de las publicaciones y el monográfico, en el ámbito jurídico, es fomentar el conocimiento y la discusión doctrinal para que esto tenga influencia tanto en la práctica judicial como en el debate legislativo de *lege ferenda*.

2. La Monografía: La deshumanización del Derecho penal en los delitos basados en el odio

Tras la reforma de la LO Nº10 (23/11/1995) del Código Penal (en adelante CP) operada por la LO Nº1 (31/03/2015)[*], el artículo 510 CP se ha reconfigurado siguiendo las ideas de política criminal que se vienen imponiendo desde hace ya algún tiempo por los compromisos adquiridos por el Estado a nivel internacional.

La doctrina en general parece manifestarse en contra de este sistema de reformar el Código Penal. Especialmente, cuando llega el momento de reconocer que no todo lo que se propone en los acuerdos internacionales tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico y, más aún, cuando hay razones de diferencias culturales y jurídico-identitarias entre los modelos foráneos y el nacional.

El objeto de estudio de esta tesis es la profundización en las hondas raíces de la criminalización de los discursos del odio y la delimitación de la interpretación conceptual de este tipo de delitos.

Más allá del análisis de la cuestión normativa, la idea principal es revisar las nociones básicas, partiendo de reflexiones que nos hacen remontarnos a la Época Clásica hasta llegar a la actualidad revisando las cuestiones periféricas de los conceptos que vamos a tratar, y construir la historia del pensamiento que nos ha traído hasta la percepción actual de necesidad de criminalización de los discursos del odio.

Para alcanzar una mejor compresión de la situación actual, pretendemos plasmar la cuestión de fondo, que existe en la criminalización de los discursos del odio: la limitación de la libertad de expresión.

Finalmente, se analiza la nueva normativa en sentido estricto, las posiciones doctrinales de las principales corrientes ante la reforma del CP de 2015, las consecuencias de esta reforma en la práctica, y una comparativa con otros Estados.

[*] Nótese que el formato de las leyes sigue un patrón que luego será útil para referenciar otras leyes.

En definitiva, lo que se propone es una revisión completa de las bases de conocimiento existente en la criminalización de los discursos del odio, con intención de hacer una propuesta que solucionen posibles problemas en la práctica, conocidos o presumibles.

CONCLUSIONES

I. La criminalización del odio es, sin lugar a duda, uno de los debates jurídicos actuales más importantes a los que doctrinalmente hemos de hacer frente.

En este proyecto de investigación de tesis doctoral hemos querido plasmar la necesidad de modificar la visión que se suele tener con respecto a la lucha contra la discriminación y sobre las cuestiones que se deberían considerar básicas para su comprensión.

La hipótesis de la que partíamos era el escaso interés doctrinal y la poca aplicación práctica, siendo la actualmente existente acorde con la teoría funcionalista penal, lo que puede llevar a una importante deshumanización de esta rama del Derecho.

Esto habría quedado confirmado al corroborar que la doctrina ha empezado a prestar atención a la problemática del odio en la sociedad de manera reciente, concretamente a partir de la reforma de 2015, año en el que se produjo un cambio sustancial respecto al número de artículos referenciados en las bases de datos. Tras el análisis del contenido de estas obras, se comprueba cómo la percepción del Derecho penal funcionalista es mayoritaria.

II. Con respecto a los objetivos específicos de esta investigación, se considera que sería adecuado proponer las siguientes líneas de actuación:

a. Repensar los conceptos generales relativos a la criminalización de los discursos del odio:

   La profundidad con la que se ha abordado la problemática de los discursos del odio en esta tesis ha permitido poner en pie una serie de debates hasta ahora obviados, como son los relativos a los conceptos de tolerancia y dignidad, que desde la perspectiva iusfilosófica suponen un aporte importante para la comprensión de la sensibilización hacia esta forma de criminalización de determinados comportamientos. Además, este conocimiento resulta útil para comprender qué medidas pueden ser buenas

para combatir este tipo de delincuencia, empezando por prevenir la radicalización de los discursos, repensar la antijuridicidad de los hechos para mejorar la cuestión en la práctica y revisar la orientación político criminal de los modelos de teoría del delito más referenciados por la doctrina en la actualidad.

El replanteamiento de los derechos considerados afectados en estos delitos y el enfoque doctrinal hacia los discursos, las causas y el concepto de grupo diana acompañan la visión de un modelo que debe ser coherente y completo como sistema jurídico.

Con respecto a la cuestión del odio, su finalidad teleológica, su ubicación sistemática, su contenido, etc., nos aportan igualmente una mejor comprensión de la disparidad de criterios existente en la doctrina y en la práctica, así como instrumentos para reorientar los debates doctrinales hacia posibles soluciones de consenso de cara a afrontar los temas cuya solución podría mejorar el sistema.

Por ello, en un intento de ofrecer elementos para la consecución de este objetivo, se replantean los conceptos de tolerancia, dignidad humana, libertad de expresión, discriminación, la terminología de los discursos del odio, las causas de odio, el grupo diana, el bien jurídico protegido, la sistemática del Código Penal, la acción típica, así como el alcance de figuras penales similares.

b. Analizar la normativa actual bajo la visión de la protección de los derechos humanos:

Dada la naturaleza del proyecto de tesis, la redacción de este monográfico se ha centrado en hacer una lectura desde las expectativas que cabría esperar de la visión de los derechos humanos. Pero no como simples positivados que reducen de forma utópica la democracia a su más mínima pero vital expresión, sino como manifestación de un ideal de valores universales con unos objetivos vinculados al desarrollo de la sociedad

desde el reconocimiento de la tolerancia, la igualdad y, sobretodo, la dignidad humana.

Todo el planteamiento de las percepciones iusfilosóficas, el modelo de política criminal, las causas y los discursos, la normativa específica, las propuestas de soluciones de los debates doctrinales y la comparación de las vías entre Estados es, desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos, un conjunto de valores enunciados en la DUDH. Según esta concepción, por tanto, los discursos del odio no pueden entenderse como una lesión a un único derecho, sino como un perjuicio provocado al conjunto de valores democráticos que dibujan todos juntos.

c. Analizar el debate de fondo de la limitación de la libertad de expresión, la libertad religiosa, de opinión, creencia, prensa y producción artística:

Este trabajo ha intentado no limitarse a una determinada visión de la criminalización del odio, evitando centrarse en el estudio de un único discurso. Todo lo contrario, ha pretendido ofrecer una respuesta global a los elementos comunes de las causas, otorgando un sentido amplio a la percepción de la libertad de expresión y entendiéndola como factor necesario para la limitación de diferentes libertades cuyo contenido puede tener efecto lesivo y debe ser, en consecuencia, socialmente censurado a través de los mecanismos del *ius puniendi* del Estado democrático y de Derecho.

Partiendo de una visión de que la *ratio puniendi* se basa en el abuso del ejercicio de un derecho que entra en colisión con los de otra persona, cabría esperar, ante un conflicto, su ponderación desde el respeto al conjunto de derechos como la respuesta más acorde con los valores democráticos.

d. Analizar las consecuencias de la concepción normativa actual en la práctica y la doctrina en España y desde la perspectiva del Derecho comparado:

Dado que el trabajo ha abordado tanto los debates doctrinales como la jurisprudencia y legislación de diferentes Estados, contamos con una visión más amplia acerca de la repercusión legal de las diferentes posturas, que proporciona una perspectiva muy completa de la visión global de la criminalización de los discursos del odio, más de lo que se había planteado hasta ahora.

III. Este trabajo presenta, después de un profundo estudio, un resumen del posicionamiento doctrinal existente, así como posibles preguntas que esta investigación plantea de cara a futuros estudios.

Con respecto a las distintas posturas doctrinales, se ha intentado mostrar que la cuestión de la criminalización del odio, con respecto a las causas enunciadas en la CE, viene antecedida por una importante reflexión del concepto de tolerancia, que ha evolucionado en las corrientes de pensamiento filosófico hasta nuestros días, acompañando a diversas formas de Estado y ante diferentes reclamaciones sociales con el propósito de mejorar el reconocimiento de la dignidad humana.

A pesar de la existencia de estos debates filosóficos, las modificaciones producidas no siempre han sido adecuadas, especialmente en estos momentos en los que el acceso a la información también permite, con una gran facilidad, la distorsión de la percepción social, ya que este exceso de información, no siempre correcta ni bien intencionada, lleva a una radicalización de la sociedad.

Esta manipulación permite desvirtuar los conceptos de forma más profunda, al favorecer un mayor contraste entre el propio conocimiento y la información adquirida, por lo que su sometimiento a crítica es más intenso. Por tanto, debemos ser cuidadosos ante determinadas cosmovisiones que tienden, de forma encubierta, a su imposición autoritaria atacando a otras que cuentan con aspectos positivos, aunque no se haya trabajado tanto en ellas.

Esta distorsión también tiene consecuencias en la aceptación del modelo de política criminal del Estado democrático y de Derecho, que, en un intento de resolver de forma rápida y sencilla los problemas teóricos, deja de lado los auténticos valores del

sistema para sustituirlos por otros importados y de difícil adaptación, conduciendo a la división doctrinal.

IV. La criminalización de los discursos de odio se encuentra fuertemente determinada por el sentido de la democracia a la luz de la DUDH. En caso contrario sería fácil caer en ciertos tópicos sobre lo que debería ser, desde la subjetividad ideológica, y lo que cabría esperar que fuera, desde la objetividad de la ciencia jurídica.

La democracia reconoce la pluralidad, al mismo tiempo que niega el abuso. Por ello, se puede entender que la criminalización de los discursos de odio es una medida democrática que no busca eliminar la diversidad, sino garantizar la convivencia de distintos sujetos de derechos en igualdad y tolerancia (de acuerdo con la visión de SAN AGUSTÍN), pero castigando a quien lo quiera impedir.

Esta figura no busca sólo la protección frente al discurso hablado o escrito, sino también frente a diferentes formas de manifestación y expresión que no encajan con esa visión de respeto del conjunto de derechos, pues el objetivo no es la supremacía de sujetos o derechos concretos, sino la consecución de la convivencia pacífica.

V. Todo esto es fruto de un proceso de cambio dilatado en el tiempo, por lo que no todos los objetivos se han conseguido. Si bien podemos hablar de colectivos históricos tradicionalmente vulnerables, no son más que la punta del iceberg de una cuestión mucho más profunda relativa a las causas de discriminación. Esto nos obliga a pensar en un concepto más amplio, como el de los grupos diana.

Este término nos permite corregir importantes desviaciones ideológicas de la fundamentación jurídica al evitar la creencia generalizada de que esta medida sólo incluye determinados discursos históricos. El objetivo es alcanzar toda forma de igualdad real de cualquier sujeto, de ahí la pretensión de universalidad de la DUDH y el sentido de dignidad humana.

Sin embargo, existe una tensión entre la expectativa ideológica de la ley y la posible redacción técnico-jurídica de la norma, primando con frecuencia la primera sobre la segunda.

Prueba de ello es la debacle de modificaciones quinquenales del Código Penal producida desde su aprobación en la democracia actual. Lejos de ser únicamente una opción legislativa, se trata, en muchos casos, de una auténtica contaminación ideológica que nada tiene que ver con la objetividad de la ciencia jurídica basada en modelos válidos o propuestas ajustadas a derecho que permita hablar de la coherencia del sistema legal como un elemento inherente e irrenunciable del mismo.

Por ello, además de la crispación del debate ideológico, tenemos que sumar a los defectos previos del sistema una débil oposición a la inclusión de modelos ajenos que sólo buscan soluciones parciales y desvirtúan la coherencia del ordenamiento jurídico.

Esto se manifiesta, incluso, en la existencia de sentencias y exposiciones de motivos de distintas leyes que reconocen que la intencionalidad de ciertos preceptos, lejos de ser la pretendida en origen como fruto de un consenso doctrinal, responde a la visión de los acuerdos y compromisos internacionales que nos vinculan.

VI. La introducción de estos modelos ha afectado, lógicamente, a la expresión utilizada en las normas, dejando un rastro de múltiples causas que nos permiten entender por qué se ha producido la contaminación ideológica del sistema jurídico, pero que explican muy poco acerca de cómo afrontar los verdaderos retos que se plantean.

La redacción, por tanto, presenta fallos, algunos de más envergadura que otros (por las consecuencias en la coherencia del sistema o por sus efectos en la práctica), pero la doctrina no parece ponerse de acuerdo para unificar, al menos, los aspectos más básicos y esenciales de esta figura y de aquellas con las que tendría vinculación.

De ahí que se perciba la falta de consenso acerca de aspectos fundamentales como el bien jurídico protegido, la determinación de la conducta que se considera típica, la naturaleza del delito, las cuestiones comunes para todos los tipos especiales así como su posible existencia, la distinción de otras figuras afines, los retos que plantea su interpretación o la problemática relativa a las redes sociales.

VII. Debemos reflexionar acerca de todas las dificultades previas para poder hacer una propuesta que tenga sentido y coherencia. En nuestra opinión, la

criminalización actual de los discursos de odio se basa realmente en las causas de discriminación, no en los discursos, siendo la apología la acción típica en cuanto que la justificación de la violencia o sus autores, la humillación o descrédito de las víctimas o la incitación directa a la violencia sobre el grupo diana son múltiples manifestaciones en las que subyace una negación de la condición de sujetos –de la humanidad de las víctimas– quienes, a través de la manifestación de un mensaje con ese contenido, sufren una discriminación dialéctica al no considerárseles parte de la pluralidad de la democracia, pasando a un plano de meros objetos sin voz ni derechos.

Sin embargo, esto no termina aquí, ya que hay que destacar que el sistema ha querido dar cabida a ciertos discursos, creando unos tipos especiales y sometiendo a criminalización su puesta en práctica, así como agravando las conductas cometidas por esas mismas causas de odio.

VIII. El sistema presenta algunos fallos, como, por ejemplo, el no haber contemplado desde el principio todas las causas de discriminación, cuando se pudo hacer, o el confundir las causas con los discursos, dando lugar a regulaciones especiales asimétricas. Asimismo, la redacción conlleva mucha confusión y la doctrina que mayoritariamente ha tratado el tema no ha sabido responder desde una visión global, sino modificando cuestiones específicas ante demandas y casos particulares, lo que ha impedido extrapolar satisfactoriamente los resultados alcanzados, acentuando las discrepancias.

Al final se ha convertido en un objetivo personal el intento de dar una respuesta uniforme y válida para el conjunto de conductas que permita a la doctrina alcanzar un consenso que consideramos necesario.

Si bien pueden existir opiniones diferentes acerca de si el homicidio contra los hijos en una venganza conyugal merece o no una agravación, hallamos unanimidad doctrinal acerca del bien jurídico protegido en estas conductas. Aunque se pueda debatir la naturaleza pública o privada de la lesión al honor de la autoridad, se parte de un consenso acerca de las características de estas diferencias. No obstante se puede discutir si un delito protege la vulneración de un bien jurídico personal o colectivo, se comparten los criterios para diferenciarlos. De la misma forma, puede deliberarse acerca de si el

delito debe seguir el modelo funcionalista o el no funcionalista, pero partiendo del reconocimiento del aporte de ambos sistemas.

Sin embargo, en este tema no existía siquiera un mínimo consenso más allá de la consideración prácticamente unánime de que la formulación no era acertada y que las resoluciones no eran satisfactorias. Esto ha supuesto un obstáculo importante, ya que no hemos podido sentirnos plenamente identificados con una única visión ni hemos conseguido encontrar un tratamiento con suficiente profundidad, por lo que ha sido necesario construirlo desde el principio.

IX. Si bien no podemos decir que toda la doctrina haya caído en tópicos ideológicos, es cierto que se detecta la carencia de un enfoque global que permita responder a las distintas cuestiones que se plantean; por ello, hemos tratado de mantener una postura ecléctica en los asuntos que se han considerados extrapolables a otros discursos y aplicables a las distintas causas de discriminación.

De ahí que, entre las dificultades encontradas para la elaboración de este trabajo, destaquen la falta de consenso terminológico y doctrinal, la escasez de documentación completa y de carácter general, el limitado acceso a documentación útil y la ausencia de datos de referencia.

a. Sobre el primero de los obstáculos detectados, la falta de acuerdo terminológico, ya se ha comentado la problemática que plantea.

b. Acerca de la escasez de documentación completa y de carácter general, puede observarse cómo un gran número de la información localizada se refiere a aspectos puntuales: un único discurso, una percepción particular de la acción, una perspectiva concreta del bien jurídico protegido, etc. Este trabajo ha intentado poner de manifiesto esta realidad y servir de referencia para la doctrina, de manera que, en un futuro, pueda orientarse la investigación desde unos criterios comunes, sin perjuicio de la profundización posterior en una determinada línea.

El difícil acceso a documentación útil resulta de que, en la actualidad, ni toda la información está digitalizada ni su acceso público es posible con facilidad, además, en

numerosas ocasiones, resulta complicado conocer su contenido debido a su publicación en soporte exclusivamente físico. Esto hace pensar sobre la necesidad de un fondo de archivo digitalizado por parte del Gobierno para acceder a esas obras, articulado de forma que respete los intereses de las editoriales y de los autores.

X. La falta de datos de referencia es un hecho que hemos podido contrastar, por ejemplo, al revisar las cifras de condenas del año 2016, en las que no se encuentra referencia específica a delitos de odio, o también, cuando en una conferencia, un agente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado comentaba que computan como delitos de odio ciertos supuestos aún sabiendo que son debatidos por la doctrina, lo que pone de manifiesto la realidad a la que hacía referencia GÜERRI FERNÁNDEZ.

Estas limitaciones se han intentado suplir mediante un posicionamiento independiente y el recurso a la doctrina de otros países para poder referenciar aún más las ideas propuestas.

XI. De cara al futuro de la investigación en esta materia, sería recomendable llegar a un consenso básico sobre los aspectos principales que permita, posteriormente, debatir sobre el alcance concreto y las necesidades del sistema jurídico (su efecto en la sociedad, su técnica redactora, la proporcionalidad o no de la pena, etc.).

Queremos pensar que este trabajo puede servir como guía a la doctrina a la hora de abordar nuevas formas de criminalización al advertir acerca del necesario consenso sobre los aspectos básicos.

Sería deseable que las futuras modificaciones del Código Penal, al menos en esta materia, se hagan con el acuerdo de la doctrina, con independencia de su coincidencia o no con la ideología y los intereses de la clase política, incluyendo todas las causas de discriminación, mejorando la técnica de redacción de las normas y respetando la proporcionalidad y la coherencia del sistema jurídico desde la perspectiva de los derechos humanos.

En materia de los discursos de odio, sería aconsejable que las siguientes investigaciones analizaran el derecho comparado y la transversalidad de las materias

abordadas, procurando que las respuestas otorguen coherencia al sistema y sirvan para mejorar la sociedad, en este caso, en la lucha contra la discriminación, la desigualdad y la protección de los derechos humanos como indicador del nivel de desarrollo social, de forma que se usen distintos medios –no solo la aplicación de una mejor ley penal– para construir una sociedad más igualitaria, tolerante y pacífica.

Hemos de insistir en que no es objeto del presente trabajo la defensa de una concreta corriente doctrinal o de nuestra posición apoyándola exclusivamente en aquellas ideas compartidas con ciertos autores. Esta investigación surge en un momento muy concreto y dentro de un programa que no es exclusivamente jurídico, por lo que lo no está ligada a objetivos concretos de publicación ni pretende obtener ni justificar determinados resultados, al no tratarse de un proyecto financiado.

Al no tener ningún tipo de apoyo económico, pero sí una línea ética que marca el resultado, este trabajo pretende dar respuestas desde un enfoque diferente, consistente no en resolver el problema doctrinal, sino en contribuir al debate construyendo una respuesta con utilidad social, como parte de un proyecto más amplio. Por ello, valoramos positivamente toda aportación al debate doctrinal, fijándonos no tanto en el contenido de lo que se dice, sino en su justificación; de ahí que nuestra crítica se centre en aquellas cuestiones consideradas incoherentes con las líneas propuestas.

XII. Por último, nos gustaría concluir con la siguiente reflexión general: la doctrina muestra cierta unanimidad en cuanto a que la nueva legislación para la criminalización de los discursos del odio rompe con nuestro sistema jurídico, provocando un retroceso en derechos que confirma un desinterés social por dicha pérdida o limitación de los derechos fundamentales y humanos. No estamos ante un avance social, sino frente a un retroceso democrático que, más allá del hecho de convocar elecciones, no ha conseguido transmitir ni educar en valores, como en la supremacía de todos los derechos humanos y la convivencia pacífica de diferentes ideologías en un debate público en igualdad.

La limitación del ejercicio de la libertad de expresión en sentido amplio no está deslegitimada *per se*, como tampoco la discriminación, en ocasiones, de los grupos diana, como puede ocurrir con los menores. El problema surge cuando se detecta una falta

de coherencia en el planteamiento y de base común sobre la que debatir y eso, como ya se ha señalado, se pone de manifiesto tanto en la falta de acuerdo sobre qué es lo que se quiere castigar penalmente como en la falta de consideración, en muchos casos, de otras alternativas legales prioritarias a la vía penal, como si el recurso a esta rama del Derecho pudiera suplir la falta de medios en educación, que son los que más pueden reducir la criminalidad tanto antes de que se produzca como una vez cometida, evitando la reincidencia de los casos más graves.

Lamentablemente es fácil percatarse de que ni en los medios ni en los ámbitos políticos interesa que se conozca toda la realidad. Se prima todo lo relacionado con el alarmismo y excepcionalidad, como si fuera lo normal y la vía penal la única solución, sin asumir que el recurso a este instrumento no siempre proporciona un resultado previsible en su totalidad ni que las mayores quejas no recaen sobre Ley Penitenciaria (que es la que, por ejemplo, regula los permisos y genera la sensación de levedad del sistema) y no sobre la Ley Penal en sí.

Por eso, la doctrina no puede dejar de reflexionar sobre los aspectos aquí mencionados, ya que siempre es posible seguir mejorando en este proceso tan importante de conquista de la paz y de los ODS de la Agenda 2030.

Tesis depositada en Universidad Loyola Andalucía
Sevilla, 2021

Universidad
LOYOLA