

## **El racismo en el entorno del delito de odio del art. 510.2 CP**

Por Vicente Magro Servet

Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

Doctor en Derecho

### ÍNDICE

[El racismo en el entorno del delito de odio del art. 510.2 CP](#)

[I. Introducción](#)

[II. La respuesta del delito de odio a los fenómenos de racismo](#)

[III. La indemnización por daños morales causados en casos de racismo y delito de odio](#)

Normativa comentada

*Constitución Española de 27 Dic. 1978*

#### TÍTULO PRELIMINAR

Artículo 1

Artículo 9

#### TÍTULO PRIMERO. De los Derechos y Deberes Fundamentales

Artículo 10

#### CAPÍTULO II. DERECHOS Y LIBERTADES

##### SECCIÓN 1.ª. De los derechos fundamentales y de las libertades públicas

Artículo 16

Artículo 18

Artículo 20

*Convenio 21 Dic. 1965 (eliminación de todas las formas de discriminación racial)*

*Pacto Internacional 19 Dic. 1966 (Derechos Civiles y Políticos)*

*Decisión Marco 2008/913 JAI del Consejo de 28 Nov. (lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal)*

*LO 10/2022 de 6 Sep. (garantía integral de la libertad sexual)*

*LO 10/1995 de 23 Nov. (Código Penal)*

LIBRO PRIMERO. Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal

TÍTULO V. De la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales.

#### CAPÍTULO PRIMERO. De la responsabilidad civil y su extensión

Artículo 109

Artículo 110

Artículo 113

LIBRO II. Delitos y sus penas

TÍTULO XXI. Delitos contra la Constitución

CAPÍTULO IV. De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas

SECCIÓN 1.ª. De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución

Artículo 510

*RD 14 Sep. 1882 (Ley de Enjuiciamiento Criminal)*

LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO II. De la competencia de los Jueces y Tribunales en lo criminal

CAPÍTULO PRIMERO. DE LAS REGLAS POR DONDE SE DETERMINA LA COMPETENCIA

Artículo 13

Jurisprudencia comentada

*TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 330/2023, 10 May. 2023 (Rec. 3629/2021)*

*TS, Sala Segunda, de lo Penal, S 437/2022, 4 May. 2022 ( 2658/2020)*

Comentarios

Resumen

Análisis de las situaciones de racismo que se están dando en la sociedad dentro del contexto del delito de odio, y bajo la respuesta del derecho penal, ante comportamientos que se producen en el marco de la situación de la intolerancia hacia el «diferente» y sobre la que se mueven muchas personas.

Se pone de manifiesto la necesidad de afrontar, de una vez por todas, un problema que, lejos de detenerse, ha ido en constante crecimiento y progresión ofensiva conforme se incrementa la situación de intolerancia en la que vive sumida un importante sector de la sociedad.

- Comentario al documento *Analiza el autor los reiterados hechos que se están produciendo en la sociedad en manifestaciones y expresiones de contenido racista y el amparo o cobertura típica que pueden encontrar estos hechos o manifestaciones en el terreno del derecho penal al abrigo del delito de odio del art. 510.2 CP. Analiza el autor el devenir de los actos de racismo y discriminación al diferente, así como la evolución que han seguido las declaraciones internacionales en el ámbito de la protección de las víctimas ante actos de racismo, siendo el entorno de los espectáculos deportivos donde se están realizando más las conductas de racismo y de odio al diferente por razón de su raza y color de piel. Se analiza por el autor el contenido de la vía del art. 510.2 CP para condenar actos de racismo, así como las posibles responsabilidades civiles que como daño moral se pueda causar a la víctima de un delito de odio por medio de expresiones o manifestaciones de racismo.*

## **I. Introducción**

El racismo es la prueba más evidente del nivel de intolerancia y discriminación que existe en la sociedad. Es un problema que data de muchos años atrás y sobre el que los dirigentes intentan adoptar medidas para combatirlo, pero sin resultados eficaces ante un crecimiento exponencial de los niveles de intolerancia existentes en el mundo. Y el problema real que subyace a todo esto es que ante el crecimiento de la intolerancia hacia lo «diferente» y al «diferente» que exista en una cifra cada vez más creciente en la sociedad, el racismo se erige en una manifestación más de la intolerancia generalizada en la que viven muchas personas que, luego, son las primeras en reclamar mayores niveles de derechos para ellos, o que la sociedad no les trata como ellos creen que se merecen.

A fin de cuentas, el nivel de intolerancia en el que viven muchos ciudadanos es la piedra angular de las expresiones de odio que se ven diariamente en todos los sectores y situaciones de nuestra realidad diaria, y se convierte en una especie de *Déjà vu*, como si de un constante retorno al pasado se tratara en una reiteración de actos de racismo que muchas personas ponen en práctica todos los días en sus relaciones con los demás. De esta manera, estamos comprobando expresiones de racismo, que no son más que delitos de odio que se manifiestan de muy distintas maneras mediante el desprecio hacia otras personas, sobre todo por razón de su color de piel, de su raza, de sus creencias religiosas, o, incluso, por sus creencias políticas. La cuestión es que estas personas que luego se manifiestan a sí mismas como liberales llevan a cabo expresiones reiteradas de su odio al «diferente» y hasta con argumentos sobre los que intentan «construir» las razones de lo que ellos llaman «diferencias», que les hace hasta justificar las razones por las que se manifiestan pública y privadamente contra quienes no son como ellos. Y, precisamente, para ampararse en una pretendida legitimidad, incluso, de que lo que hacen no es odio, sino que la culpa en todo caso es del «diferente» precisamente por serlo.

*Al fin y al cabo, el fenómeno de la «exclusión» es el argumento soterrado en el que navegan los intolerantes que odian, ya que su pretensión real es esta*

El problema de todo esto, y la razón por la que existe más racismo, es porque en términos globales el sentimiento de odio hacia los demás que no son como él querría que fueran se ha extendido en una gran parte de la sociedad, asentado en la pérdida absoluta de los valores del respeto, la igualdad y la educación, en tanto en cuanto que, perdidos estos en su totalidad por una parte de la sociedad muy numerosa, los que ejercen el racismo y el odio vulneran estos tres valores y lo hacen en todas las manifestaciones de su vida, odiando al diferente, sobre todo, por su raza, o por el color de su piel, incluso reclamando de que no tienen derecho a vivir donde él vive, y con una pretensión hasta excluyente territorialmente, postulando hasta la exclusión de su territorio. Y es que, al fin y al cabo, el fenómeno de la «exclusión» es el argumento soterrado en el que navegan los intolerantes que odian, ya que su pretensión real es esta, la de excluir territorialmente a los que ellos consideran diferentes, al punto de que preferirían que no residieran donde ellos lo hacen y no quieren verlos en los lugares que frecuentan habitualmente.

La «exclusión» se nos presenta, así, como el fenómeno de mayor expresión del odio, y en el que la figura del racismo está emergiendo como una de las manifestaciones más extendidas del delito de odio. Pero la exclusión no es solo por razón de raza, o color de piel, sino que hay exclusión social también basada en odiar a quien no pertenece al mismo colectivo que el odiador, por formar parte de un grupo profesional al que odia aquél, por razón de su nacionalidad concreta, por su ideología, etc. Por ello, la finalidad del fenómeno del racismo y del odio es la de la «exclusión», y estamos presenciando preocupantes escenas de expresión de este sentimiento en lugares públicos donde muchas personas, —aquí está la gravedad de la extensión del fenómeno— manifiestan públicamente, y sin vergüenza, expresiones de racismo y odio al diferente amparados también en la propia multitud que se «alimenta» de la colectividad para realizar expresiones de racismo desde todo punto intolerables. Y ello, por tener en el odio la razón fundamental de las expresiones que se están llevando a cabo y que demuestran que el racismo y todas las manifestaciones del odio siguen latentes en una sociedad donde crece cada día más la pérdida del respeto hacia los demás, la igualdad entre todos y que nos dirige a una sociedad del Siglo XXI que parece más de un siglo donde la esclavitud estaba hasta bien vista por todos.

El racismo es un sentimiento de pertenencia a una grupo (entendido como raza) que se considera superior y que tiene, como consecuencia, la persecución o discriminación de otras personas que pertenecen a grupos diferentes según recuerda ACNUR. Y, además, se incide en que la discriminación.

Cuando se discrimina a alguien, se lo separa del grupo y es muy susceptible de recibir ataques como consecuencia de un prejuicio.

Y lo curioso de este fenómeno es la gran cantidad de congresos y recomendaciones que se llevan haciendo desde muchas organizaciones para tratar de combatir el racismo, pese a lo cual nada ha mejorado, e, incluso, sigue empeorando a pasos agigantados como se comprueba con los acontecimientos que, día tras día, se siguen presenciando en muchos escenarios colectivos, que es donde se manifiesta con mayor fuerza el racismo ante el posible amparo de la multitud que parece cubrir, amparar o proteger a quienes hacen manifestaciones o expresiones de racismo.

Hay que recordar que, señala Naciones Unidas que hace veinte años, líderes de todo el mundo se reunieron en Durban (Sudáfrica) para abordar los efectos perniciosos del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas de intolerancia. La Conferencia Mundial contra el Racismo, como se conocía, llevó a la adopción de la Declaración y Programa de Acción de Durban (DDPA) — un documento amplio y visionario que encarna el compromiso mundial de hacer frente a la lacra del racismo en todas sus formas y manifestaciones.

Y como esta reunión se han sucedido muchísimas bajo la pretensión de dar un giro a la situación, pero las pruebas de las conductas de muchos individuos evidencian que el problema no cesa, y que no se trata tanto de combatir el racismo tan solo, sino de combatir las situaciones de intolerancia que existen en muchos individuos y la cultura de la falta de respeto y ausencia de educación que expresan y profesan en su quehacer diario.

Naciones Unidas incide e insiste en que se han ocupado de esta cuestión desde su fundación, y la prohibición de la discriminación racial está consagrada en todos los instrumentos internacionales fundamentales de derechos humanos. Y apunta que cuando los Estados ratifican estos instrumentos, aceptan obligaciones como la de erradicar la discriminación en las esferas pública y privada. Los Estados también acuerdan adoptar medidas especiales para eliminar las condiciones que causan o ayudan a perpetuar la discriminación racial.

Pero la cuestión es: ¿Se ha conseguido? La respuesta es evidente ante los sucesos que estamos presenciando en todo el mundo y, sobre todo en España podemos asegurarse que no solo no se ha conseguido, sino que el racismo está creciendo y es una de las manifestaciones más extendidas del delito de odio en la sociedad.

Michelle Bachelet, Alta comisionada de las Naciones Unidas para los derechos humanos, señalaba en febrero de 2021 que Acabar con el racismo y todas las formas de discriminación relacionadas es vital. Y

ayudará a construir un mundo mejor para todos nosotros. Y recuerda que la lucha contra el racismo está en el centro del trabajo de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. El ACNUDH es directamente responsable de:

- a.-** Hacer un balance y un seguimiento de los avances en materia de responsabilidad y reparación del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia
- b.-** Coordinar el programa de actividades del Decenio Internacional de los Afrodescendientes 2015-2024
- c.-** Realización de investigaciones temáticas y promoción para abordar el racismo y la discriminación racial
- d.-** Apoyo a los mecanismos de lucha contra el racismo de la ONU
- e.-** Apoyar la capacidad de las autoridades nacionales y otras partes interesadas para prevenir y combatir el racismo y la discriminación racial

Se ha llevado a cabo la convocatoria de contribuciones para la preparación del informe 2023 del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la implementación del programa de actividades del Decenio Internacional de los Afrodescendientes, se presentó el informe del Alto Comisionado sobre la resolución 43/1 del Consejo de Derechos Humanos que incluye la agenda hacia un cambio transformador para la justicia y la igualdad racial es un trabajo fundamental. Destaca el camino a seguir para revertir las culturas de negación, dismantelar el racismo sistémico y acelerar el ritmo de la acción.

*Las manifestaciones de odio y racismo se manifiestan cada día y a cada hora en todos los puntos del planeta, incluido el nuestro*

Resulta importante el Informe 2020 del Secretario General de la ONU donde se hace un llamamiento mundial para que se adopten medidas concretas para la eliminación total del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, así como para la aplicación y el seguimiento generales de la Declaración y el Programa de Acción de Durban. Pero, sin embargo, las manifestaciones de odio y racismo se manifiestan cada día y a cada hora en todos los puntos del planeta, incluido el nuestro, y con manifestaciones de racismo expresivas del claro odio al «diferente» por razón de raza y del color de su piel que existe en muchas personas.

Se intenta combatir el racismo, pero lo que está claro es que no se ha conseguido. Pero, sobre todo, porque el trabajo no está solo en cambiar la mentalidad de los ciudadanos y que desaparezcan las expresiones de racismo, sino que el problema es mucho mayor y viene de raíz, porque mientras no se

adopten medidas para combatir la falta de respeto a los demás, la desigualdad y la violencia verbal que existe en la sociedad por muchos informes y estudios que se lleven a cabo el problema seguirá latente y sin resolver.

Pues bien, la clave de todo lo que estamos tratando está en el reproche penal que merecen los actos de contenido racista en el marco del odio hacia la víctima que para el autor es diferente en su raza y color de piel, y es por ello por lo que le agrede con insultos, menosprecio y expresiones cargadas de odio que reflejan la discriminación que no debe llevar consigo solo una mera sanción administrativa, sino que tiene un reflejo en el derecho penal que debe actuar ante comportamientos de racismo que lleven consigo una expresividad de ese odio al diferente por razones de raza y color de piel. Es el odio en su más clara expresión con un objetivo y esencia de racismo. Pero, sobre todo, porque no se trata, como más tarde explicamos, que deba analizarse si se aplica en estos casos el principio de intervención mínima del derecho penal, ya que adelantamos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que si el hecho es típico en base al principio de legalidad, y atendiendo a la gravedad del hecho derivar el mismo a la vía penal.

Veamos, pues, las manifestaciones que en este contexto abogan por la respuesta del derecho penal a estas conductas.

ESTEBAN IBARRA (1) señala a tal efecto que «Son las conductas discriminatorias lo que hay que combatir y se debe proteger universalmente a la víctima de delito de odio porque es el agresor y su intolerancia la causa del problema y no la víctima por su condición humana.»

También recuerda MARTÍNEZ MUÑOZ (2) la repercusión penal de expresiones de contenido racista señalando que: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos elaboró el denominado "discurso de odio", como medio de justificación a las penas que se impone a la incitación al odio, y que se recoge en la Recomendación número (97) 20, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

...La Decisión Marco 2008/913/JAI, de 28 de noviembre (LA LEY 18047/2008), relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Ya en los considerandos recoge afirmaciones como las siguientes: "El racismo y la xenofobia son violaciones directas de los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, así como del Estado de Derecho [...]", "El racismo y la xenofobia constituyen una amenaza contra los grupos de personas que son objeto de dicho comportamiento [...]"o "Los Estados miembros convienen en que la lucha contra el racismo y la xenofobia requiere varios tipos de medidas en un marco global y puede no estar limitada a cuestiones penales [...]". Se trata por tanto, de un texto nacido en el seno de la Unión Europea, con los valores y principios que rigen la misma, y que conviene

velar por la libertad, el respeto o los derechos de ciertos grupos vulnerables por sus características, desde un punto de vista institucional, obligando a través de sus normas a los Estados firmantes a cumplir con estos objetivos, promoviéndolos además, y otorgándoles autonomía para tal. Se dispone que los Estados puedan penalizar las actitudes descritas en el primer apartado, siempre y cuando las conductas discriminatorias sean "amenazadoras, abusivas o insultantes".»

Y es que la gravedad de los actos de racismo en el contexto de los delitos de odio la refleja este autor cuando añade que «Los delitos de odio por racismo o xenofobia suponen el 37% del total de este tipo registrado en España, conformándose como el grupo más importante en cuanto a número, junto con los cometidos por orientación o identidad sexual; merecedores por tanto, de la mayor atención policial y jurídica.»

El problema es que la cifra va a más, porque cada vez son mayores los actos ilícitos de racismo y su reflejo en los medios de comunicación, suponiendo una plasmación de que no solo no se está avanzando en la protección de las víctimas de racismo, sino que, además, los actos y manifestaciones de racismo son cada vez más graves y con un contenido de mayor odio y con mayor extensión cuantitativa respecto a las personas que se expresan con actos de racismo y el agravamiento de su extensión cuanto estos actos se reproducen en espectáculos públicos, por ejemplo, los deportivos, donde en lugar de condenar este tipo de hechos de racismo se alientan y justifican, haciendo más grave el fenómeno y causando más daño a las víctimas de racismo, que es donde está la gravedad de este hecho, porque las víctimas de actos de racismo no entienden cómo es posible que en este siglo y a estas alturas, con todo el pasado que hemos vivido en la humanidad de racismo y esclavitud todavía tengamos que ver, y tengan que sufrir las víctimas, actos de racismo sin que se haga nada para combatirlo y presenciando la víctima con impotencia cómo estos actos se repiten con frecuencia en un contexto donde parece que no existan respuestas contundentes ante quien desprecia al diferente con conducta racista.

Por otro lado, con respecto a la imposibilidad encontrar cobertura en estas manifestaciones de racismo en la libertad de expresión apunta MIGUEL ANGEL AGUILAR (3) que: «Ese discurso generador de odio y discriminación no puede tener amparo ni cobertura con los derechos constitucionales de libertad de expresión y libertad ideológica o de conciencia de los arts. 16 (LA LEY 2500/1978) y 20 CE (LA LEY 2500/1978) En este sentido cabe señalar:

- a)** Que el propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (LA LEY 129/1966) (LA LEY 129/1966), tras regular en su art. 19 la libertad de expresión como piedra angular de un sistema democrático y de un estado de derecho, prohíbe en su art. 20 la incitación al odio, la hostilidad o la violencia por motivos discriminatorios.



**b)** Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional ya dejó sentado desde la sentencia 214/1991 (caso Violeta Friedmann) o la sentencia 176/1995 (caso Makoki) que "ni la libertad ideológica (art. 16 CE (LA LEY 2500/1978)) ni la libertad de expresión (art. 20.1 CE (LA LEY 2500/1978)) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, tal como dispone el art. 20.4, no existen derechos ilimitados, y ello es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 CE (LA LEY 2500/1978)), que han de respetar tanto los poderes públicos como los propios ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9 (LA LEY 2500/1978) y 10 CE. (LA LEY 2500/1978) La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 CE (LA LEY 2500/1978)), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias.

El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean. Por ello, las expresiones y aseveraciones proferidas por el demandado también desconocen la efectiva vigencia de los valores superiores del ordenamiento, en concreto la del valor de igualdad consagrado en el art. 1.1 CE (LA LEY 2500/1978), en relación con el art. 14 de la misma, por lo que no pueden considerarse como constitucionalmente legítimas.

En este sentido, y aun cuando, tal y como se ha reiterado, el requisito constitucional de la veracidad objetiva no opera como límite en el ámbito de las libertades ideológica y de expresión, tales derechos no garantizan, en todo caso, el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE (LA LEY 2500/1978)) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE (LA LEY 2500/1978)).

Así pues, de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar

sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social.

**c)** El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia 16/07/2009 recuerda que es de crucial importancia que los políticos, en sus discursos públicos, eviten difundir palabras susceptibles de fomentar la intolerancia [Sentencia Erbakan contra Turquía (PROV 2006, 204512), núm. 59405/2000, 6 de julio de 2006, ap. 64). Estima que los políticos deberían ser particularmente escrupulosos, en términos de defensa de la democracia y de sus principios, puesto que su objetivo último es la propia toma del poder, y añade que "la incitación a la exclusión de los extranjeros constituye una lesión fundamental de los derechos de las personas y debería justificar, en consecuencia, la precaución especial de todos, incluidos los políticos".»

Destaca, también, en esta misma línea MARTÍNEZ ROS (4) que el art. 510 CP (LA LEY 3996/1995) objeto de nuestro análisis en referencia a actos y expresiones de racismo: «Este artículo constituye uno de los más destacados instrumentos de la política criminal con los que cuenta el sistema penal español, en la lucha contra el racismo, la xenofobia y toda suerte de discriminación. Ello no debe verse en absoluto como algo casual, sino que es consecuencia de los compromisos internacionales asumidos por España en la lucha contra el racismo y la xenofobia, consolidados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (LA LEY 67/1965) [Resolución 2106 A (XX), de 21.12.1965] y el Consejo de la Unión Europea (Decisión Marco relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal —Resolución 2008/913/JAI, Bruselas 28.11.2008—).»

## **II.** *La respuesta del delito de odio a los fenómenos de racismo*

La trascendencia y gravedad de las expresiones públicas de racismo contra personas concretas por razón de su raza o el color de su piel tienen perfecto encaje en el delito de odio del art. 510.2 CP (LA LEY 3996/1995) que sanciona a *a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas,...*

La penalidad por este tipo de hechos es de pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses, pero en el último párrafo del apartado 2º se introduce una agravación en la pena al fijar que *Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce*

*meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.*

Y esta es una situación que se está produciendo con frecuencia cuando en espectáculos públicos se profieren expresiones racistas y de esta manera se crea un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación, lo que es perfectamente asumible, ya que ante las manifestaciones de racismo efectuadas en entornos públicos se alienta a la reiteración de expresiones de más personas que pueden crear el caldo de cultivo para que estas se extiendan a más personas que se dirijan a la víctima en los mismos o semejantes términos al alentar el racismo sobre la víctima o víctimas.

Además, el texto penal recoge otras agravaciones punitivas en los siguientes casos:

*a.- Difusión de expresiones racistas por medios de comunicación o internet.*

Se recoge en el apartado 3º que:

*3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.*

*b. Idoneidad de que los hechos de racismo puedan alterar la paz pública.*

Se recoge en el apartado 4º que:

*4. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.*

*c. Imposición de pena de inhabilitación especial al autor.*

Se añade en el apartado 5º una pena de inhabilitación especialmente dirigida a evitar que el autor del delito de odio pueda desempeñar actividades en las que pueda reiterar las conductas de odio.

*5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad*

*impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.*

*d.- Orden judicial de destrucción de los medios, incluido internet, en donde se hayan podido reflejar las expresiones constitutivas de racismo y de odio.*

Se incluye en el apartado 6º la vía para que desaparezcan, bien en internet, bien en otros lugares donde se haya llevado a cabo la manifestación racista y de odio, las mismas para evitar su perpetuación, ya que a la víctima le interesa que una vez se haya tomado la prueba de su reflejo y expresión por el autor a los efectos de la constancia documental de la prueba del ilícito penal desaparezcan de internet o en cualquier medio físico las expresiones proferidas para evitar la permanencia del hecho racista.

Ello puede ser acordado no solo en la sentencia, sino, también, adoptar la medida cautelar de que se lleve a efecto esta destrucción por orden judicial.

*6. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.*

*En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.*

Respecto a la adopción de esta medida como cautelar recordemos, además, que la LO 10/2022 (LA LEY 19383/2022) modificó el art. 13 LECRIM (LA LEY 1/1882) para añadir un párrafo segundo que señala que:

*En la instrucción de delitos cometidos a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación, el juzgado podrá acordar, como primeras diligencias, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares consistentes en la retirada provisional de contenidos ilícitos, en la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos o en el bloqueo provisional de unos y otros cuando radiquen en el extranjero*

Esta medida tiene la ventaja de la «anticipación» de la expulsión de la expresión o contenido racista en internet, habida cuenta el daño que se produce ante personas que pueden incrementar su nivel de racismo mediante la redifusión de estos mensajes de odio y racismo.

Pues bien, interesante resulta en el objeto de nuestro estudio la posibilidad de que los actos de racismo proferidos en espectáculos públicos, por ejemplo, en recintos deportivos tengan bien una respuesta en el orden de la infracción administrativa o la tengan en el terreno del derecho penal.

Sobre este punto señala ALZINA LOZANO (5) como tres importantes conclusiones que:

«1.- El delito de odio tiene la singularidad de confrontar los límites de la libertad de expresión, siendo limitada en los casos que pueda incitar las manifestaciones proferidas puedan incitar a la violencia y generar un clima de hostilidad, como señala el Tribunal Supremo en la sentencia referida en el texto, más aún debemos destacar las redes sociales como ese elemento disruptivo en las relaciones sociales que ha generado un mundo paralelo en que bajo el amparo de estas tecnologías se desarrollan un clima hostil y violento que ampara los discursos de odio y que además, tiene una posibilidad de difusión mucho mayor que cualquier otro medio.

2. En esta lucha por combatir el odio y la violencia, surgió en el deporte la Ley Antiviolenca que gracias a su desarrollo durante estos años ha limitado los comportamientos violentos, racistas e intolerantes en el mundo del deporte, pero que como hemos visto actúa en las redes sociales siempre y cuando tenga relación con la actividad deportiva. Con esta Ley el legislador ha dado más opciones para reprimir conductas reprochables como es el odio, encontrando similitudes entre el propio tipo penal y la sanción administrativa.

3. En este sentido, debemos tener en cuenta la problemática que puede suscitar la represión sólo por parte del Derecho Administrativo, pues no podemos olvidar que este tipo de hechos pueden constituir un delito de odio, por lo que el Derecho Penal podría intervenir. Al encontrar una redacción similar, quedará en manos de las autoridades decidir si llevarlo por la Comisión Antiviolenca o por la vía penal, todo ello sin olvidar la verdadera premisa, educar a los ciudadanos en un deporte sin violencia.»

Destaca este autor, también el pronunciamiento siempre acertado que realiza el Fiscal de Sala del Tribunal Supremo FIDEL CADENA SERRANO respecto a que «no se puede ni se debe vivir al margen del Derecho penal, que desde sus principios conformadores como el de última *ratio*, debe ser el recurso que tiene el Estado con más relevancia para la protección de los bienes jurídicos más valiosos.»

*No podemos dar la espalda al derecho penal en este tema como si se tratara de proteger al autor de la expresión racista dentro de un contexto de odio*

En efecto, clara y acertada como siempre la exposición del Fiscal de Sala, ya que no podemos dar la espalda al derecho penal en este tema como si se tratara de proteger al autor de la expresión racista dentro de un contexto de odio, ya que no puede abrazarse la expulsión del derecho penal en el principio de intervención mínima del derecho penal en las expresiones que llevan consigo manifestaciones de racismo y odio por razón de raza y color de piel del sujeto a quien se dirige la expresión racista, ya que sobre este principio el Tribunal Supremo ha apuntado en la sentencia 185/2023 de 15 de marzo que «El principio de intervención mínima constituye un programa de política criminal y no un criterio de aplicación de la norma penal, y como tal va dirigido a la fuente generadora de los tipos penales, es decir al legislador, para que a la hora de la tipicidad de conductas observe el valor del bien jurídico y la intensidad del ataque para proporcionar la respuesta contenida en los códigos penales....I principio de intervención mínima se dirige fundamentalmente al legislador que es a quien incumbe la fijación en los tipos penales y en las penas los límites de intervención del derecho penal.» (En la misma línea, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 330/2023 de 10 May. 2023, Rec. 3629/2021 (LA LEY 78751/2023)).

Quiere esto decir que no se puede excluir la aplicación del derecho penal si el hecho cometido es típico y, por ello, punible, debiendo ajustarnos a la gravedad del hecho y a sus consecuencias para fijar su reproche penal o tan solo administrativo.

Pero los casos de expresiones, manifestaciones y comportamientos racistas llevan consigo ya una carga de gravedad que habrá que atender al hecho producido, su gravedad en las expresiones, su reiteración, el efecto público provocado por el hecho, sus consecuencias, la posible violencia que se pueda generar frente a las víctimas de actos de racismo concretos y, por ello, la afectación a la víctima por la gravedad de las expresiones proferidas, a fin de movernos en el terreno del derecho penal o el de la mera infracción administrativa, y si se ha causado en un evento deportivo la sanción por la legislación aplicable de violencia en el deporte ante expresiones de racismo.

Por ello, habrá que individualizar cada caso y atender a la gravedad de la conducta para ubicarla, en su caso, en el reproche penal del art. 510.2 CP. (LA LEY 3996/1995)

**III.** *La indemnización por daños morales causados en casos de racismo y delito de odio*

Resulta indudable que las expresiones de racismo determinantes de la comisión de un delito de odio del art. 510.2 CP (LA LEY 3996/1995) pueden conllevar una indemnización económica por los daños y perjuicios que, indudablemente, sufren las víctimas de actos de odio y en este caso con actos de racismo que sufren las víctimas a las que no solo se les agrede con las expresiones de contenido racista sino que también se les agrede psicológicamente. Y ello determina la viabilidad de la determinación de una indemnización como responsabilidad civil dimanante del delito en desarrollo de los arts. 109 y ss. CP (LA LEY 3996/1995); sobre todo el art. 110.3 CP (LA LEY 3996/1995) que admite que *La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:... 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales.* Y el art. 113 CP (LA LEY 3996/1995) en cuanto *La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros.*

Pues bien, este tema acerca del daño moral, sobre todo en delitos de odio ha sido analizado con detalle en la sentencia 437/2022 de 4 May. 2022 (LA LEY 60741/2022), 2658/2020 en donde fija los criterios a tener en cuenta en la cuantificación del daño moral, y en el caso analizado se refería a una condena por delito contra la integridad moral del art. 173.1 en concurso de normas con el artículo 510.2 del Código Penal de delito de odio, justo el mismo que estamos analizando asociado a actos de racismo.

Así, a la hora de aportar alegaciones jurídicas que permitan con la prueba practicada alcanzar un criterio para poder cuantificar el daño moral producido ante delitos de odio se recoge en la citada sentencia que:

*«Los hechos originan un daño moral psicológico, por el que ahora se ha indemnizado, pero cogiendo estos dos parámetros como puntos o factores de referencia a tener en cuenta para poder tener criterios fijos a la hora de evaluar el daño moral; es decir, tanto lo sufrido el mismo día del delito como lo sufrido después por ese temor y miedo emocional sufrido que puede ser más o menos permanente atendiendo a la gravedad de los hechos, pero que en estos casos se visualiza como el miedo a "volver a hacer lo mismo" con el riesgo o miedo de que vuelvan a agredirles, insultarles o menospreciarles de forma grave como consta en los hechos probados.*

*A la hora de valorar el daño moral podemos, en consecuencia, fijar, tres tesis complementarias a la expuesta en cuanto a la referente al precio del dolor por lo sufrido el día de los hechos y por lo sufrido al recordar los hechos con el miedo a su repetición, que es la tesis ahora aplicada y que sirve para confirmar el quantum fijado en este caso.*

*Pues bien, podríamos fijar tres tesis más en este caso para poder evaluar en todos los supuestos el daño moral, y que son:*

*1.- La tesis del daño moral irreversible.*

*2.- La tesis del antes y el después.*

*3.- La tesis de la declaración de impacto de la víctima.*

Respecto a la tesis del daño moral irreversible es evidente que los delitos de odio provocados por medio de actos de racismo provocan en las víctimas un daño que difícilmente puede ser reversible, y en base a ello la cuantificación se podrá graduar.

Respecto a la tesis del antes y el después se recoge que *a la hora de concretar la situación que existía antes del ilícito sin existir el perjuicio y la que se genera después de su comisión, para en este después poder tener la certeza y seguridad jurídica de estar en condiciones de regresar al antes.*

*Cierto y verdad es que en muchos casos, quizás en la mayoría de ellos, puede que no sea posible regresar en la misma medida al antes al hecho causante del daño. Pero si esto es así, lo que corresponde, y es esencia de la función judicial, es la de fijar con la mayor exactitud posible cuál es ese perjuicio cuantificado que debe ser resarcido, para que si, al menos, no es posible llegar a la misma situación del antes, que sea posible llevar a cabo un esfuerzo de cuantificación para poder conseguir la "mayor aproximación" posible.*

Y respecto a la declaración de impacto de la víctima *gira en torno a que otro criterio para fijar el daño moral se ubica en el interrogatorio de la víctima en el proceso penal acerca de lo que "sintió" al momento de ser víctima y su afectación durante el hecho y después del mismo. Esta es la técnica anglosajona del victim impact statements que tiene como objetivo dar voz a la víctima en el proceso penal, no solo a lo que ocurrió, sino a la forma en que sufrió como víctima los hechos, lo que es una novedad importante reflejarlo en los parámetros a tener en cuenta en el proceso penal a la hora de poder utilizar el interrogatorio de la víctima en el juicio, pero no solo con relación a los hechos, sino con relación al "impacto" que en la víctima le ha producido el delito, por lo que el interrogatorio a la víctima en la declaración de impacto corresponde al Fiscal y acusación particular, en torno a poder extraer de esa declaración de impacto elementos suficientes para poder evaluar el quantum del daño moral.»*

Con ello, a la hora de poder fijar los criterios en el ámbito probatorio en el proceso penal ante casos de racismo como delito de odio nos moveremos en tres consideraciones básicas en el ámbito de la prueba



para aportar los elementos de referencia para que el tribunal pueda realizar el *quantum* indemnizatorio para fijar la responsabilidad civil por daño moral, a saber:

- 1.-** Prueba pericial psicológica de perito que examine a la víctima y exponga en el juicio oral el grado de afectación psicológica y daño moral causado a la víctima por el delito de odio.
- 2.-** Declaración de impacto de la víctima para interrogar a esta en el juicio oral para que explique el grado de impacto en la víctima causado por el daño moral por el delito de odio y su afectación psicológica.
- 3.-** Explicación en el juicio de las tres teorías que expone la STS 437/2022, de 4 de mayo (LA LEY 60741/2022), a fin de relacionar cada una de ellas con el concreto delito de odio objeto de enjuiciamiento.

Con estos criterios y medios probatorio estará el tribunal en condiciones de ajustar el *quantum* por daño moral al daño producido en la víctima del delito de odio por medio de la conducta de racismo del autor de los hechos. No se tratará solo de fijar una cantidad a tanto alzado, sino motivada en base a los parámetros que acabamos de exponer.

(1)

Esteban Ibarra. El delito de odio en el Código Penal: incongruencias y consecuencias. En CONFILLEGAL. 23 de mayo de 2023.

(2)

Carlos Javier MARTÍNEZ MUÑOZ. Estudiante de Derecho. Universidad Pablo de Olavide Diario La Ley, N.º 8716, Sección Doctrina, 7 de marzo de 2016, Ref. D-96, LA LEY. Ilícitos penales por racismo y xenofobia: delitos de odio.

(3)

Miguel Ángel Aguilar. Fiscal Coordinador del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación. Fiscalía Provincial de Barcelona La Ley Penal, N.º 86, Sección Legislación aplicada a la práctica, octubre 2011, Editorial Wolters Kluwer. La reforma del artículo 510 del Código Penal (LA LEY 3996/1995).

(4)

Por Juan MARTÍNEZ ROS Teniente Coronel Jefe de Operaciones de la Zona de la Guardia Civil de Cantabria La Ley Penal, N.º 145, Sección Estudios, Julio-Agosto 2020, Wolters Kluwer. Los delitos de odio en el Código penal español.

(5)

Álvaro Alzina Lozano. Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal Universidad Rey Juan Carlos  
Diario La Ley, N.º 10006, Sección Tribuna, 9 de febrero de 2022, Wolters Kluwer. El equilibrio  
entre la sanción administrativa y el delito de odio en los casos relacionado con el deporte.