

Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo

Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España. Director de Libertas. Revista de la
Fundación Internacional de Ciencias Penales. Patrono fundador de la FICP.

**~La falta de respeto del principio de lesividad, ofensividad o exclusiva
protección de bienes jurídicos (y principios conexos) en el CP español:
algunos ejemplos y especial referencia a los «delitos de odio»~**

**I. EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD, OFENSIVIDAD O EXCLUSIVA
PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS**

Sin buscar aquí una gran precisión, podemos recordar que el principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos significa que el Derecho penal solo debe intervenir frente a amenazas de lesión o de peligro para concretos bienes jurídicos¹.

Autores como MIR PUIG² o LUZÓN PEÑA³, entre otros, explican el fundamento de este principio. Así, el segundo cree que es doble: político-constitucional, por un lado, pues es, en primer lugar, de raíz liberal (el art. 1.1 de la Constitución española reza: “1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, con clara apelación a la libertad como valor fundamental, de modo que la limitación de derechos solo se justifica por su necesidad para la protección de derechos y libertades de todos), pero, además, responde a la concepción del Estado como democrático y social (igualmente consagrada en el citado precepto constitucional), pues los bienes jurídicos serían condiciones básicas para el funcionamiento social y para el desarrollo y la participación del ciudadano en la vida social. Pero, en segundo lugar, respondería a un fundamento funcional: la intervención penal frente a conductas que no afectan a bienes jurídicos es innecesaria, pues bastan otros medios extrapenales, y, además, esa intervención, por carecer de fundamento o ser en todo caso desproporcionada, resultaría a la larga ineficaz.

¹ Por todos, LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, Cap. 2, nm. 13 ss. (pp. 21 s.).

² MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, 10ª ed., 2ª reimpr. corregida, Reppertor, Barcelona, 2016, Lecc. 4, nm. 2 ss., 50 ss. (pp. 114, 130 ss.).

³ LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, Cap. 2, nm. 5 ss., 13 (pp. 19 s., 21 s.).

II. DOBLE PERSPECTIVA DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD U OFENSIVIDAD

En este punto, conviene señalar que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, lesividad u ofensividad posee dos perspectivas: una negativa, que es la que aquí realmente me interesa, como limitador de la potestad punitiva del Estado: no se puede castigar penalmente aquello que no afecte a bienes jurídicos, no posea la suficiente lesividad u ofensividad para ellos. La otra perspectiva sería la positiva, en el sentido de que la lesividad u ofensividad de una conducta para intereses que se revelan como “nuevos” bienes jurídicos fundamentaría la necesidad de incriminar esas conductas con nuevos tipos penales. Valga el ejemplo de los atentados al medio ambiente o determinados ataques informáticos. Esta segunda perspectiva conduce incluso al debate sobre los mandatos de incriminación contenidos (o no, explícitamente o no) en textos constitucionales o en las normas de Derecho europeo o internacional.

III. CONEXIONES CON OTROS PRINCIPIOS

Por fin, creo además que el ámbito del principio que analizamos como limitador del *ius puniendi* no posee unas fronteras absolutamente nítidas que lo diferencien plenamente de otros principios limitadores, especialmente del de subsidiariedad, fragmentariedad, intervención mínima o carácter de *ultima ratio* del Derecho penal⁴, que se volverá a mencionar alguna vez, pero tampoco de otros como, por ejemplo, el de proporcionalidad⁵ o el de eficacia⁶.

IV. PRINCIPIO DE LESIVIDAD U OFENSIVIDAD Y BIEN JURÍDICO

En mi punto de partida (que es común en la doctrina) definatorio del principio de lesividad u ofensividad ocupa un papel central el concepto de bien jurídico. Hay quien considera este condenado al fracaso por las dificultades de determinar qué es un bien jurídico. Personalmente puedo seguir definiciones como las de mis maestros alemán, ROXIN⁷ (“los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado

⁴ Al respecto, por todos, LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, Cap. 2, nm. 14 ss. (pp. 22 ss.).

⁵ Por todos, LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, Cap. 2, nm. 24 s. (p. 25).

⁶ Por todos, LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, Cap. 2, nm. 21 ss. (p. 24 s.).

⁷ ROXIN, Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, trad. de la 2ª ed. alemana de Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, § 2, nm. 9 (p. 56).

sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”) o español, LUZÓN PEÑA⁸ [“condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad (o, si se prefiere, para el desarrollo de la vida de la persona, tanto como individuo en su esfera más íntima, cuanto como en sus relaciones con la sociedad)”].

Aunque aquí no puedo precisar más, creo que no se pueden ocultar las dificultades de concreción de lo que son bienes jurídicos. Ahora bien, estoy convencido de que, aunque sus límites sean imprecisos, es mejor manejar la idea de bien jurídico a no manejarla en absoluto. Puede que no sepamos con claridad si ciertos objetos o intereses son bienes jurídicos (digamos que existe una zona de penumbra en el concepto), pero sí parece claro que ciertos objetos o intereses no cumplen las características enunciadas someramente para ser bienes jurídicos y ello por mucho que un legislador o una parte de la doctrina los denominen así. Dicho en breve: puede que no sepamos del todo qué es bien jurídico, pero a menudo sabemos claramente qué no lo es. Esto ya ofrece un alto rendimiento como limitación del Derecho penal, como trataré de demostrar con algunos ejemplos, entre los muchos que se podrían elegir.

V. PRINCIPIO DE LESIVIDAD U OFENSIVIDAD Y CONCEPCIONES QUE NO CONTEMPLAN LA IDEA DE BIEN JURÍDICO

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o de lesividad u ofensividad se vería por tanto en serios aprietos si se desdeña la idea de que el Derecho penal sirve a la protección de bienes jurídicos. Ello nos conduce a preguntarnos qué quedaría de él si se adopta otra perspectiva, tal vez la más conocida la que procede de lo que podríamos llamar “ultranormativismo”, propugnada por JAKOBS⁹ y seguramente aún más por alguno de sus seguidores¹⁰.

No es posible valorar aquí esa compleja y en muchos aspectos rica concepción, de la que, eso sí, advierto que me siento muy alejado por distintas razones. Pero, si la misión del Derecho penal no es proteger bienes jurídicos, sino reafirmar la vigencia de

⁸ LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, Cap. 13, nm. 16 (p. 169).

⁹ JAKOBS ha desarrollado su importante construcción detalladamente en multitud de obras, con algunos giros en ella también. Como idea central sobre la legitimación (formal y) material del Derecho penal, puede verse ya JAKOBS, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª ed., trad. de Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, Lib. 1º. Cap. 1º, nm. 1 ss. (pp. 44 ss.).

¹⁰ Sobre la relación del principio de lesividad con esta corriente, v., p. ej., FERRAJOLI, El principio de lesividad como garantía penal”, en Nuevo Foro Penal 79 (2012), pp. 100 ss.

la norma, que el delito pone en cuestión y que la pena restablece al negar esa puesta en cuestión, parece complicado establecer esa función limitadora que nosotros otorgamos al bien jurídico. Podría tal vez decirse que solo la lesión de la vigencia de ciertas normas debe ser objeto del Derecho penal, pero entonces, ¿qué nos sirve de medida no formal para determinar cuáles? En mi opinión, incluso aunque se admita que la pena o el Derecho penal contribuyen a la afirmación de la vigencia de la norma, parece que no debe ignorarse que esta, si algún contenido material queremos buscar, solo es un medio o instrumento para lograr la protección de intereses fundamentales. La norma que prohíbe matar y su vigencia no tienen sentido en sí mismas, sino como medio de protección de la vida humana, algo tangible y real, sostén fundamental del individuo y la sociedad. El rechazo de toda realidad ontológica, física o psíquica, de todo fundamento cognitivo en las cuestiones penales me parece bastante inexplicable, como lo sería un absoluto desprecio por lo normativo en un ámbito que, por definición, dirige y valora.

También visto desde el punto de vista de la relevancia de la infracción de deber (de una u otra clase) como núcleo del ilícito penal (no como una mera cuestión de autoría y participación, materia para la que propuso la idea ROXIN¹¹), resulta problemático el mantenimiento de la idea de lesividad u ofensividad o la de *ultima ratio*, pues resulta difícil la graduación de la afectación de deberes, desde luego bastante más que con la idea del bien jurídico y la antijuridicidad material, que permiten, por ejemplo, restricciones a la tipicidad basadas en la insignificancia o escaso contenido de antijuridicidad material, de afectación del bien jurídico, por la conducta.

Y mencionaré además que la labor del Derecho penal en la protección de bienes jurídicos merecería, sin duda, muchos matices, pero creo que no puede someterse a la crítica que algunos han realizado de que la idea de la defensa del bien jurídico sería contraria al principio democrático, pues limitaría las posibilidades del legislador en cuanto a la decisión de los objetos de protección penal. Más bien sucede lo contrario: desde principios democráticos, con anclaje constitucional además a menudo, se ponen,

¹¹ ROXIN, Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito, trad. de Luzón Peña/Paredes Castañón/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 2014, § 25, nm. 267 y ss. (pp. 179 y ss.), con múltiples referencias a otros trabajos, en especial a la obra en que propuso esa categoría, *Täterschaft und Tatherrschaft*. Beck, München, 196 (10ª ed., 2019; última trad. al español de la 9ª ed. alemana de Cuello Contreras/Serrano González de Murillo: Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2016).

efectivamente, barreras democráticas a lo que un legislador puede hacer, de modo que su actividad no desborde este marco democrático, aunque se le deje libertad de decisión y configuración¹².

VI. VALOR HISTÓRICO DEL PRINCIPIO Y ALGUNAS QUIEBRAS EN EL DERECHO POSITIVO

El principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos ha resultado históricamente muy valioso para excluir del ámbito del Derecho penal conductas de mera disidencia política, de ofensa a meros sentimientos o de contrariedad solo a la moral, incluso a la colectiva o dominante. No obstante, creo que especialmente desde hace unos años, diversos ordenamientos jurídicos no toman del todo en serio en algunos casos las limitaciones que del principio se derivan. Mencionaré solo algunos ejemplos, aunque son legión los que pueden extraerse de nuestra ley penal, extendiéndome algo más en alguno de los llamados “delitos de odio” o cercanos.

1. Los delitos sexuales

En el plano de los delitos sexuales podemos encontrar algunos ejemplos de lo que sostengo. Afortunadamente, en nuestro ámbito de cultura jurídica y, desde luego, en mi país, se ha desterrado plenamente el castigo de conductas en casos en que tal castigo supondría una grosera vulneración del principio que nos ocupa (y que en otra época tanto contribuyó a la erradicación de tal castigo), como sucede con la penalización de las relaciones homosexuales o de las incestuosas entre adultos en plenitud e igualdad de condiciones. La apelación a la protección de la libertad y, en el caso de ciertos menores, a la indemnidad sexual destierra esas conductas del alcance del Derecho penal. Sin embargo, el castigo (no solo en España y, además, derivado de normativa internacional, especialmente europea) de conductas como la posesión o el mero uso de pornografía infantil (concepto además definido muy ampliamente y que no solo se refiere a la que incluye “infantes”, sino a cualquier menor o hasta a su representación) dista de estar claramente justificado por la afectación de la libertad o indemnidad sexual de los menores. No basta, en mi opinión, el recurso al argumento de que quien consume

¹² Sobre algunas de las críticas al bien jurídico, con ulteriores referencias y con respuestas generalmente convincentes a tales críticas, v. recientemente SCHÜNEMANN, *El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho y el irrenunciable nivel de racionalidad de su dogmática*, trad. de Roso Cañadillas/Pérez-Sauquillo Muñoz, Reus/Bdef, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2019, especialmente 45 ss., 53 ss., 65 ss.

pornografía infantil la potencia y, por lo tanto, supone un riesgo de que se utilice o se siga utilizando a menores reales en esas producciones, lo que sí afectaría al desarrollo normal de su sexualidad (con consecuencias a veces graves). Tal riesgo es demasiado remoto como para considerarlo suficientemente lesivo y contradice incluso otras decisiones legislativas en ámbitos distintos. La sospecha de que parece que se atiende más a los dictados de una determinada moral, por amplia o dominante que sea, me parece fundada (y hasta podríamos hablar, creo, de rasgos de Derecho penal de autor)¹³.

También podría citarse en este sentido el aumento reciente en España de la llamada edad de consentimiento sexual a los dieciséis años en muchos delitos sexuales. O incluso si, como ha planteado alguna vez un especialista como Díez Ripollés, el castigo de los tocamientos u otros actos sexuales sobre recién nacidos o bebés de corta edad, a menudo considerados por la ley especialmente graves, pueden considerarse realmente afectaciones de la libertad o la indemnidad sexual (sin prejuzgar que pudieran constituir otras infracciones penales).

2. Un ejemplo menos “trágico”: la “integridad en el deporte”

Pero las dudas sobre la ofensividad o lesividad de ciertas conductas que se tipifican o se pretenden tipificar abarcan también ámbitos menos “trágicos”. Así, cada vez más autores en España, en especial algunos buenos especialistas en la materia, apelan a la “integridad en el deporte” como bien jurídico que debe protegerse penalmente (al menos frente a los más graves ataques). Y lo mismo sucede en la doctrina de otros países y hasta a nivel legislativo: si la Ley italiana n. 401, de 13 de diciembre de 1989, hablaba ya de “la corrección en el desarrollo de las manifestaciones deportivas”, o la Ley portuguesa 50/2007, de 31 de agosto, de “responsabilidad penal por hechos susceptibles de afectar a la verdad, la lealtad y la corrección de la competición y de su resultado en la actividad deportiva” o la Ley francesa nº 12-158, de 1 de febrero de 2012, señala en su propio título que tiene por objetivo reforzar o fortalecer la “*ética deportiva*” e introduce tipos de corrupción deportiva en el CP, un país hasta ahora reacio a la tipificación específica de lo que podríamos llamar “delitos deportivos” (considerando suficientes los tipos generales), como es Alemania, ha

¹³ Ya hace años me pronuncié al respecto: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Delitos contra la libertad sexual: ¿libertad sexual o moral sexual? Con un apéndice sobre el Proyecto de reforma del Código Penal de 2007, en: Mir Puig/Corcoy Bidasolo (Dirs.)/Gómez Martín, Política criminal y reforma penal, Edisofer/Bdef, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2007, 335 ss.

introducido recientemente delitos relacionados con el dopaje en la Ley Antidopaje de 10 de diciembre de 2015 (modificada por la Ley de 13 de abril de 2017) y, a través de Ley de 11 de abril de 2017 modifica el Código Penal alemán (StGB) para castigar la estafa o fraude en las apuestas deportivas y la manipulación de competiciones deportivas profesionales, haciéndolo en ambos casos expresamente para proteger la integridad deportiva.

¿Y qué es esa integridad deportiva? Para un especialista como BENÍTEZ ORTÚZAR, se configuraría “como un concepto global y unitario que abarca las diferentes aristas en las que se desenvuelve el deporte de alta competición. Bien jurídico que es de titularidad colectiva, que sobrepasa intereses de las entidades deportivas o de los deportistas individuales directamente perjudicados deportivamente con la realización de las conductas típicas, al resto de los clubes o deportistas individuales participantes en la competición, y a la propia Federación deportiva correspondiente. La integridad deportiva es un bien jurídico colectivo, cuyo titular es la sociedad en su conjunto. El deporte, además de la dimensión laboral y económica que desarrolla en sus diversas facciones, tiene una labor de educación y transparencia para el resto de la sociedad en general”¹⁴, “abarca a todos los ‘valores sociales inherentes al deporte’ ... y “no puede cuestionarse su consideración como bien jurídico propio”¹⁵.

Pues bien, personalmente, además de dudar, con otros autores, de varias de esas supuestas bondades y características del deporte de alta competición y también por ello, me parece que la integridad deportiva es más un ideal, una meta, un desiderátum que algo que realmente exista y se fomente, especialmente en el deporte de –alta-competición, que es precisamente sobre el que se pretende proyectar la protección penal de la integridad en el deporte. Y ya con eso creo que podría decirse que es como mínimo arriesgado atribuir a ese conjunto de valores, ni siquiera claros, la categoría de bien jurídico, concepto desde luego discutido, pero, en cualquiera de las definiciones que se ofrecen de él, alejado de lo que entiendo que parece ser la integridad en el deporte. Tampoco quiero significar con ello que el Derecho deba renunciar a proteger o

¹⁴ BENÍTEZ ORTÚZAR, De los delitos contra la integridad deportiva. Acerca de la necesidad de un título autónomo aglutinador de las conductas delictivas intrínsecas a la práctica deportiva, en Morillas Cueva (Dir.), Respuestas jurídicas al fraude en el deporte, 2017, 47 s.

¹⁵ BENÍTEZ ORTÚZAR, en Morillas Cueva (Dir.) Respuestas jurídicas al fraude en el deporte, 2017, 48. Ya antes otro discípulo de Morillas Cueva, SUÁREZ LÓPEZ, El dopaje ante el Derecho penal, en Jiménez Soto /Arana García, El Derecho deportivo en España 1975-2005, 2005, 686 s.

reforzar al menos algunos de esos valores, pero creo que, en tal caso, puede y debe hacerlo sin necesidad de utilizar las reacciones más enérgicas, las del Derecho penal¹⁶.

3. El nuevo “delito de fuga”

Paradigmática vulneración del principio que nos ocupa lo constituye el llamado “delito de fuga”, introducido en el CP por la reciente reforma por LO 2/2019, de 1 de marzo, como art. 382 bis: “1. El conductor de un vehículo a motor o de un ciclomotor que, fuera de los casos contemplados en el artículo 195, voluntariamente y sin que concurra riesgo propio o de terceros, abandone el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que fallecieran una o varias personas o en el que se le causare lesión constitutiva de un delito del artículo 152.2, será castigado como autor de un delito de abandono del lugar del accidente./2. Los hechos contemplados en este artículo que tuvieran su origen en una acción imprudente del conductor, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años./3. Si el origen de los hechos que dan lugar al abandono fuera fortuito le corresponderá una pena de tres a seis meses de prisión y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de seis meses a dos años”.

Muchos son los defectos de la nueva tipificación, pero aquí solo la menciono como flagrante vulneración del principio de lesividad¹⁷.

Basta para comprobarlo con leer la justificación de la introducción de la figura en el Preámbulo de la LO 2/2019, que apela nada menos que a la maldad, “la maldad intrínseca en el abandono de quien sabe que deja atrás a alguien que pudiera estar lesionado o incluso fallecido, la falta de solidaridad con las víctimas, penalmente relevante por la implicación directa en el accidente previo al abandono, y las legítimas

¹⁶ Sobre la “integridad deportiva” y su insuficiencia para justificar la intervención penal, me he pronunciado ampliamente y con ulteriores referencias: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ¿Debe el Derecho penal proteger la integridad en el deporte?, en Suárez López/Barquín Sanz/Benítez Ortúzar/Jiménez Díaz/Sainz-Cantero Caparrós (Dir.), Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva, Dykinson, Madrid, 2018, 999 ss. (publicado con ligeras modificaciones como Integridad deportiva y Derecho penal, en Revista Española de Derecho Deportivo 43 2019-1, 49 ss.)

¹⁷ Por todos los que hasta el momento han escrito sobre el nuevo delito y con ulteriores referencias, TRAPERO BARREALES, Comentario urgente sobre la reforma penal vial y otros aspectos controvertidos, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 21-11 (2019), 1 ss. (numeración autónoma del artículo)

expectativas de los peatones, ciclistas o conductores de cualquier vehículo a motor o ciclomotor, de ser atendidos en caso de accidente de tráfico”.

La figura existe en otros países, entre ellos Alemania¹⁸, pero con una configuración distinta orientada a garantizar el resarcimiento de las víctimas y las comprobaciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos, muy prolija, aunque también muy polémica. El legislador penal no ha copiado exactamente el modelo alemán, pero, aunque lo hubiera hecho, sería un error. Lo alemán no siempre es lo mejor en Derecho penal.

Dada la existencia de los delitos de omisión del deber de socorro (respecto de los cuales el Preámbulo y el propio artículo tipificador declara expresamente subsidiario el nuevo delito de fuga), la única fundamentación posible del nuevo tipo español parece, aunque esa no sea la ubicación del precepto, la obstaculización de la investigación de lo sucedido, es decir el entorpecimiento de la Administración de Justicia (en sentido amplio, pues el evento que origina el daño puede ser fortuito) y tal vez indirectamente el

¹⁸ El StGB la regula así: “§ 142 Alejamiento o abandono no permitido del lugar del accidente

1. Una persona implicada en un accidente que, tras un accidente de tráfico, abandona el lugar del accidente antes de

1.

haber permitido, en beneficio de los demás implicados en el accidente y de los perjudicados, la comprobación o constatación o identificación de su persona, de su vehículo y de la naturaleza de su participación mediante su presencia y declarando o indicando que estaba implicado en el accidente, o bien

2.

haber esperado un tiempo razonable de acuerdo con las circunstancias, sin que nadie estuviera en condiciones de hacer las comprobaciones (mencionadas),

será castigado con pena de prisión de hasta tres años o con multa.

2) También será castigada conforme al apartado 1 la persona implicada en un accidente que

1.

tras el transcurso del plazo de espera (apartado 1 n.º 2) o

2.

de manera justificada o disculpada

se aleje o abandone el lugar del accidente y no facilite la realización de las comprobaciones (citadas) inmediatamente después.

(3) Se considerará que la persona implicada en el accidente ha cumplido *a posteriori* con la obligación de facilitar las comprobaciones (citadas) si notifica a la persona que tiene derecho a ello (apartado 1, n.º 1) o a una comisaría de policía cercana que ha estado implicada en el accidente y si da su dirección, su lugar de residencia y el número de matrícula y la ubicación de su vehículo, y si lo mantiene disponible para averiguaciones o comprobaciones inmediatas durante un período de tiempo razonable o exigible a él (en sus condiciones). Esto no rige si deliberadamente frustra o hace imposibles las comprobaciones (citadas) con su comportamiento.

4) En los casos a que se refieren los apartados 1 y 2, el tribunal atenuará la pena establecida en esos preceptos (§ 49 apartado 1) o podrá prescindir de ella, si la persona implicada en el accidente facilita voluntariamente que las comprobaciones se efectúen posteriormente dentro de las veinticuatro horas siguientes a un accidente fuera del flujo de tráfico (del tráfico en marcha) que tenga como consecuencia exclusivamente daños en las cosas de escasa relevancia (apartado 3).

(5) Persona implicada en un accidente es cualquier persona cuyo comportamiento, según las circunstancias, pueda haber contribuido a la causación del accidente”.

resarcimiento de las víctimas de accidentes con consecuencias graves (o de quienes tengan derecho a él en caso de muerte de la víctima), si bien incluso desde esta perspectiva es difícilmente explicable, pues no se contempla si el sujeto que huye ha dejado o no sus datos identificativos, si los facilita *a posteriori*, si es evidente que otras personas los tienen, etc. ni se habla en definitiva de colaboración o no colaboración con autoridades u otras personas de ninguna clase.

Como en el tipo de omisión de socorro del art. 195.3, no parece tener mucho sentido la distinción de si el accidente se causó de forma imprudente o fortuita: arriesgado sería decir que lo primero es más grave porque se dificultaría la investigación de un delito, pues, según el grado de imprudencia podría no haberlo y que sea fortuito no implica que no sean necesarias averiguaciones ni descartable una indemnización a la víctima (aunque no sea por hecho ilícito) a través del correspondiente sistema de seguros, particular en el ámbito del tráfico viario.

Parece que se piense más bien en el mayor grado de “maldad” del que por imprudencia causa el accidente y abandona el lugar. Y, seguramente, no hallándonos ante un supuesto del art. 195.3 CP, decaen las razones de exigibilidad que, en el caso de esa modalidad de omisión del deber de socorro podrían justificar la excepción a la impunidad del autoencubrimiento.

Desde luego, la ubicación del precepto entre los delitos contra la seguridad vial nada nos aclara sobre el bien jurídico protegido, salvo que se quiera concebir que la huida del lugar del accidente supone la no retirada de obstáculos (muertos, heridos, coches, motos, etc.) en la calzada y con ello dificultades y riesgos para la circulación. Pero nada de ello es exigido por el nuevo precepto, ni tiene por qué producirse en la realidad y, además, ya encajaría en otros delitos. La explicación citada resulta hasta “tragicómica”. Se ha incluido ahí simplemente porque se refiere al conductor de un vehículo a motor o de un ciclomotor.

En definitiva, no se ven afectados bienes jurídicos concretos de terceros y me parece que no se ha respetado el principio de lesividad o, como mínimo, el de *ultima ratio*, pues no encuentro razones para que la conducta sea más que un ilícito administrativo.

VII. LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO Y, UN PASO MÁS ALLÁ, LOS DE “CLIMA”: LOS LLAMADOS “DELITOS DE ODIOS”

1. Delitos de peligro abstracto, delito de clima: el discurso del odio y los delitos de odio

Mucho se ha discutido sobre la conformidad con el principio de lesividad u ofensividad (y el de subsidiariedad) de los delitos de peligro abstracto¹⁹. No cabe duda de que su creación debe ser cuidadosamente meditada, siendo una técnica que solo debe usarse excepcionalmente, no tanto porque no se protejan con ellos bienes jurídicos, sino por lo remoto de la afectación de estos que contienen. Aun así, no me parece que haya que oponerse radicalmente a la existencia de cualquiera de ellos, sino que deberá haber razones que pesen lo suficiente para contrarrestar esa lejanía (importancia de los bienes jurídicos, eventualmente frecuencia de las conductas, etc.), con algunas consecuencias como la moderación en la pena o la posibilidad de prueba de inexistencia real de peligro.

Siendo esto así, sorprende mucho que en España y en Europa en general se amplíen de modo desmesurado y a menudo con aplauso de muchos sectores políticos y mediáticos de diferente signo (si bien es verdad que con un manifiesto sectarismo según quién sea el protagonista y la víctima de los actos) los llamados (dejo de lado aquí toda precisión) delitos de odio (en el marco del llamado discurso de odio), hasta el punto de pasar por encima del peligro abstracto (al menos antes de las restricciones que, en una pelea extenuante contra la letra de la ley, busca bienintencionadamente una parte relevante de la doctrina) para tipificar “delitos de clima”²⁰.

2. Discurso del odio y libertad de expresión

El llamado discurso del odio (*Hate Speech*)²¹ se toma a menudo, incluso en nuestra más alta jurisprudencia, como un límite a la libertad de expresión; así, ya la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 235/2017 señala que “la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado ‘discurso del odio’”. Sin embargo,

¹⁹ Sobre los delitos de peligro abstracto, resumidamente, por todos, LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, Cap. 12, nm. 45 ss. (pp. 161 s.).

²⁰ V. solo FUENTES OSORIO, El odio como delito, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 19-27 (2017), 10 ss., quien, en perspectiva crítica, habla de “peligro diluido”.

²¹ Por todos, DE VICENTE MARTÍNEZ, El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 39 ss.

dista de estar clara en esa jurisprudencia la definición de en qué consiste, variando sus pronunciamientos desde aquellos en que considera que tal discurso supone una incitación directa a la violencia contra ciudadanos con ciertas características (de etnia, nacionalidad, creencia, etc., que los hacen histórica o culturalmente objeto frecuente de discriminación) o determinados grupos de ellos (en consonancia con resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -TEDH-) hasta los que consideran que el discurso del odio es algo distinto y de menor intensidad a la incitación a la violencia, pasando por otros que vienen a identificarlo con una incitación al menos indirecta a la violencia.

Sin embargo, creo, con la mejor doctrina, que, reconociendo que ciertas manifestaciones del discurso del odio vulneran la libertad de expresión (e incluso pueden cobrar relevancia penal), no cabe excluir del discurso público, del discurso de formación de la opinión pública y del discurso político toda manifestación hostil a grupos étnicos, sociales, religiosos, etc.

Ello no significa, por supuesto, que haya que alentar tales manifestaciones, ni siquiera que sea precisa una neutralidad frente a ellas, sino simplemente que no todas deben prohibirse, y menos aún bajo pena. Es legítimo procurar el desaliento de ese tipo de discurso, en primer lugar y sobre todo, mediante el discurso racional. Si se quiere ver así: dado que la libertad de expresión ha de amparar parte de ese discurso, las armas de la expresión, el razonamiento y, yendo un poco más lejos, la educación, deben ser las más usadas para combatirlo. La función de la libertad de expresión en una democracia está totalmente vinculada a la solución pacífica de conflictos y la legitimidad del discurso público (y se diferencia además de la libertad general en su núcleo “ofensivo”). Pero caben seguramente también otras medidas más fuertes de disuasión, como la exclusión de subvenciones, de acceso a foros públicos, etc., que deben manejarse, eso sí, con enorme prudencia y límites, suponiendo la fijación precisa y previa de estos una gran dificultad. Y cabe también combatirlo, por ejemplo, reforzando la inclusión social de los destinatarios de tal discurso, manifestando la distancia social respecto a quienes lo practican, no siendo socialmente tolerantes con él, ni siquiera equidistantes. Todo ello requiere precisiones que aquí no son posibles.

Pero peor aún es el salto que se produce en algunos perseguidores del discurso del odio y en parte de nuestra alta jurisprudencia al entender que la presunta

incompatibilidad de este con la libertad de expresión legítima sin más la penalización de ese discurso, esto es, la intervención penal para combatirlo, ignorando en buena medida los principios limitadores del *ius puniendi* y generalizando los llamados delitos de odio. Probablemente el ejemplo más claro de ese brusco salto lo ofrezca la por diversas razones criticable STC 177/2015, en el caso de la quema de fotos del Rey (salvando algunos de los votos particulares a ella).

3. Cuando odiar no es delito, ¿deben existir delitos de odio?

Y, sin embargo, de entrada resulta paradójico hablar de delitos de odio, pues en ningún precepto del CP español (ni de otros) encontramos esa denominación ni, desde luego, el castigo del odio, lo cual sería totalmente contradictorio con los principios limitadores anteriormente mencionados, pues el odio es un sentimiento y el Derecho penal ni protege ni penaliza meros sentimientos (por ello, parece más adecuada la denominación tradicional que se daba a los más conocidos de estos delitos: delitos de discriminación).

Y, si odiar no es delito, ¿por qué razón ha de serlo incitar al odio? Se suele apelar, como he apuntado, a que se trata de “delitos de clima”, porque generan ese clima hostil a grupos o individuos pertenecientes a ellos que puede desembocar en ataques y daños a estos. Es decir, a lo sumo delitos de peligro abstracto (si llegan a ello, que seguramente ni eso), de cuya legitimidad y eficacia preventiva cabe dudar.

Frente a lo anterior, la jurisprudencia estadounidense, por obra del juez Holmes²², pasó ya en 1919 de legitimar el castigo de la “mala tendencia”, a la exigencia de “peligro claro e inminente” para legitimar la intervención penal, existiendo a partir de ahí opiniones aún más restrictivas, como las que exigen incitación directa²³. Aunque no existe una coincidencia exacta con la citada exigencia, esta debería llevarnos al menos en nuestro ámbito jurídico a la esfera de los delitos de peligro concreto, de los que está alejada nuestra legislación. Incluso podría reflexionarse si ello puede suceder aunque no exista una incitación clara, pero sí una conducta reiterada e insistente (“un discurso”)

²² V. especialmente *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919); *Gitlow v. People of New York*, 268 U.S. 652 (1925); *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

²³ Puede verse la exigencia de peligro claro e inminente unido a provocación directa en diversas resoluciones judiciales, como, muy claramente, *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). V. además, por muchos, BOLLINGER/STONE, *Dialogue*, en *Bollinger/Stone* (Eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, University of Chicago Press, Chicago, 2002, 4 ss.; POST, *Hate Speech*, en *Hare/Weinstein* (Eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2009, en especial 134.

que equivalga a ella, es decir, en el que no quepa duda de que se deja al grupo tradicional o consolidadamente discriminado “a los pies de los caballos”.

En todo caso, en materia de libertad de expresión, Europa, sus instituciones y los países que la componen, incluso los más avanzados, deberían tal vez mirar a la extensión y firmeza con que se defiende la libertad de expresión en los Estados Unidos de América, país ciertamente de grandes contrastes al que frecuentemente Europa mira por encima del hombro en materia de derechos y libertades, a menudo con razón. Por duros que sena la experiencia y el recuerdo del holocausto en Europa, no está nada claro que deban tipificarse de modo tan amplio conductas como las que, a modo de ejemplo, se mencionan a continuación.

4. El ejemplo del delito del art. 510 (y 510 bis) CP

Aunque no es el único precepto en que se contienen delitos encuadrables en la denominación citada, es paradigmático el del art. 510 CP (y ahora su correspondiente del art. 510 bis CP), que castiga, en su descripción más básica (la de su número 1.a) a “Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad” y conductas afines a esta, a veces alejadísimas de la lesión de un bien jurídico, muy ampliadas, por cierto, en la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, se supone que en cumplimiento de obligaciones internacionales, básicamente europeas, contraídas por España²⁴.

Sorprende, como he apuntado antes, que hasta los más voluntariosos y sólidos esfuerzos por dotar de contenido al art. 510 CP (que deben ser valorados positivamente) parecen una lucha contra el tenor de los preceptos legales: se pretende reducir los verbos típicos prácticamente a incitar (pasando de puntillas por el “indirectamente”)

²⁴ Es sabido que España apela a estas prácticamente en toda reforma penal, cumpliéndolas ellas sobradamente, tanto que a veces va más allá de aquello a lo que obligan o, al menos, al máximo sancionador de las posibilidades que ofrecen. Por otra parte, que algo se base en obligaciones internacionales no lo exime de posibles críticas, como tampoco están libres de ellas las normas o instrumentos internacionales que las imponen.

equiparando los otros verbos a este, se ve claro que la incitación debe ser a un grupo, general, “sembrar semilla”, pese a que la ley no lo dice y que existe una agravación en ese sentido. E incluso las más elaboradas construcciones del bien jurídico y la exigencia de al menos peligro hipotético parecen ir más al deber ser que al ser de la ley, por mucho que sea conveniente adoptarlas. En algún caso parece reconocerse incluso expresamente²⁵.

Ya en su redacción anterior a la citada reforma, el tipo planteaba grandes dudas y requería una interpretación restrictiva. Así, entre otros, yo mismo²⁶, aunque no resultaba fácil, intenté reconducir la conducta básica, que entonces rezaba “Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas ...”, a las características de la provocación (incluida la apología) del art. 18 CP, aunque fuera por analogía, lo que, entre otras cosas, suponía la exigencia de incitación *directa*, saliendo al paso así de interpretaciones ampliatorias de la tipicidad. La reforma de 2015 ha hecho imposible esta restricción, al ampliar los verbos típicos y, además, señalar expresamente que la provocación puede ser “directa” o “indirecta”, todo lo cual parece apuntar a que se abarca toda conducta creadora del clima “hostil” antes mencionado. Sin embargo, ello resulta inaceptable y, en línea con lo mantenido por parte de la jurisprudencia constitucional (y europea), si bien no cabe exigir ya incitación directa, sí idoneidad inductora, de manera que no baste con la mera creación de un “clima”. Con todo, la inclusión del carácter indirecto de la incitación es perturbador, pues obliga a ponderaciones poco deseables en un tipo penal, por inseguras.

Al igual que anteriormente, creo que debe exigirse que la discriminación y la violencia a que se refiere el precepto sean constitutivas de hechos ilícitos, y, si bien el odio o la hostilidad no pueden serlo, respecto de estos, que se trate de conductas con componente instigador agresivo capaces de crear un riesgo (como mínimo abstracto, aunque sería deseable algo más) de discriminación o violencia ilícitas.

²⁵ V., por citar un solo ejemplo, las consideraciones de uno de los máximos especialistas: LANDA GOROSTIZA, Los delitos de odio, 2018, 83, 86, entre otras pp.

²⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Delitos en el ejercicio de derechos y libertades, en Luzón Peña (Dir.) Enciclopedia Penal Básica (EPB), Comares, Granada, 2002, 508 ss.; Díaz y Gacía Conlledo (Dir.)/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Barber Burusco/Durán Seco/Jericó Ojer, Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal, La Ley (grupo Wolters Kluwer), Las Rozas (Madrid), 2007, 367 ss., con ulteriores referencias y poniendo de relieve, pese a todo, la incoherencia de la regulación.

Si bien la nueva redacción acaba con la discusión anterior de si la conducta podría recaer no sobre los grupos en sí, sino sobre individuos en razón de su pertenencia a ellos, pues ahora es claro que sí, y aunque algunos de los “motivos” que menciona el precepto siguen planteando dudas interpretativas, nada de ello debería permitir ir tan lejos como para, por ejemplo, considerar que la quema de fotos del Rey resulta delictiva por suponer una incitación al odio a la Monarquía (como se desprende de la STC 177/2015, si bien el recurso de amparo no es frente a una condena por el delito que no ocupa sino por el de injurias al Rey del art. 490.3 CP que apreció la correspondiente sentencia de la Audiencia Nacional; conocida es la condena final a España por STEDH 13-03-2018²⁷). Una interpretación así excede por todas partes hasta las más amplias concepciones del discurso y los delitos de odio (¿qué grupo discriminado constituye la Monarquía?) y, al extenderse, pondría en peligro toda capacidad de crítica y debate sobre las instituciones públicas, debilitando la democracia (bien es verdad que lo ideal es que no existieran en el CP tipos que permitieran encajar esas conductas, sean o no discurso del odio; y, en general, sería deseable una reforma –en algunos casos, derogación- de los tipos penales relacionados con los “delitos de odio” que los redujera enormemente y los hiciera compatibles con los principios y garantías penales, si bien no soy nada optimista en ese sentido).

De momento, las querellas por delitos de odio se multiplican en España y se airean en los medios de comunicación, a menudo al hilo de acontecimientos relacionados con la actividad política (aunque no solo), en los que sorprende pensar en la discriminación (histórica o consolidada por su especial vulnerabilidad) de los grupos afectados. Sin embargo, este fenómeno debe extrañar cada día menos si se piensa en la “pendiente resbaladiza” que, en mi opinión, suponen preceptos penales como los aquí comentados, de desmesurada amplitud y vaguedad.

Siguiendo de modo breve con el art. 510 CP y sin que sea preciso reproducirlo íntegramente, baste mencionar que no siempre es fácil llegar a interpretaciones restrictivas en el precepto. Así, por ejemplo, si en el caso de la letra b del nº 1 del art. 510 (y similarmente en la c y en otros números de él) se exige, como parece aconsejable, capacidad incitadora de la conducta, aunque aparentemente se estaría ampliando la punición a actos preparatorios de los de la letra a (lo que ya supone una

²⁷ Affaire Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne.

distancia respecto de la lesión de bienes jurídicos difícilmente soportable), en realidad no se entiende en qué se diferencia de las conductas de la letra a (que incluyen las de fomento o promoción), salvo que se quiera claudicar aceptando la censura absoluta y bajo pena de determinados escritos, lo que parece inadmisibile si se toma en serio la libertad de expresión (y su ya mencionado amparo de una parte del “discurso del odio”).

Tampoco se entiende bien qué añade a la provocación indirecta el castigo del negacionismo (y similares) provocador de clima (de nuevo: ¿fundamenta ello siquiera peligro abstracto?) de violencia, etc. de la letra c del art. 510.1 CP, más allá tal vez de dejar clara su diferencia con el anterior delito del art. 607.2 CP de negacionismo del genocidio, declarado inconstitucional por contrario a la libertad de expresión y científica por STC 235/2007, que puso así alguna barrera al castigo de conductas carentes de una lesividad suficiente.

Y dudas plantean igualmente, en relación con la libertad de expresión, los tipos atenuados del nº 2 del precepto que nos ocupan, en cuanto que, si poseen un componente de incitación, siquiera indirecta, a la violencia, etc., ya encajarían en los tipos básicos del nº 1 (dejando de lado la posible afectación del honor de personas). Por no hablar de la diferente gravedad aparente de conductas que se conminan con una misma pena, problema que creo debe corregirse exigiendo de todas ellas una lesividad equivalente a la necesaria para la más grave, o de los términos muy vagos con que se definen conductas típicas (en este y en otros delitos “de odio”), con difícil compatibilidad con el mandato de determinación derivado del principio de legalidad²⁸.

Y, para terminar y a modo de nuevo ejemplo, resulta difícil concebir la razón de la inclusión de estos delitos entre los susceptibles de generar la llamada responsabilidad penal de personas jurídicas (en general, discutible ya en mi opinión) a través del art. 510 bis CP, introducido en 2015, al parecer en cumplimiento de compromisos europeos. Al margen de lo sorprendente de que literalmente se refiera también al delito del art. 509 (un error en la tramitación parlamentaria) y de algún otro de sus extremos, puesto que, conforme al art. 31 bis.1 los delitos deben cometerse en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto, sin excluir del todo otras posibilidades (tal vez partidos políticos), el precepto evoca nuevamente la censura de

²⁸ Sobre este, por todos, LUZÓN PEÑA, PG, 3ª, 2016, Cap. 2, nm. 10 s. (p. 20), Cap. 5, nm. 1 ss. (pp. 50 ss.), en especial nm. 18 s. (p. 54).

negocios (editoriales, librerías) que comercialicen artículos relacionados con el discurso del odio. También aquí la interpretación restrictiva se hace necesaria, pero difícil.

VIII. LOS ULTRAJES PÚBLICOS A ESPAÑA, A SUS COMUNIDADES AUTÓNOMAS O A SUS SÍMBOLOS O EMBLEMAS

Para terminar, mencionaré el art. 534 CP español, que, en un capítulo rubricado “De los ultrajes a España”, castiga con pena de multa de siete a doce meses “Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad”. Evidentemente, el precepto castiga esas ofensas o ultrajes sin más, sin necesidad de que tengan otras consecuencias como desórdenes públicos, ataques a personas, sediciones, rebeliones, etc., pues para ello existen otros tipos penales. No creo que tampoco pueda verse en la conducta típica una afectación del modelo constitucional de España y ni siquiera parece fácil fundamentar la existencia de un “honor” en sentido estricto de entes colectivos. Por lo que creo que principalmente se están protegiendo los sentimientos de afección que vinculan a muchos ciudadanos con el concepto de España o Cataluña, Galicia, Andalucía, etc. o sus símbolos. Tales sentimientos existen en la realidad y son legítimos, pero dudo enormemente de que puedan considerarse bienes jurídicos (recuérdense las definiciones citadas anteriormente).

Por ello, la intervención penal para protegerlos está, en mi opinión, injustificada desde el punto de vista de su lesividad u ofensividad, y lo está también incluso si se piensa en esas conductas como posible origen (remoto, desde luego) de atentados a otros verdaderos bienes jurídicos relacionados con la pacífica convivencia (política y social).

Ello sin entrar en detalle en el conflicto con la libertad de expresión. Hay países (nuevamente destaca Estados Unidos de América, pero no solo) en que conductas como las que se castigan en el precepto citado del CP español son consideradas, si no van acompañadas de circunstancias añadidas que varíen la situación, un ejercicio de libertad de expresión (que a muchos no agrada, pero eso es lo propio del núcleo “ofensivo” de esa libertad de expresión frente a la libertad general). En mi opinión, ello resulta

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2019.**

correcto y, además, como queda dicho, su contenido (si tiene alguno de lesividad) no justifica la intervención del Derecho penal²⁹.

* * * * *

²⁹ Puede verse mi opinión respecto de este delito en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Ultrajes a España*, en Luzón Peña (Dir.), EPB, 2002, 1231 ss.

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2019.**