

manteniendo en los próximos años sobre este tema. Por más que pueda resultar inquietante, especialmente para los académicos, todo apunta a que el papel de los delatores en la praxis procesal del futuro será cada vez más relevante y conviene que la ciencia penal esté dotada con recursos tan solventes como la presente obra para hacer frente con bases teóricas firmes a esta imparable tendencia, tratando de acoger sus aspectos positivos y de poner freno a todos aquellos elementos que invitan a la preocupación.

Recensión a Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018 (180 págs.)

Iñigo Gordon Benito

Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

Qué duda cabe que los delitos de odio o «*hate crimes*» reflejan el fenómeno más amplio y omnicomprendido para cualquier suerte de incursión jurídico-penal en la materia aquí a examen: el discurso de odio o «*hate speech*». Ello no obsta para que, acertadamente y con carácter previo a esbozar los primeros rastros reconocibles de legalidad, la Catedrática de Derecho Penal en la Universidad de Castilla-La Mancha, Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ, introduzca al lector a la noción previa, superpuesta y asociada de incidentes de odio o «*hate incidents*». Es decir, distinguir la fase de reconocer una infracción penal aparente (p. ej. incidente de odio conocido y registrado en dependencias policiales) del filtrado posterior centrado en la naturaleza jurídica *stricto sensu* (p. ej. delito de odio según escrito de acusación formulado por la fiscalía).

En este *Capítulo I* (pp. 9-19), la honda permeabilidad social que instituciones como la Fiscalía vislumbran en España sobre este particular llevan a la autora a plasmar una breve radiografía de las políticas públicas, iniciativas institucionales y demás medidas adoptadas durante estos últimos diez años en nuestro país. Esta década marca el despertar de un interés notable por los delitos de odio, dando comienzo el 1 de enero de 2009 con la puesta en funcionamiento del primer servicio especializado de la Fiscalía de Barcelona. El repunte del interés también vendría avalado por cifras que se desglosan al detalle, estén recogidas en la Memoria de la Fiscalía General del Estado o en los informes estadísticos anuales que publica el Ministerio del Interior desde el año 2014. Sin duda, este capítulo logra que el estudio entero gane en sentido y relevancia. No obstante, respecto a los datos recabados por el Ministerio del Interior, sorprenden quizás las notas de “solidez”, “precisión” y “fiabilidad” que traslada la autora (p. 10). De hecho, el informe relativo al año 2016 reflejaba un total de 1.272 incidentes de odio, mientras que la ONG Movimiento contra la Intolerancia situaba la cifra estimada en unos 4.000. Igualmente, salvando las distancias, ese mismo año en Reino Unido los registros policiales reportaban un total de 80.763 incidentes. Incluso la propia autora menciona la alta tasa de hechos no denunciados como causa que, justo es decirlo, deriva en gran medida de otros factores macrosociales. Cabría también preguntarse por los hechos efectivamente denunciados pero ante otras autoridades extra policiales (p. ej. oficina del Ministerio Fiscal o Juzgado de Instrucción). En general, la autora describe una buena dirección de trabajo y concienciación que llega hasta nuestros días con las

últimas (y más importantes) reformas penales y procesales de 2015. Y lo cierto es que, aunque quede un largo camino por delante, concuerdo con la autora en que los avances también se pueden medir desde las bondades de lo objetivamente conseguido en un lapso tan breve de tiempo.

El *Capítulo II* (pp. 21-30) ofrece al lector una visión “abstracta” del conjunto de organismos y cuerpos normativos supranacionales de ámbito universal, regional europeo y de la Unión Europea contra el odio y la discriminación. Y se trata de una visión abstracta porque no se realizan distinciones entre legislación sobre delitos de odio (escasa) y legislación propiamente antidiscriminatoria (casi inabarcable). Este planteamiento unitario, aunque cuestionable, es frecuentemente empleado en la literatura especializada. Pero la autora es plenamente consciente de lo anterior, y posterga para el siguiente capítulo entrar al detalle tras haber realizado las consideraciones terminológicas pertinentes sobre delito de odio, delito de discriminación y discurso de odio. Perfectamente podría hablarse de una exposición escalonada en dos tiempos: una general (*Cap. II*) y otra concreta (*Cap. III*). Por otro lado, si bien el *Cap. II* marca un punto de partida diferente respecto al *Cap. I*, las páginas que desarrollan los hitos legislativos en la materia tienen una misma finalidad, la de servir de puente hacia la legislación penal española. En concreto, la importante Decisión Marco 2008/913/JAI de la UE se destaca al final del *Cap. II* como uno de los pilares que han sostenido la reforma del Código Penal de 2015 en este ámbito.

En el *Capítulo III* (pp. 31-88), como se ha adelantado, se recoge cómo la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) entiende que las legislaciones sobre delitos de odio y las antidiscriminatorias no son modelos intercambiables, principalmente porque parten de lógicas diferentes. En casos estandarizados de discriminación no cabe hablar de infracción penal, que es el elemento común mínimo que subyace a todo delito de odio. Así, la autora expone el concepto, los efectos singulares y las complejidades asociadas al término de delito de odio mientras enriquece la explicación haciendo remisiones continuas a propuestas que nacen dentro del ámbito regional europeo. Esto no es casual, ya que se prescinde primero de los instrumentos de ámbito universal por estar todos y sin excepción orientados a la tutela antidiscriminatoria. Como aspecto sujeto a debate destaco que la tesis del modelo motivacional de autor («*racial animus model*»), existiendo materialización externa del prejuicio (esto es, siendo acorde con un Derecho penal del hecho), no es el modelo que priorice la OSCE, sino más bien el modelo de la selección discriminatoria («*discriminatory selection model*»). Es suficiente con probar que la víctima fue intencionadamente seleccionada por razón de alguna característica protegida (no la causa subjetiva), para quedar determinada la existencia del motivo prejuicioso. Igualmente, considero la Decisión Marco 2008/913/JAI de la UE una mención ineludible, puesto que se trata de la iniciativa de derecho comunitario derivado más próxima a una genuina legislación sobre delitos de odio. Por lo demás, la autora parte del art. 14 de la Constitución española y de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (TC) a partir de los ochenta como primeros referentes para el modelo de intervención punitiva antidiscriminatoria en nuestro país. Sin embargo, si entendemos como gérmenes del Derecho Penal antidiscriminatorio la Ley 23/1976, de 19 de julio, de reforma del Código Penal (art. 172.4 CP/1973), o incluso la más discutible Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código Penal que introduce el delito de

genocidio, más que robustecer el todavía inexistente mandato constitucional de igualdad y no discriminación lo que se pretendía era seguir la senda marcada por Naciones Unidas y tipificar *ad cautelam*.

Seguidamente, la autora presenta el concepto de discurso de odio. Tras explorar todas las técnicas definitorias que se han sucedido con mayor o menor fortuna, la tesis que defiende es que esta modalidad de los delitos de odio debe ser sancionada penalmente sólo cuando revista publicidad y gravedad suficiente, valorando que el discurso tenga la finalidad o pueda tener el *efecto* de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación (p. 44). A mi juicio, aquí reside una de tantas cuestiones clave, puesto que, si en los delitos de odio el prejuicio es a menudo estudiado desde lo motivacional, en el discurso de odio se pone el énfasis en el resultado buscado o esperado “de odio”. Cuestión distinta es que la autora asuma de plano (p. 41) que el TC en la Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, adopta el concepto de discurso de odio tal y como fuera acuñado por la Recomendación (97) 20, de 30 de octubre de 1997 y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Ergogdu and Ince c. Turquía*. Entiendo que no es así, entre otras razones porque el TC nombra el carácter “directo” de la incitación (FJ Quinto), mientras que ni la Recomendación ni el TEDH lo mencionaban. Ahora bien, no es menos cierto que el TC acabaría por desatender esta contención autoimpuesta en la definición –equívocamente importada– para ampliar y matizar que caben discursos de odio merecedores de reproche penal sin que exista una incitación evidente. Más adelante, la autora trazará una explicación muy detallada del conflicto de prevalencia entre el discurso de odio y la libertad de expresión bajo el telón de fondo de las distintas derivas político-criminales a ambos lados del Atlántico. El apartado se cierra con un análisis en cascada de las respuestas a las distintas constelaciones de discursos de odio que han realizado tanto el TEDH (desde *Ergogdu and Ince c. Turquía*, de 8 de julio de 1999, hasta *Balázs c. Hungría*, de 20 de octubre de 2015) como el TC (desde la STC 214/1991, de 11 de noviembre, hasta la STC 86/2017, de 4 de julio) y de forma más dubitativa el Tribunal Supremo (desde la STS 224/2010, de 3 de marzo, hasta la STS 706/2017, de 27 de octubre).

Respecto al catálogo de delitos de odio y discriminación que presenta la autora (pp. 77-80), únicamente sugiero la posible incorporación del art. 197.5 CP relativo al descubrimiento y revelación de secretos con afectación a datos personales especialmente sensibles. Ahora bien, sólo si el dato extraído y revelado crea el peligro de que el sujeto pasivo sufra algún tipo de discriminación por dicha causa. El *Cap. III* finaliza con la agravante 22.4 CP, explicando los pormenores de su introducción legislativa en España y las debilidades de redacción e interpretación que han originado una jurisprudencia titubeante. En general, haciéndose eco de la Memoria del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona del año 2015, la autora parece inclinarse por una propuesta de *lege ferenda*, tanto para la ampliación de los motivos discriminatorios del art. 22.4 CP como para incluir una fórmula *in fine* que abarque los supuestos de discriminación por asociación y asociación por error (pp. 85-88). Al menos para lo segundo, entiendo, existen soluciones correctoras de *lege lata* que pasan por no hacer una lectura de la agravante en clave de mayor injusto subjetivo del hecho (añadir al injusto del delito base la negación del principio de igualdad) o que, en definitiva, nos haga movernos en

sede de la culpabilidad (mayor culpabilidad por lo reprochable de los móviles de autor). Bastaría con hacer «más objetiva» la conducta. Esto es, entrever su peligrosidad por el simple hecho de la selección consciente (contextual y situacional) de la víctima, sabedor el autor del impacto que genera su actuar para el colectivo representado por ella. En suma, considerar un mayor injusto objetivo con motivo de un mayor desvalor de resultado que afecte –de forma mediata– a toda una colectividad. Así, ambos tipos de errores apuntados por la autora quedarían salvaguardados con la agravante.

Ya en el *Capítulo IV* (pp. 89-174) la autora vuelca sus esfuerzos en diseccionar por completo el art. 510 CP, precepto que comúnmente tiende a monopolizar la categoría del discurso de odio en España. Sin embargo, el discurso de odio no se caracteriza por su hermetismo, por lo que su tratamiento puede valorarse a través de agravaciones de delitos comunes («*penalty enhancement model*»: p. ej. un delito de injurias agravado por el art. 22.4 CP) y no sólo en forma de incitación que constituya una infracción penal “de odio” autónomamente considerada («*substantive offence model*»). Esta es una línea doctrinal incipiente en nuestro país. En cualquier caso, la autora tiene como objetivo analizar única y exclusivamente el discurso de odio captado a través del art. 510 CP (y del antiguo art. 607.2 CP, integrado actualmente en el mismo), evitando así ensanchar en demasía un campo de estudio que se presta a ello. Antes del análisis típico del art. 510 CP, la autora recopila los antecedentes del precepto y las sonoras críticas que cosechó, con el resultado añadido de una exigua aplicación por parte de los tribunales. La reforma por LO 1/2015, como perfectamente desglosa, ahonda en la crisis con una reformulación típica que no pareció convencer a nadie salvo a la Fiscalía General del Estado, cuya propuesta incluida en la Memoria de 2012 apuntaba en esa dirección.

En cuanto al bien jurídico protegido, dentro de un campo doctrinal minado, la tesis que secunda la autora es la que se centra en la protección individual antidiscriminatoria; en concreto, en el derecho a no ser discriminado (y, además, en la dignidad de la persona en el caso del apartado segundo del art. 510 CP). Posteriormente se examina de forma exhaustiva cada elemento de los tipos penales que integran el artículo 510 CP, citando numerosas referencias doctrinales o jurisprudenciales que aportan claridad expositiva. Un análisis en profundidad supera con mucho los límites fijados para la elaboración de estas líneas, si bien la idea general que nos traslada la autora es que el legislador español se ha extralimitado notablemente según lo mandado por la Decisión Marco 2008/913/JAI de la UE, sea por exceso en algunos casos o por defecto en otros.

Estamos ante una obra monográfica completa, ambiciosa y estructurada con destreza, en la medida que arrastra al interesado lector desde lo más general (incidentes de odio) hasta lo más específico (discurso de odio punible vía art. 510 CP). Posicionamientos doctrinales aparte, con los que se puede estar más o menos identificado, se traslada un estado de la cuestión de actualidad que intenta esclarecer el galimatías en el que se han convertido de un tiempo a esta parte las distintas caras que ofrecen los delitos de odio.

ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

Resenciones

Recensión a Eva Carracedo Carrasco, *Pena e indulto: una aproximación holística*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018 (596 págs.), por Mariona Llobet Anglí.

Recensión a Recensión a Jorge Correcher Mira, Principio de legalidad penal: ley formal vs. Law in action, Tirant lo Blanch/Univ. de Valencia, Valencia, 2018 (649 págs.), por Javier Cigüela Sola.

Recensión a Günther Jakobs, *Nötigung. Darstellung der gemeinsamen Wurzel aller Delikte gegen die Person*, Ferdinand Schöningh, Paderborn, 2015 (57 págs.), por Juan Pablo Mañalich R.

Recensión a Juan Carlos Ortiz Pradillo, *Los delatores en el proceso penal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018 (409 págs.), por Ramon Ragués i Vallès.

Recensión a Rosario De Vicente Martínez, *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018 (180 págs.), por Iñigo Gordon Benito.

Réplica

Réplica a la Recensión de Tomás Fernández Fiks a *Inculpación y castigo. Ensayos sobre la filosofía del derecho penal*, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2017 (*InDret* 3/2018), por Gustavo A. Beade.