

**LOS DELITOS DE ODIO EN EL CÓDIGO PENAL TRAS LA MODIFICACIÓN
OPERADA POR LO 1/2015. BREVE REFERENCIA A SU RELACIÓN
CON EL DELITO DEL ART. 173 CP**

Manuel-Jesús Dolz Lago
Fiscal del Tribunal Supremo

“Hay que escuchar a la razón, pero dejar hablar al sentimiento”

Roberto RICCI

SUMARIO

1. OÍDO AL ODIO CONTRA LOS DELITOS DE ODIO: APROXIMACIÓN AL CONTEXTO SOCIAL DE LOS DELITOS DE ODIO Y LA NECESIDAD DE SU CASTIGO. 2. EL ARTÍCULO 510 DEL CÓDIGO PENAL TRAS SU REFORMA POR LO 1/2015. 2.1. ANTECEDENTES. 2.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. 2.3 NATURALEZA. 2.4. TIPO OBJETIVO. 2.4.1. Sujetos. 2.4.2. Conducta típica. 2.5. TIPO SUBJETIVO. 2.6. PENALIDAD. 2.7. CONCURSOS. 3. CONCLUSIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA. 5. JURISPRUDENCIA.

RESUMEN

En la presente ponencia se aborda una exégesis de los delitos de odio del art. 510 CP, tras la reforma operada por LO 1/2015, examinando desde un punto de vista dogmático sus antecedentes, bien jurídico protegido, naturaleza, tipo objetivo y subjetivo, penalidad y concursos.

Se razona que la reforma 2015 pretende corregir el texto anterior que responde a la redacción de LO 10/1995, a la vista de las interpretaciones realizadas por la Sala 2ª del TS, Tribunal Constitucional, demás órganos judiciales y un sector doctrinal, secundada por la Fiscalía del TS, las cuales, no sin opiniones contrarias, hacían prevalecer el derecho a la libertad de expresión frente a algunas modalidades de delitos de odio, como la provocación prevista en el nº 1 del art. 510 CP, dejando impunes de forma indeseada concretas y enjuiciadas conductas de odio, que debían y deben ser castigadas penalmente.

En efecto, el “falso” escenario que sitúa estos delitos de odio ante las libertades de expresión, manifestación y reunión, entendiéndose que se está en presencia de un conflicto con derechos fundamentales y libertades públicas cuando se tipifican penalmente los delitos de odio, lleva necesariamente a tener que clarificar dogmáticamente estas figuras penales, desde su consagración legislativa, para situarse en el verdadero escenario jurídico de los mismos, que no es otro que, precisamente, la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas supuestamente en conflicto con la norma penal, desde una perspectiva positiva, que se refiere a lo que es y negativa, que delimita por esta vía lo que no es.

Para esta exégesis, después de resaltar lo obvio, cual es la necesidad del castigo penal de aquellas conductas de odio tipificadas en el art. 510 CP, se analiza dogmáticamente las problemáticas determinantes de su adecuada hermenéutica, cuales son las del bien jurídico protegido, entre la igualdad y la no discriminación; su

naturaleza jurídica, entre los delitos de peligro abstracto y de lesión; el tipo objetivo: conducta típica y sujetos, con sus modalidades básicas y agravadas; el tipo subjetivo, el dolo; penalidad; y, por último, concursos con figuras afines –concurso de normas o leyes y concurso de delitos –real e ideal-

El estudio se realiza, desde la perspectiva del derecho positivo nacional, con recepción del derecho de la Unión Europea, teniendo en cuenta las interpretaciones que se realizaron con el anterior texto del art. 510 CP para preguntarse si con la nueva redacción del precepto operada en el 2015 se pueden evitar algunas de ellas que abocaban a la impunidad indeseada de las conductas de odio que debían y deben ser castigadas penalmente o todavía quedan resquicios para neutralizar paradójicamente el precepto en nombre de los derechos fundamentales y libertades públicas que, en realidad, son su razón de ser y objeto indirecto de tutela penal mediante la protección directa de la “diferencia”.

1.- OÍDO AL ODIO CONTRA LOS DELITOS DE ODIO: APROXIMACIÓN AL CONTEXTO SOCIAL DE LOS DELITOS DE ODIO Y LA NECESIDAD DE SU CASTIGO.

El término “oído” se define por ANDRÉS¹ como “Sentido que desde tiempos pretéritos se halla vinculado al conocimiento y revelación divina. Como órgano, se encuentra por entero desarrollado desde el nacimiento y se le considera un elemento sensorial determinante en la formación de la conciencia”.

También resalta el laureado ensayista navarro, entre un erudito contenido del término, que Martin Heidegger (1889-1976) reparó en el hecho de que cuando decimos que no hemos oído bien, en realidad estamos señalando que no hemos “comprendido” (*El ser y el tiempo* V.B, 35) y que la inteligencia es ante todo saber oír y escuchar, esto es, asimilar. Más adelante, informa que “es común encontrar en los escritos sagrados hindúes la expresión ‘sruti’, que significa “audición”, “lo oído”, como símbolo de revelación suprema y muestra de la verdad, (...) tradición recogida por culturas milenarias y por la revelación bíblica (...)”

Sobre los delitos de odio hay que prestar mucho oído porque hay un discurso del odio contra los delitos del odio y es necesario clarificar de donde venimos, donde estamos y a donde vamos en la legislación penal sobre el odio no tanto para tener revelaciones divinas sino para tener conocimiento, conciencia e inteligencia en su comprensión.

Para saber de donde venimos, es importante recordar con MUÑOZ CONDE (2001, 18)² un estudio del profesor CASABÓ RUIZ del año 1978 sobre el Anteproyecto de Código penal que hizo la Falange española en 1938, cuyo art. 138.2º castigaba con la pena de presidio el matrimonio con persona de raza inferior.

¹ *Diccionario de música, mitología, magia y religión*. Editorial Acantilado, Barcelona, 2012, 1ª reimposición, 2014, pág. 1198.

² *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*. Editorial Tirant lo Blanch. Alternativas, 2ª edición, Valencia, 2001.

La obra del penalista sevillano a la que me refiero se centra en el estudio del penalista alemán Edmund MEZGER, de gran influencia en la Dogmática penal alemana de los años 30 a 60 y trascendental para comprender nuestra propia Dogmática penal y a sus seguidores, después de la traducción que hiciera RODRÍGUEZ MUÑOZ, discípulo de JIMÉNEZ DE ASÚA, al *Tratado de Derecho Penal* de MEZGER (1930)

MUÑOZ CONDE que también recuerda con ROXIN que la Dogmática jurídico-penal se define como “*la disciplina que en el ámbito del Derecho penal se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración de las prescripciones legales y las opiniones científicas*”, en la obra citada indaga sobre los orígenes ideológicos de la polémica entre el causalismo y el finalismo, para desnudar críticamente las cuestiones dogmáticas y exponer su verdad histórica.

Verdad histórica que le lleva a resaltar a WELZEL como uno de los ideólogos del régimen nazi más importantes, dentro de la Ciencia penal, destacando su participación en el Proyecto de ley “extraños a la Comunidad” (*Gemeinschaftsfremde*), agrupando como tales grupos de personas consideradas socialmente indeseables y “dañinas para el pueblo”, fundamentalmente marginados sociales, mendigos, vagos, ladrones, estafadores de poca monta, homosexuales...

También destaca MUÑOZ CONDE cómo el discurso de WELZEL se liga a la “limpieza étnica” cuando en las últimas palabras de su Criminología en 1933 decía que la futura Administración de la Justicia penal debía ponerse al servicio de la regeneración del pueblo. Añadiendo “*Pero esta meta incluye en sí dos misiones, a saber: el restablecimiento de la responsabilidad del individuo frente a la comunidad del pueblo, y la eliminación en esta última de partes integrantes nocivas al pueblo y la raza...elevando de esta suerte, mediante la extirpación de elementos inapropiados, la composición racial del pueblo. Especialmente en sus sectores biológicos hereditarios, que cada vez logran mayor importancia, dentro y fuera del Derecho penal (...) ha de ser un medio auxiliar indispensable de todas las direcciones y tendencias eugenésicas*”

Habría sido fácil recordar que el horror del Holocausto nazi está en la génesis de *los delitos de odio (hate crimes)*³ pero como se discute mediante “la negación del negacionismo” la propia existencia histórica de este Holocausto, a pesar de su innegable verdad histórica, he querido resaltar que en España, en la que no hace muchos años sufrimos la Dictadura del general Franco (1939-1975) la necesidad del castigo y punición de los delitos de odio no sólo responde a un imperativo ético-democrático sino a una imperiosa necesidad de higiene penal democrática.

³ Hay que recordar que el uso de la denominación “delitos de odio” forma parte del lenguaje del Consejo de Ministros de Maastricht, en el que los Ministros de Asuntos Exteriores de los 55 Estados Mimbros de la OSCE acordaron mantener información y estadísticas sobre “delitos de odio” y enviar un informe con esta información a la OSCE de manera periódica. Fuente: Movimiento contra la Intolerancia, *Materiales Didácticos nº 5. La lucha contra los Delitos de Odio en Europa*, 2005, pág. 10. La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) define los delitos de odio como: «*toda infracción penal, incluidas las infracciones contra las personas y la propiedad, cuando la víctima, el lugar o el objeto de la infracción son seleccionados a causa de su conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia real o supuesta a un grupo que pueda estar basado en la “raza”, origen nacional o étnico, el idioma, el color, la religión, la edad, la minusvalía física o mental, la orientación sexual u otros factores similares, ya sean reales o supuestos*».

Estamos hablando de una España, en la que la dogmática penal bebió también de MEZGER y sobre la que todavía no conocemos estudios sobre el compromiso de eminentes juristas con la Dictadura franquista, salvo el de SERRANO GONZÁLEZ titulado *Un día en la vida de José Castán Tobeñas*⁴

En este contexto no resulta extraño que hasta la Ley Orgánica 4/1995, veinte años después de la muerte del general Franco, no se le ocurriera al legislador penal español introducir el castigo de la discriminación racial en el art. 165 ter y la agravante de racismo en el art. 10.7 CP, cuando el régimen político anterior, si bien mantuvo sus distancias estratégicas con el nacionalsocialismo, compartía una ideología común en estas materias.

Obsérvese, que la película *Raza* (1941) también llamada *Espíritu de una raza*, dirigida por José Luis Sáenz de Heredia seguía el guión de un tal Jaime de Andrade, *alter ego* de Francisco Franco. En ella se exaltaba el ideario nacional-católico del régimen identificándolo como la raza española, abnegada y valerosa que luchó en la Guerra Civil contra el comunismo, la anti-España y la conspiración judeo-masónica.

Es bien cierto que no podemos omitir nuestro pasado histórico de intolerancia, representado básicamente por la Inquisición española y el lastre histórico, en todos los órdenes, que padecemos social y culturalmente⁵. Como afirma MARTÍNEZ MILLÁN (2007) en uno de los estudios más solventes sobre la Inquisición española⁶, es importante examinar cómo ha influido aquella en la sociedad española pero es más importante descubrir que era la propia sociedad la que era inquisitorial.

Para situarnos donde estamos, es imprescindible comprender la interacción entre la sociedad civil y las estructuras políticas y jurídicas, en donde se inserta la problemática del *discurso del odio* y de los delitos de odio. Esa interacción no puede dejar de estudiarse a fondo.

Sólo comprendiendo esa interacción y sus mecanismos internos, podremos contextualizar la respuesta penal en su dimensión social e histórica. Y analizar jurídicamente, desde un punto de vista dogmático-penal, la construcción jurídica de

⁴ Editorial Tirant lo Blanch-Universidad de Valencia, Valencia 2001.

⁵ Véase mi estudio “Nuevas perspectivas sobre el sistema acusatorio e instrucción penal: el papel del Ministerio Público en España”, *Revista La Ley Penal* núm. 100 (enero/febrero 2013), en cuya nota 13 hago un resumen de la bibliografía sobre la Inquisición española, en los siguientes términos: “Sobre la Inquisición y su proceso, véanse, en esencia, los libros básicos de: EIMERIC, Nicolau (primer Inquisidor General de Aragón) y PEÑA, Francisco, *El Manual de los Inquisidores*, 1376-1578, edición española en 1983 de SALA-MOLINS, Luis, Muchnik editores, Barcelona; LEA, Henry Charles *History of the Inquisition of Spain*, 4 vols, New Cork, Macmillan, 1906-1907, edición en español a cargo de A. Alcalá, *Historia de la Inquisición Española*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 1983; LLORENTE, Juan Antonio, *Historia crítica de la Inquisición en España*, 1817, edición en 1980 en 4 vols. libros Hiperión, Madrid; PÉREZ VILLANUEVA, J. y ESCANDELL BONET, B, *Historia de la Inquisición en España y América*, 3 vols. BAC (1984-1993-2000); KAMEN, Henry, *La Inquisición española. Una revisión histórica*, Crítica, Barcelona (1999); JUAN CABALLERO, Ricardo, *Justicia Inquisitorial. El sistema de justicia criminal de la Inquisición española*, Ariel Historia, Buenos Aires, 2003; ESCUDERO, José Antonio, *Estudios sobre la Inquisición española*, Marcial Pons Historia, Madrid, 2005. Para una bibliografía general sobre la Inquisición, consúltese la prestigiosa obra de EMILE VAN VEKENE, *Biblioteca bibliographica historiae Sanctae Inquisitionis. Bibliographisches Verzeichnis des gedruckten Schriftums zur Geschichte und Literatur der Inquisition*, 2 vols. (Liechtenstein, 1983) »

⁶ *La Inquisición española*. Alianza editorial. Madrid, 2007.

estos delitos y su *funcionalidad* para la defensa y protección del orden democrático, además de recordar que, en último término, el problema y la respuesta tiene que ser la educativa y, como no, también jurídica.

Bernaldo de QUIRÓS, al elaborar la leyenda de la palabra ODIO en la vieja Enciclopedia Jurídica Española Seix (Barcelona, 1910) tomo XXIII, decía:

*“Sentimiento que forma con el amor la par de opuestos contrarios ó antagónicos en que se manifiesta la vida emotiva y que se caracteriza principalmente por la tendencia, impulsiva ú obsesiva, á destruir la persona ó el ser vivo sobre que recae, pues el sentimiento en cuestión no se dirige nunca á las cosas. El odio se distingue en este carácter de la simple aversión, que se limita á evitar la proximidad ó el contacto de lo que se aborrece; y aun siendo, como antes se ha dicho, antagónico del amor, puede suceder a éste, en una extraña transmutación de valores. **Finalmente, el odio no es nunca un sentimiento noble, de suerte que no puede merecer, por sí solo, benevolencia en el Derecho por parte de legisladores y juzgadores”***

Finalmente, para saber a donde vamos, no estaría de más señalar que en ese orden democrático se insertan los derechos fundamentales y libertades públicas de ideología, opinión, expresión, manifestación y reunión, que, paradójicamente, desde ciertos sectores doctrinales y judiciales, se esgrimen como elementos neutralizadores de la tipicidad penal de estas conductas, defendiendo la tolerancia con los intolerantes. Sin percatarse, sin duda de forma inconsciente, que la tolerancia con los intolerantes nos condena a la intolerancia con los tolerantes.

Es decir, al suicidio.

No obstante, la polémica doctrinal alrededor de los delitos de odio está servida cuando catedráticos de Derecho penal no sospechosos de su connivencia con la ideología nazi, tales como PORTILLA (2015)⁷ comentando el nuevo art. 510 CP, tras la reforma penal del 2015, afirman lo siguiente:

“A veces, se convierte en tipos autónomos lo que no son más que participaciones intentadas, actos preparatorios, tentativas de inducción. Tipos penales en los que es difícil hallar un bien jurídico, en los se vulneran derechos constitucionales. Pues bien, los delitos “de odio” simbolizan el desprecio por la libertad de expresión, creencia e ideología, que hubiera llevado a la hoguera la “Incitación al Nixonicidio y alabanza a la Revolución Chilena” y a Pablo Neruda a la cárcel. Sorprende que aquellos que se indignan ante el asesinato de los redactores de la revista Charli Hebdo, llegando a identificarse con las caricaturas realizadas en nombre de la libertad de expresión, sean los mismo que tipifican una incitación al odio que privaría de libertad a los autores de tales viñetas”

Sin duda, el comentario del admirado catedrático jienense hay que interpretarlo en el seno de la crítica, incluso no sin cierta actitud provocativa en un debate donde si

⁷ Véase, v.gr. su importante contribución al conocimiento del Derecho Penal franquista en su estudio “La ideología del Derecho penal durante el nacional-catolicismo franquista”, en *Franquismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur?* / Federico Fernández-Crehuet López (ed. lit.), António Manuel Hespanha (ed. lit.), 2008, págs. 101-120.

bien se niega que puedan penalizarse los sentimientos, como el odio, sin embargo se mueve en el ámbito de los mismos.

Tanto por unos como por otros.

No puede desconocerse que las conductas típicas penales son descripciones de conductas humanas y que estas se inspiran, básicamente, en la condición humana, es decir, también en los sentimientos humanos, entre los que se encuentran aquellos que son destructivos, como el odio, o los altruistas, como el amor, a los que no es ajeno el Derecho penal ni ahora ni antes, representando en cierto modo la relevancia de lo pensado (o sentido en el pensamiento) el punto de inflexión que marcó las académicas diferencias en la Teoría del Delito de los sistemas causalistas (BELING, VON LISTZ y MEZGER), finalistas (WELZEL) y funcionalista (ROXIN y JAKOBS) así como la construcción de la culpabilidad y los llamados elementos subjetivos de la antijuricidad, cuando sabemos que el delito se define como la acción típica, antijurídica, culpable y punible.

Pero ya que hablamos de sentimientos, holocaustos, crímenes y víctimas y el catedrático PORTILLA cita al gran poeta NERUDA, recordemos con las palabras de otro gran poeta, Luis GARCÍA MONTERO, lo que gira alrededor de este delito para acercarnos a su interpretación con los máximos elementos de juicio, que no son sólo los erróneamente llamados *jurídicos* cuando se pretende configurar a estos aislados de los criterios hermenéuticos establecidos en el art. 3.1 del Código Civil⁸, que obligan a mirar a la historia y a la sociedad cuando de interpretación jurídica se trata.

La reflexión de GARCÍA MONTERO se expresa en un artículo periodístico titulado “El amor después de Auschwitz”⁹, que reproducimos a continuación.

“Una pareja de ancianos baila en el centro de una habitación. Esa es la imagen que me ha quedado de Amor, la última película de Michael Haneke. Una pareja baila con elegancia, en una casa elegante, dentro de un barrio elegante de París. Los cuerpos de Jean-Luis Trintignant y Emmanuele Riva convocan el amor en un abrazo. Se funden en los recuerdos y en la música silenciosa de sus ochenta años. Ancianos y bellos danzan reunidos y con pasos tímidos en la soledad de un espacio y de una edad demasiado grandes.

Quizá haya algún espectador que me corrija. Los ancianos de la película no bailan. Ella sufre una enfermedad grave que la paraliza. Para ir al baño o para regresar del salón al dormitorio, consigue ponerse de pie con mucha dificultad y sólo puede moverse si se apoya en el cuerpo de él, si se anuda a su cuello, pecho contra pecho. Necesitan acompañar su paciencia y sus piernas frágiles. ¿Eso es bailar? Hará bien en quitarme la razón quien identifique el baile y la unidad íntima de dos cuerpos con la fortaleza de la fiesta. Pero yo me inclino a señalar en este momento, en estos momentos, la debilidad que puede esconderse y salvarse también en un abrazo. Justificar un abrazo.

⁸ El cual dice: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”

⁹ Publicado en el libro *Verso Libre*, Infolibre (2016), que recopila las colaboraciones del poeta en el diario Infolibre

Nos apoyamos en el otro, nos movemos junto al otro, para compartir una alegría o una debilidad. Quienes bailan se refugian.

La debilidad es la verdadera razón de los vínculos. No se trata de egoísmo. Afecta tanto la debilidad propia como la ajena. Nos reunimos porque necesitamos cuidar y que nos cuiden. El deseo surge de la conciencia de que algo nos falta. Buscamos y nos ponemos en búsqueda y captura. La sociedad de los débiles es la que más necesita el amor. **Y es que el amor es un derecho de expresión y reunión.**

El argumento de la película de Haneke da vueltas sobre la decrepitud, la enfermedad, las escenas finales de la vida. No oculta en ninguna escena la debilidad humana, sus humillaciones, las ataduras inevitables que se dan entre lo más hermoso, lo más querido y los excrementos. Mientras la mujer elegante, maestra de piano y orgullosa, se acerca con una lucidez despiadada no ya a su muerte, sino a una realidad escatológica, la cámara se fija en los buenos libros, el arte y la atmósfera de la música clásica. Emmanuele Riva no quiere trampas. ¿Es la belleza y la dignidad humana una trampa?

Tehodor Adorno se preguntó si tenía sentido escribir poesía después de Auschwitz. Cuando el ejército soviético entró en el campo de concentración nazi, el espectáculo de los cuerpos maltratados era sólo un indicio de la catástrofe. Era la razón humana convertida en crueldad y método de destrucción contra los judíos. ¿Y la poesía? Las dudas de Adorno estaban cargadas de gravedad. No nos decía que resultase difícil ponerse poético después de asistir a un exterminio. Lo verdaderamente complicado era comprender que ese exterminio había surgido desde el corazón de la misma cultura que alimentaba los sentimientos más sublimes de la poesía.

Pues busquemos entonces el corazón. Y decidamos. ¿Es posible escribir después de Auschwitz? **Sí, desde luego. Se ha escrito mucho, por fortuna. Pero no es conveniente escribir olvidándose de que Auschwitz ha existido. De que Palestina existe hoy.** No deberíamos ser indiferentes a la tortura, a las cárceles, a la muerte, a los cuellos fracturados, a las humillaciones por motivos raciales en el autobús cotidiano de la vida. Y para seguir escribiendo, además, es conveniente recordar que en la condición humana, junto a la crueldad, danzan también el amor, y los cuidados, y el baile, y películas como la última de Michael Haneke. Nos vincula nuestra debilidad. El fanatismo, que es fuerte, nos cierra los ojos. Quien se pone de parte de las víctimas, puede equivocarse, pero sus errores no son nunca muy graves. **Quien se equivoca al ponerse al lado de los verdugos corre un riesgo mucho mayor de indecencia.** Eso nos enseñó Auschwitz, algo que no debemos olvidar, sobre todo, los que estamos empeñados en seguir escribiendo poesía.

De la última película de Michael Haneke me quedo con la imagen de dos ancianos enamorados. Bailan, están unidos, son conscientes de su debilidad y resisten juntos, abrazados, ante la muerte. No cierran los ojos. La muerte no puede negarse. Hay que aceptarla. Pero el amor y los cuidados son un aplazamiento, una forma de resistencia”

Sabemos que en el discurso jurídico procesal penal la duda significa ponerse a favor del acusado en virtud del derecho fundamental a la presunción de inocencia *ex art.* 24.1 CE pero aquí no estamos ante ese dilema, que podría llevarnos a defender la

indeseable posición del verdugo, sino ante un dilema de más entidad cual es si en las sociedades democráticas abiertas¹⁰ son admisibles penalmente conductas que dinamitan su orden social so pretexto del ejercicio de las libertades en las que se basan esas democracias. En definitiva, –en conocida frase- si pueden tener libertad los enemigos de la libertad.

Ahí, quizás me equivoque, está el *quid* de estos delitos del odio.

2.- EL ARTÍCULO 510 DEL CÓDIGO PENAL TRAS SU REFORMA POR LO 1/2015.

Norma penal. Texto vigente.

Título XXI Libro II Código Penal (LO 10/1995, reformado LO 1/2015)

Delitos contra la Constitución

Capítulo IV

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

Sección 1ª

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

ART. 510

TIPO BÁSICO. Conductas.

*“1. Serán castigados con una pena de **prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:***

- *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.***
- *b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan*

¹⁰ Parafraseo el título del conocido ensayo de Karl POPPER, *La sociedad abierta y sus enemigos* (1945)

escritos o cualquier otra clase de material o soportes que **por su contenido sean idóneos** para fomentar, promover, o incitar 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.

- **c) Públicamente** nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, **por motivos** racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o 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, **cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.**

TIPOS ATENUADOS. Conductas.

2. Serán castigados con la pena de **prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:**

- **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, 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, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido **sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas** por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.
- **b) Quienes enaltezcan o justifiquen** por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos 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, o a quienes hayan participado en su ejecución.

TIPO ATENUADO AGRAVADO

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.

TIPOS CUALIFICADOS AGRAVADOS

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.

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.

DISPOSICIONES COMUNES

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.

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”

2.1-. ANTECEDENTES

Como es sabido, el art. 510 CP tiene su antecedente más lejano en el art. 165 ter¹¹ introducido en el CP mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 4/1995, de 11 mayo, de modificación del Código Penal, en la que se tipificaba la apología de los delitos de genocidio¹², donde también se castigaba la provocación y apología a la discriminación y la llamada agravante de racismo.

En efecto, aquella ley orgánica introdujo en el CP 1973 de forma simultánea junto con el art. 165 ter citado, el art. 137 bis b) y 137 bis c)¹³ y la circunstancia agravante del art. 10.7 CP¹⁴

¹¹ Se encontraba ubicado en el Título II –Delitos contra la seguridad interior del Estado. Capítulo II. De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la personas reconocidos por las Leyes. Sección 1ª. Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las Leyes, del Libro II del CP cuyo TR fue aprobado por Decreto 3096/73, de 14 septiembre.

¹² BOE 113/1995, de 12 mayo. La redacción original del art. 165 ter decía: “1. *Los que provoquen o inciten, directamente o mediante la apología, a través de medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por motivos referentes a su origen racial, étnico o nacional, o a su ideología, religión o creencias, serán castigados con la pena de prisión menor en grado mínimo o medio y multa de 100. 000 a 1. 000. 000 de pesetas.* 2. *La apología existe cuando, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor y que, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito»*

¹³ Ubicados en el Título I. Delitos contra la seguridad exterior del Estado. Capítulo III. Delitos contra el derecho de gentes, del Libro II CP 1973.

¹⁴ Según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/1995 los nuevos preceptos estaban justificados por lo siguiente: “*La proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ella. Ello resulta tanto más urgente cuando se presencia la reaparición, en la guerra que asola la antigua Yugoslavia, de prácticas genocidas que los pueblos europeos creían desterradas para siempre.*

Por desgracia, España no ha permanecido ajena al despertar de este fenómeno, circunstancia que se agrava por el hecho de que la legislación española no contempla suficientemente todas las manifestaciones que este fenómeno genera, manifestaciones, sin embargo, contempladas en Tratados internacionales ratificados por nuestro país. Así, el Convenio de Nueva York, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y la sanción del delito de genocidio, y el Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965.

En cumplimiento de nuestras obligaciones internacionales en la materia, se aprobó recientemente la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, que comporta la adopción de medidas necesarias con arreglo a nuestro Derecho interno para cumplir la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se creó un Tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia. Con ello no se agota nuestro deber de solidaridad y la necesidad de tratar con firmeza estos actos. Su proliferación nos obliga a dar un paso más allá en la represión de cuantas conductas puedan significar apología o difusión de las ideologías que defiendan el racismo o la exclusión étnica, obligaciones que no pueden verse limitadas en nombre de la libertad ideológica o de expresión, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre).

Se introduce, por último, una nueva agravante en los delitos contra las personas y el patrimonio cuando el móvil para la comisión sea racismo, antisemitismo u otros motivos referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima”

Según recuerda TAPIA (2010, 1780) “Esta regulación se debió a la creciente ola de acontecimientos racistas y xenófobos que en nuestro país se desata en la década de los noventa, momento también el que se consolidan grupos organizados de ideología nacional socialista (tuvo especial importancia la tipificación de este delito el caso de Violeta Friedman resuelto en STCo 214/1991, de 11 noviembre)”

El llamado “Código Penal de la Democracia” aprobado por LO 10/1995, de 23 noviembre, situó el art. 510 en su ubicación actual entre los Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, Sección 1ª, Capítulo IV, Título XXI (Delitos contra la Constitución) del Libro II, dándole la redacción que ha sido modificada por LO 1/2015.

Desde aquella lejana fecha de 1995, tanto normativa internacional anterior y posterior, ya conocida y a que haremos referencia a continuación en sus textos más relevantes, como la importante **Decisión Marco 2008/913/JAI, del Consejo de 28 noviembre 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal**, en ámbito de la Unión Europea, junto con la **Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 noviembre (caso Librería Europa), que declaraba inconstitucional la tipificación penal de la mera negación del genocidio prevista en el art. 607.2 CP**, las críticas doctrinales a la redacción del art. 510 CP 1995, así como las iniciativas procedentes de diferentes sectores institucionales¹⁵, en la que destaca la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Barcelona que en el año 2009 ya constituyó un servicio específico para abordar estos delitos¹⁶, y no gubernamentales (SOS Racismo, Movimiento contra la Intolerancia, etc.), deben tenerse en cuenta para explicarse la reforma penal de 2015¹⁷.

En efecto, en la normativa internacional más importante, recordaremos que surge tras la finalización de la II Guerra Mundial, después del Holocausto que había llevado a millones de personas (principalmente, judíos) a las cámaras de gas de los campos de concentración nazis.

Así, destaca, por integrarse en nuestro ordenamiento jurídico mediante Instrumentos de Adhesión y Ratificación y tener vigencia *ex art.* 96.1 CE en relación con el art. 10.2 CE, las siguientes normas:

- La Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948¹⁸.

¹⁵ Entre los internacionales, destaca, a nivel mundial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial integrado en el Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos y, a nivel europeo, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) y el Servicio de Delitos de Odio de la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE-ODIHR)

¹⁶ Véase Memoria Fiscalía General del Estado, 2015, pp. 619 a 643.

¹⁷ Para una completa, exhaustiva y excelente recopilación de materiales sobre esta materia, véase AGUILAR GARCÍA, M.A. (Director) *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*. Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especializada, Barcelona, 2015.

¹⁸ Instrumento de Adhesión, de 13 septiembre 1968 –BOE núm. 34, de 8 febrero 1969.

- Art. 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial firmado en Nueva York el 7 de marzo 1966¹⁹, que obliga a los Estados parte a declarar como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tal efecto, contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación.

- Art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York el 16 diciembre 1966²⁰, que dispone que toda apología del odio nacional, racial o religioso, que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, estará prohibida por la ley.

— La Resolución 60/7 de la Asamblea de Naciones Unidas, de 1 de noviembre de 2005, recordación del Holocausto²¹.

Unión Europea

- El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950²², que limita la libertad de expresión en relación con las manifestaciones racistas y xenófobas.

— La Recomendación R (97) 20, aprobada el 30 de octubre de 1997, y la Recomendación 7, de 13 de octubre de 2002, de política general acerca de la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial en la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa. Sobre el discurso del odio, lo define como aquel « *cubre todas las formas de expresión que extienden, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otra forma de odio basada en la intolerancia*». Dicha recomendación insta a los Estados a «*actuar contra todas las formas de expresión que*

¹⁹ Instrumento de Adhesión de 13 septiembre 1968 –BOE núm. 118, de 17 mayo 1969.

²⁰ Instrumento de Ratificación de 27 abril 1977 –BOE núm. 103, de 30 abril 1977-

²¹ 1. *Decide* que las Naciones Unidas designen el 27 de enero Día Internacional de Conmemoración anual en memoria de las víctimas del Holocausto;

2. *Insta* a los Estados Miembros a que elaboren programas educativos que inculquen a las generaciones futuras las enseñanzas del Holocausto con el fin de ayudar a prevenir actos de genocidio en el futuro y, en ese contexto, encomia al Grupo de Trabajo para la cooperación internacional en la enseñanza, recordación e investigación del Holocausto;

3. *Rechaza* toda negación, ya sea parcial o total, del Holocausto como hecho histórico;

4. *Encomia* a los Estados que han participado activamente en la preservación de los lugares que sirvieron de campos de exterminio, campos de concentración, campos de trabajo forzoso y cárceles nazis durante el Holocausto;

5. *Condena sin reservas* todas las manifestaciones de intolerancia religiosa, incitación, acoso o violencia contra personas o comunidades basadas en el origen étnico o las creencias religiosas, dondequiera que tengan lugar;

6. *Pide* al Secretario General que establezca un programa de divulgación titulado “El Holocausto y las Naciones Unidas” y que adopte medidas para movilizar a la sociedad civil en pro de la recordación del Holocausto y la educación al respecto, con el fin de ayudar a prevenir actos de genocidio en el futuro; que le informe sobre el establecimiento del programa en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de aprobación de la presente resolución; y que le informe, en su sexagésimo tercer período de sesiones, sobre la ejecución del programa.

42ª sesión plenaria

²² Instrumento de Ratificación de 26 septiembre 1979 –BOE núm. 243, de 10 octubre 1979-

propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia».

— La Recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre blasfemia, insultos religiosos y discursos del odio contra personas por razón de su religión, que indica la conveniencia de sanciones penales sobre sus autores.

- Decisión Marco 2008/913/JAI, del Consejo de 28 noviembre 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal.

Esta Decisión ha determinado, principalmente, la reforma penal 2015 en estos delitos para adaptar el anterior art. 510 CP, que procedía del año 1995, a su contenido. El cual –hay que decirlo, a la vista de las críticas doctrinales que consideran que la norma penal reformada se ha excedido de la DM²³- se establece como mínimo, según considerando (13) de la DM, que incluso señala la posibilidad de adoptar medidas directas por la Unión Europea de acuerdo con el principio de subsidiariedad mencionado en el art. 2 del Tratado de la Unión Europea y definido en el art. 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

El art. 7 de la DM referido a las normas constitucionales y principios fundamentales señala el núcleo de la problemática de los delitos de odio, en el que se debate la doctrina y la jurisprudencia como “campo de batalla” y sobre el que se debe de incidir especialmente si no se quiere la impunidad de estas conductas so pretexto de la defensa de derechos fundamentales y libertades públicas.

Dicho precepto dice:

“1. La presente Decisión Marco no podrá afectar a la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales, incluidas las libertades de expresión y de asociación, consagrados en el art. 6 del Tratado de la Unión Europea.

2. La presente Decisión Marco no podrá tener por efecto el exigir a los Estados miembros la adopción de medidas que contradigan principios fundamentales, relativos a las libertades de asociación y expresión, en particular, las libertades de prensa y de expresión en otros medios de comunicación, ni las normas que regulen los derechos y las responsabilidades de la prensa o de otros medios de información, tal como se derivan de tradiciones constitucionales, así como sus garantías procesales, cuando esas normas se refieren al establecimiento o a la limitación de responsabilidad”.

Después de estos antecedentes, veamos los aspectos dogmáticos de la reforma que merecen nuestro comentario crítico. Las claves interpretativas exigen clarificar el bien jurídico protegido y la naturaleza de este delito (peligro o de lesión) ya que la conclusión que se llegue en estos campos será la que determine qué posición tomar ante la nueva redacción del art. 510 CP, tras la reforma penal del 2015.

²³ Véase v.gr. PORTILLA (2015) y TERUEL (2015)

2.2.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

2.2.1.- Opiniones doctrinales

Viene defendiéndose por un sector mayoritario de la doctrina y jurisprudencia que el bien jurídico protegido en este delito es el derecho a la no discriminación (art. 14 CE) como derecho autónomo al derecho a la igualdad y que este bien tiene una dimensión individual y colectiva (TAPIA, 2010, 1780)

Según ROIG (2015, 1264), la amplitud de los móviles que se recogen en el nuevo art. 510.1º CP “*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*”, permite confirmar la tesis de la doctrina mayoritaria que sostiene que el objeto de tutela es el derecho a la no discriminación.

Otros autores se prodigan en más bienes jurídicos protegidos e incluso niegan que existan y atribuyen a algunas conductas la negación de libertades públicas.

Así, PORTILLA (2015) sostiene que “*estamos ante un tipo penal pluriobjetivo, que no protege el mismo bien jurídico en todas las conductas descritas. En los casos de participaciones intentadas y de incitación directa e indirecta a la discriminación, se condena la puesta en peligro abstracto del derecho a la igualdad del colectivo afectado por el móvil discriminatorio (incitación directa) o el peligro del peligro abstracto de la igualdad (fomento, promoción e incitación indirecta). De otra parte, en los casos de incitación a la violencia, se sanciona el peligro que representa para la seguridad del grupo la incitación a la práctica de actos violentos discriminatorios, al tiempo que se protege el derecho a la igualdad de ese colectivo (...) En cuanto a la incitación al odio, no existe bien jurídico protegido alguno, es tan sólo la excusa para reprimir la libertad de expresión*”

2.2.2.- Postura

La ubicación sistemática de un precepto penal en el Código Penal no es baladí, a efectos de su interpretación, ya que el cuerpo legal se estructura en su Libro II en función a bienes jurídicos protegidos, siendo la denominación del Título una expresión por parte del legislador de cual es el bien jurídico protegido de los delitos que abarcan dicho Título, al menos, el bien jurídico protegido general, con independencia de su concreción en los capítulos y secciones del mismo.

Así, el art. 510 CP, tanto por sus antecedentes como por su configuración actual se sitúa entre los delitos contra la Constitución, en especial a los cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Carta Magna, por lo que su *ratio* es el correcto ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de expresión, manifestación y asociación de los arts. 20, 21 y 22 CE.

Los delitos de odio no pueden interpretarse como negaciones ni límites de los derechos fundamentales y libertades públicas *ex art. 20.4 CE* sino como el contenido negativo de estos derechos.

Me explico.

El contenido de un derecho fundamental se expresa mediante su faceta positiva, en donde se exterioriza *lo que es* y, por otro lado, a través de sus aspectos negativos, cuando el legislador señala a través de la tipificación penal de conductas con motivo de su ejercicio, *lo que no es*.

Cuando el legislador penal tipifica conductas con motivo del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, dentro del Título de los delitos contra la Constitución, nos está diciendo qué conductas no pueden interpretarse como el contenido del derecho fundamental y libertad pública desde una dimensión negativa, si bien pueden darse bajo el amparo del ejercicio de este derecho en su faceta positiva. Es decir, pueden surgir en fraude de ley *ex art. 6.4 CC*, ya que se amparan en el ejercicio del derecho fundamental para negar el mismo derecho en el que dicen fundamentarse.

La explicación de este proceder debe vincularse a *la funcionalidad* del reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas en un Estado social y democrático de Derecho.

En efecto, esos derechos se reconocen y protegen porque son la plasmación práctica de los valores superiores del ordenamiento jurídico, los cuales se nombran en el art. 1 CE bajo las palabras (y conceptos) que expresan la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

A ello se añaden dos afirmaciones, sin las cuales el art. 1 CE sería sólo una proclamación retórica inadmisibles en un Estado social y democrático de Derecho, a saber:

1º.- La libertad e igualdad del individuo deben ser efectivas. De ahí, que el art. 9.2 CE señale que *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*

Este principio de efectividad *obliga a la penalización de las conductas más gravemente antidemocráticas*, es decir, las que tienden o destruyen el orden democrático en el cual la libertad y la igualdad deben ser efectivas. Aquellas que niegan o destruyen esa libertad e igualdad.

2º.- *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social”*, como afirma el art. 10.1 CE.

También, desde esta perspectiva, que es complementaria a la anterior, en un Estado social y democrático de Derecho es obligado penalizar, en su calidad de

conductas intolerables para la convivencia, aquellas que minan o destruyen su el fundamento de su orden político y paz social.

Los delitos de odio entran de lleno en estas consideraciones. Atacan la libertad y la igualdad y destruyen el fundamento del orden político democrático y su paz social.

De ahí, que su bien jurídico protegido no sea sólo la no discriminación o la protección de la igualdad o de la diferencia, según la perspectiva que se aborde, sino los propios valores superiores del ordenamiento jurídico y los fundamentos del orden político y social.

Se puede decir que aquél será el bien jurídico protegido mediato o indirecto mientras que la no discriminación será el inmediato o directo, pero en esta cuestión no creemos oportuno diferenciar por esas categorías el bien jurídico protegido, dada la innegable dimensión comunitaria o colectiva de la conducta prohibida. Ya que no se trata de vulnerar el derecho a la no discriminación de una persona individual por los motivos que expresa el precepto penal sino socavar el orden democrático a través de la lesión a la persona individual o al grupo vulnerable socialmente al que pertenece.

En relación con los bienes jurídicos colectivos o de dimensión colectiva frente a los individuales, puede reflexionarse que cuando se ataca un bien jurídico protegido individual, como el derecho a la vida de un individuo mediante una acción homicida, también se ataca un bien comunitario o social, el orden social.

Es cierto. Pero este orden social queda en el marco del derecho individual. Se protege el derecho individual en si mismo considerado, con independencia de su marco social. Órdenes sociales no democráticos también protegen penalmente derechos individuales como el derecho a la vida, si bien –según la intensidad antidemocrática del sistema- esta protección puede verse matizada en función a los intereses de ese mismo sistema (v.gr. prohibición o no de la pena de muerte)

En el caso de los delitos del odio, como otros que atacan bienes jurídicos supraindividuales o de esta dimensión, **el orden social democrático no enmarca el derecho protegido sino que es el mismo objeto de protección, es el bien jurídico protegido.**

Al contrario, un sistema penal dictatorial totalitario, que se funda en el racismo o en otras discriminaciones, como fue el nazismo alemán, para el cual trabajaron eminentes penalistas como WELZEL²⁴ no puede concebir los delitos de odio como se han construido a raíz de los horrendos crímenes perpetrados bajo su égida, ya que estas conductas no sólo no atacaban su orden político-social sino que fundaban el mismo. Lo delictivo para ellos –la libertad de expresión y demás libertades- es lo que nosotros en los sistemas democráticos protegemos penalmente.

²⁴ Véase MUÑOZ CONDE, F. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, editorial Tirant lo Blanch, alternativa, 2ª edición, Valencia, 2001. El autor, tras recordar el pasado nazi de Mezger, recuerda que éste ejerció de asesor e inspirador de la política de exterminio racista y genocida del régimen nazi, sobre todo, en su participación en el Proyecto de Ley “Gemeinschaftsfremde” (Extraños a la comunidad”, que se refería al tratamiento para con diferentes grupos de personas fundamentalmente marginados sociales, mendigos, ladrones y estafadores de poca monta, homosexuales, considerados el enemigo interior el régimen.

Por eso, no estoy de acuerdo cuando se pretende enfrentar los delitos de odio con las libertades de expresión, manifestación y asociación, ya que el objeto de protección de esos delitos son, precisamente, esas libertades.

Obsérvese que cuando no existen las libertades citadas –como ocurría en el sistema nazi- tampoco existían, lógicamente, los delitos de odio. Por eso, veo artificial el conflicto entre estos delitos y las libertades expresadas, que ha asumido a la doctrina y a nuestros Tribunales en oscuras polémicas doctrinales.

Se puede decir que sin libertad no existirían los delitos de odio, que son su negación, y sin delitos de odio no hay libertad, que es protegida por ellos.

Por último, cuando se pone el énfasis en el derecho a la no discriminación como bien jurídico protegido autónomo al derecho a la igualdad *ex art. 14 CE*, es comprensible plantearse si, en realidad, habría que resaltar no tanto el derecho a la no discriminación que conlleva una carga negativa como el derecho a la diferencia, en cuanto es un derecho *en positivo* proactivo para la verdadera igualdad, que pasa por la protección de la diferencia.

Es decir, que se protege el derecho a no ser iguales, a ser diferentes, que no es lo mismo que la desigualdad discriminatoria o injusta.

Jurídicamente, es conocido que el Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias sobre el art. 14 CE ha destacado que el derecho a la igualdad no prohíbe el trato desigual cuando éste se funda en motivos justos o no discriminatorios. En esencia, se afirma que a supuestos de hechos iguales deben aplicársele consecuencias iguales y que las diferencias de trato necesitan justificar, adecuadamente, la existencia de los motivos de tales diferencias.

La primera sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional que aborda esta cuestión, la nº 22/1981, de 22 julio²⁵, que repiten todas las demás, ya indicaba en su FJ 3º lo siguiente:

“(…) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El artículo 14 del Convenio Europeo --declara el mencionado Tribunal en varias de sus sentencias-- no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es solo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”

²⁵ Resolvía estimándola la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el entonces Magistrado de Trabajo nº 9 de Madrid contra la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad. Ponente Begué Cantón, recurso 223/1980 (La Ley 187/1981)

Desde ciertos sectores, incluso se habla –en términos confusos- de una *discriminación positiva*, admitiendo la desigualdad de trato en pro de colectivos precarios. Digo confusos porque debería reservarse el término “discriminación” a desigualdad injusta mientras que la justa debería denominarse “diferencia”.

2.3.- NATURALEZA

Un punto de partida inexcusable para el análisis de cualquier tipo delictivo es el de su naturaleza jurídica.

Dentro de la tipicidad se distinguen diferentes clases de delitos según diferentes criterios, v.gr. en cuanto al sujeto activo (delitos comunes o especiales), según la conducta típica (delitos de acción y de omisión), por la duración de sus efectos sobre el bien jurídico protegido (delitos instantáneos, permanentes o de estado), según la conexión entre los tipos (delitos básicos, atenuados o privilegiados o agravados o cualificados) y, por último, según el grado de afectación del bien jurídico protegido, delitos de lesión o de peligro, según exijan una producción de un daño efectivo al bien jurídico protegido o la mera probabilidad de un daño.

No vamos a extendernos en estas clasificaciones delictivas pero si asumimos, no sin cierta crítica²⁶, el planteamiento tradicional –puede ser denominado dogmático- sobre estas clasificaciones²⁷.

Por lo que aquí interesa, los delitos de peligro pueden ser de peligro concreto o abstracto, según requieran la creación de un peligro de lesión inmediata al bien jurídico protegido o sólo los que se presume este peligro en virtud de la propia conducta descrita en el tipo penal.

MIR PUIG (2011, 240, 63 y 64) afirma: *“Pero, según la diferenciación expresada, los delitos de peligro abstracto no requerirían ningún peligro efectivo, por lo que sería dudoso que se explicasen como verdaderos delitos de peligro. Debería hablarse, a lo sumo, de delitos de “peligro presunto”. Sin embargo, hoy se discute que persista la tipicidad en los delitos de peligro abstracto en el caso extremo de que se pruebe que se había excluido de antemano todo peligro. A favor de negar su subsistencia penal cabe alegar que deja de tener sentido castigar una conducta cuya relevancia penal proviene de la peligrosidad que se supone en ella, cuando tal peligrosidad aparece como inexistente desde el primer momento. Si la razón del castigo de todo delito de peligro (sea abstracto o concreto) es su peligrosidad, siempre deberá exigirse que no desaparezca en ellos todo peligro.*

De ahí que, mejor que decir que en los delitos de peligro abstracto no es preciso un efectivo peligro, es formular su distinción respecto de los delitos de peligro concreto en los términos siguientes: en los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión (así, que la acción haya estado a punto de causar una lesión a un bien jurídico protegido determinado) mientras

²⁶ Véase nuestro estudio "Alcoholemias y juicios rápidos: los peligros de un delito de peligro. Las alcoholemias entre la física y la metafísica. Paradojas de un delito inseguro", en revista jurídica LA LEY, 28 junio 1994, núm. 3551.

²⁷ *In extenso véase*, por todos, MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. 9ª edición, editorial Reppertor, Barcelona, 2011, pp. 231 y ss. Clases de tipos.

que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal resultado de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino basta la peligrosidad de la conducta, peligrosidad que se supone inherente a la acción salvo que se prueba que en el caso concreto quedó excluida de antemano. Pero tanto los delitos de peligro concreto como los de peligro abstracto son verdaderos delitos de peligro porque exigen que no se excluya previamente todo peligro”.

Cuando nos enfrentamos a los delitos de odio, sobre todo en las modalidades previstas en el art. 510.1º CP parece que hay consenso doctrinal en estimar que estamos en presencia de delitos de peligro abstracto, si bien algunas opiniones (LANDA GOROSTIZA y LAUREANO COPELLO) han sostenido que son delito de lesión, entendiendo que consiste en la *“lesión de un bien jurídico mixto individual-colectivo: el derecho fundamental a la igualdad y la protección de determinadas minorías vulnerables frente a actuaciones idóneas para iniciar procesos agresivos y de hostilidad contra aquellas”*

Así, puede leerse en el *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*²⁸, lo siguiente:

“Las insatisfactorias consecuencias derivadas del carácter eventualmente accesorio del elemento «provocación» del art. 510.1 CP con respecto al concepto previsto en el art. 18 CP pueden ser evitadas si se concibe el delito de provocación del art. 510.1 CP no como un caso particular de provocación como acto preparatorio punible recogido en el art. 18.1 CP específicamente previsto en la Parte Especial del Código Penal, sino como un delictum sui generis autónomo del art. 18.1 CP.

De acuerdo con esta idea, en el art. 510 CP el legislador habría pretendido tipificar, de forma autónoma al art. 18 CP, una conducta distinta, dotada de un contenido de injusto propio, con sustantividad propia.

Resultaría contraria a la voluntad del legislador, por tanto, la restricción teleológica del precepto realizada por el sector doctrinal apuntado supra. La ley pretende castigar la provocación a la discriminación, la violencia y el odio discriminatorio, no la provocación a la comisión de delitos de discriminación, con violencia o de odio. De acuerdo con esta tesis, el delito de incitación al odio del art. 510 CP no sería un delito de peligro abstracto contra bienes jurídicos individuales (el derecho a la igualdad, no discriminación y dignidad de sujetos concretos), sino uno de lesión de un bien jurídico mixto individual-colectivo: el derecho fundamental a la igualdad y la protección de determinadas minorías vulnerables frente a actuaciones idóneas para iniciar procesos agresivos y de hostilidad contra aquellas”

Esto no obstante, consideramos más acertada la naturaleza de delito de peligro abstracto, que se proyecta sobre un bien jurídico colectivo de dimensión individual o grupal.

En parecidos términos, TAPIA (2010, 1781) comentando la redacción anterior del art. 510 CP estima que estamos en presencia de un delito de aptitud o peligro hipotético, en el que basta con que la conducta sea idónea para afectar al bien jurídico

²⁸ Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especializada, Barcelona, 2015, pp. 215 y 216.

protegido, sin que sea necesaria su efectiva lesión. Esta autora añadía en su comentario: “*Por consiguiente, no parece necesaria la acreditación de que la provocación llegó a sus destinatarios, ni mucho menos que éstos decidiesen efectivamente como consecuencia de ello llevar a cabo actos delictivos, en la medida en que no se exige tampoco en el art. 18. Además, de aceptar lo contrario, prácticamente, se impediría la aplicación del delito*”

En efecto, PÉREZ-SAUQUILLO (2015) recuerda que “*El punto clave en relación con los delitos de peligro abstracto reside en su compatibilidad con el principio de ofensividad, que exige que en los delitos se tipifiquen conductas que afectan a bienes jurídicos, lesionándolos o poniéndolos en peligro (...)*”

Esta autora también recuerda que el principio de ofensividad tiene su traducción dogmática en la antijuricidad material y consiste en la necesidad de un desvalor del resultado –de lesión o puesta en peligro- junto con el desvalor de la acción.

Desde el punto de vista de la antijuricidad material, las conductas descritas en el apartado 1º del art. 510 CP no requieren la lesión del bien jurídico de la no discriminación sino su mera puesta en peligro mediante la incitación al odio.

En este sentido, se adelanta la protección penal no ya a lo que sería un acto preparatorio *ex art. 18 CP* sino a una fase del *iter criminis* idónea o apta para la causación del peligro sobre el bien jurídico protegido mediante la incitación al odio. Basta esa puesta en peligro para la consumación del tipo.

Sabemos que las críticas doctrinales más radicales a este planteamiento (PORTILLA, 2015) vienen a decir que estamos incidiendo en fases previas de actos preparatorios, en actos preparatorios de actos preparatorios, en participaciones intentadas, en tentativas de inducción y, poco menos, que nos adentramos en ese arcano sagrado que es el pensamiento.

Pero ese no es nuestro planteamiento.

Sólo decimos que si existe un *iter criminis* que tradicionalmente se ha distinguido en una fase interna y otra de ejecución, dando relevancia penal a la fase de ejecución y sólo a la interna cuando principia ésta (*v.gr.* tentativa *ex art. 16 CP*) o constituyen actos previos –preparatorios- que el legislador ha querido penar sólo en determinados delitos *ex art. 17 CP* (conspiración y proposición) o *ex art. 18 CP* (provocación) y si se ha entendido la responsabilidad penal para autores y cómplices *ex art. 27 CP*, ampliando el concepto de autor no sólo al directo sino también a los partícipes como son los inductores y cooperadores necesarios *ex art. 28 CP*, habrá que adaptar todo este bagaje legal a la naturaleza del delito, es decir, a la conducta típica que el legislador ha querido castigar penalmente.

Desde esa posición, es evidente que no podemos aplicar todo lo referente al grado de desarrollo del delito, sus formas de aparición y la autoría, participación y complicidad por igual a todos los delitos, ya sean de lesión o de peligro.

Los delitos de peligro, sobre todo los llamados de peligro abstracto, requieren la adaptación de lo aprendido a los momentos atribuibles al ser humano que sean aptos para poner en riesgo el bien jurídico protegido.

Y esos momentos suponen adelantarse a lo que venimos conociendo en la tradición dogmática como actos preparatorios y formas de participación, debiendo admitirse que adquieran entidad autónoma delictiva conductas humanas peligrosas para el orden democrático, por mucho que ello suponga adelantar la barrera punitiva a fases que para otros delitos de lesión no serían admisibles y dotar a la autoría directa en esos delitos de las características de la autoría por inducción propia de los otros delitos de lesión.

Es cierto que eso supone admitir que lo que es inducción en un delito de lesión es autoría directa en delito de peligro y que sea consumación anticipada lo que otros delitos es sólo una tentativa o un acto preparatorio impune, pero ¿dónde está el problema? ¿No debemos partir de la distinta naturaleza delictiva o vamos a tratar a todos los delitos de igual manera, con independencia de su naturaleza?

De ahí, que consideremos más adecuada la caracterización de estos tipos penales como delitos de peligro abstracto en lugar de delitos de lesión.

No obstante, lógicamente, la evolución de las reflexiones dogmáticas en orden a estas cuestiones, dejan abierto el frente analítico sobre las mismas, ante nuevas terminologías, tales como *delitos de aptitud*, que pretenden combinar los delitos de peligro concreto y abstracto en una nueva categoría al exigir a los últimos la peligrosidad *ex ante* como un elemento del injusto material que debería ser comprobado por el juez en cada caso.

La exigencia de la peligrosidad *ex ante* del comportamiento individual al caso concreto determina –en palabras de PÉREZ-SAUQUILLO (2015, 137)- “*que para afirmar la tipicidad no bastaría con la realización de la conducta descrita en el tipo penal, perteneciente a una clase de comportamientos estadísticamente peligrosos, sino que habría que exigir por vía interpretativa que el comportamiento en el caso concreto fuera de hecho peligroso objetivamente ex ante, o en otras palabras, idóneo en el momento de la acción para producir el menoscabo lesivo aunque no se requiera tampoco una concreta puesta en peligro ex post. De este modo, a pesar de la ausencia de un desvalor de resultado en el injusto material, se garantizaría la existencia de un verdadero desvalor (objetivo) de la acción. Ello cuando se afirma, junto con ese desvalor de la acción, la existencia de un “desvalor potencial de resultado” derivado de la posibilidad de que en la situación concreta se hubiera podido producir un peligro efectivo para el bien jurídico*”

En el marco de estas consideraciones dogmáticas, siempre es bueno “aterrizar” sobre la realidad social y jurídica para darle practicidad a las mismas en el cumplimiento de la finalidad tuitiva penal que demanda el bien jurídico protegido.

Desde esta perspectiva, los delitos de odio, en especial su incitación, que es la que ofrece más discrepancias doctrinales sobre el ajuste constitucional de su tipificación penal, representan por si misma considerada una conducta cuya peligrosidad queda acreditada por datos históricos innegables.

La peligrosidad de estas conductas debe considerarse *ex ante* sin que se exija un resultado posterior, sin que sea necesario acreditar la peligrosidad *ex post*.

Y lo es *ex ante* por experiencia histórica más que por otras consideraciones. El odio que se incita es destructivo del orden social democrático y se proyecta ante los individuos por razón de su pertenencia a grupos cuya vulnerabilidad social viene acreditada en el transcurso de la historia. Surgieron al finalizar la II Guerra Mundial tras el Holocausto nazi. No es una hipótesis de laboratorio. Y es sabido que los pueblos que no conocen su Historia están obligados a repetirla.

De ahí, que estas conductas están tan próximas al bien jurídico protegido que si queremos ser efectivos en su protección *ex art.* 9 CE, no podemos sancionarlas como meros actos preparatorios *ex art.* 18 CP ni como delitos cuya naturaleza exija la prueba de la lesión material del bien jurídico sino sólo su puesta en peligro potencial, ya que esa aptitud es suficiente para colmar la antijuricidad material de la acción y respetuosa con el principio de ofensividad, que justifica a la postre la tipificación penal de las mismas.

2.4.- TIPO OBJETIVO

2.4.1.- Sujetos

Sujeto activo del delito puede ser cualquiera.

Los sujetos pasivos se delimitan en función a su pertenencia a los colectivos vulnerables socialmente que determinan los móviles discriminatorios descritos en el tipo penal.

Es decir, “*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*” (art. 510.1.a) CP)

2.4.2.- Conducta típica

Para el análisis de la conducta típica es preciso distinguir ésta según los tipos básicos, los atenuados y los cualificados.

Tendremos en cuenta la correlación entre las previsiones de la DM 2008/913/JAI, a la vista de algunas críticas doctrinales, como la que considera que se amplían conductas en los tipos básicos como la del art. 510.1.b) en cuanto a la *posesión* del material para su difusión, considerándose por ROIG (2015, 1265) “*esta conducta como un acto que se encuentra en una fase anterior a la que el Tribunal Constitucional consideró como punto de arranque para poder castigar penalmente en la regulación*”

anterior” (STCo. 235/2007, sobre la inconstitucionalidad del inciso primero, *nieguen*, del art. 607.2 CP anterior)

También, los informes del Consejo Fiscal (8 enero 2013) y del Consejo General del Poder Judicial (13 enero 2013) al Anteproyecto.

En especial, destacamos de dichos Informes lo siguiente:

El del Consejo Fiscal, recuerda que la reforma sigue de cerca el apartado 1.1 del Capítulo IV de la Memoria de la FGE de 2012, donde se proponían una serie de planteamientos para acomete una reforma de los delitos relativos a los discursos de odio.

Entre ellos, la sustitución del verbo “*provocar*” por el de “*incitar, promover o difundir*”. Así, se hizo si bien se emplea en la letra a) del nº 1 art. 510 CP los verbos “*fomenten, promuevan o inciten*”, quedando la difusión en la letra b) del mismo número y precepto.

También se proponía en la Memoria FGE 2012 que junto a la discriminación al odio o a la violencia se incluyera el término *hostilidad*, por estar previsto en el art. 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Así se ha recogido expresamente en la letra a)

El Consejo Fiscal consideraba que a fin de evitar una banalización del núcleo de prohibición, la descripción típica debe exigir que las conductas tengan un mínimo potencial de eficacia incitadora de comportamientos discriminadores. En ese sentido – decía- el nuevo 510.1.b) recoge una mención a la *lesión de la dignidad de las personas*.

En efecto, si bien la reforma ha recogido esta mención en el número 2 del art. 510 CP, que es otra modalidad del tipo básico consistente en la humillación de las víctimas, no lo ha hecho en el número 1, salvo en la última frase de la letra c) al decir “*cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos*”, lo cual puede plantear problemas interpretativos al ceñirse esta frase sólo a la letra c) del número 1 art. 510 CP y no a las otras letras, la a) y la b).

Por ello, pensamos que se debe interpretar que “el mínimo potencial de eficacia incitadora de comportamientos discriminadores” viene descrito en las letras a) y b) con las expresiones “*odio, hostilidad, discriminación o violencia*”, si bien reconocemos que la nueva redacción seguirá planteando problemas interpretativos.

La reforma sobre las demás sugerencias del Consejo Fiscal se pronuncia:

- acepta la delimitación de los sujetos pasivos incluyendo también a las personas físicas individualmente consideradas que pertenecen a los grupos en riesgo y no sólo a estos. También, al sustituir el término “*minusvalía*” por “*discapacidad*”
- acepta añadir un apartado sobre el enaltecimiento o la justificación a posterior de estos los delitos. Así se recoge en el art. 510.2.b)

- acepta mención específica de responsabilidad penal de personas jurídicas del art. 31 bis, en el art. 510 bis CP, remitiendo el tratamiento de las organizaciones sin personalidad al art. 129.3 CP, si bien no declara en estos casos la aplicabilidad de todas las penas previstas en el art. 33.7 CP sino sólo las recogidas en las letras c) á g) excluyéndose por tanto las multas (letra a) y la disolución (letra b)

- acepta la posibilidad de la clausura de páginas web, blogs o cualesquiera medios técnicos empleados en la comisión del delito, en el art. 510.6 CP

- acepta el traslado de la negación del genocidio del anterior art. 607.2 CP al art. 510.1.c) con las exigencias derivadas de la doctrina emanada en la STC 235/2007, ya que al final de la letra c) se expresa “*cuando de este modo se promueve o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos*”

- acepta incluir en el art. 510.1.a) que la conducta se realice con publicidad.

- el nº 2 del art. 510 CP incluye la lesión a la dignidad humana, como sugería el Consejo si bien no se recoge explícitamente como sujeto pasivo a las asociaciones.

- en relación con la letra b) del núm. 1 art. 510 CP no se ha recogido la sugerencia de que se declare la no punibilidad si se actúa con finalidades artísticas, científicas o de aclaración, que tendría a garantizar la libertad de opinión, como si se recoge en el apartado 5 del párrafo 130 del código penal alemán.

- referente a la negación, trivialización o enaltecimiento del genocidio recogido finalmente en el art. 510.1.letra c), no se aceptó la propuesta del Consejo cuando discrepaba de la utilización del término “clima” y solicitaba su sustitución por el término “actitud”, señalando lo siguiente:

“El problema que plantea este tipo –aunque tanto la STC núm. 235/2007 (FJ 9) como la STS nº 259/2011, de 12 de abril (FJ 1.7) hagan mención a la creación de un “clima” que pueda dar lugar a la comisión de actos concretos de discriminación–, es precisamente la utilización de este término, dado el debate dogmático acerca de si “el clima” requiere un contexto previo de crisis o de si se trata de proteger a los menores de edad que aún no están suficientemente formados o si no requiere tales elementos y cómo se mide entonces y su vinculación con el antes expuesto “efecto desaliento”. Se entiende por ello más adecuado utilizar el término “actitud” en lugar de “clima” (...)”

Por su parte, el informe del CGPJ conviene igualmente en la idoneidad de sustituir el verbo “provocar” del art. 510.1 CP anterior, resalta que la humillación a las víctimas (art. 510.2 CP) no está en la DM pero tampoco lo impide, postula la misma penalidad para la incitación al odio que para su difusión –así se hace después– y entiende que el enaltecimiento de los delitos de genocidio exige que dichos delitos deben haber sido declarados por los Tribunales de Nuremberg, la Corte Penal Internacional u otros Tribunales Internacionales –no se recoge–.

Visto lo anterior, veamos cada uno de los apartados del nuevo art. 510 CP

TIPO BÁSICO. Conductas.

“1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

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.

(...)”

La letra a) del nº 1 art. 510 CP amplía el art. 1.1.a) DM, el cual considera delito de carácter racista y xenófobo, entre otras conductas que veremos después, “a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico” .

En efecto, se añade a la norma europea lo siguiente:

- Se emplean los verbos “fomenten, promuevan” además de incitar.
- El carácter directo o indirecto de la incitación.
- La incitación a la hostilidad y discriminación además de al odio.
- Considerar también sujeto pasivo “una parte del grupo”
- Incluir como también como móviles discriminatorios los antisemitas u otros referentes a la ideología, creencias, situación familiar, sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, enfermedad o discapacidad, además de la raza (el texto español habla de motivos racistas y pertenencia a una raza), el color (no aparece en el texto español), religión, ascendencia (no aparece con este término en el texto español- si se habla de situación familiar-), origen nacional (el texto español se refiere a nación o su origen nacional)

La redacción anterior del número 1 del art. 510 CP que estuvo vigente desde el 24 mayo 1996 al 30 junio 2015, decía lo siguiente:

“1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses”

En la nueva redacción, se sustituye el verbo “provocar” de la anterior redacción por “fomentar, promover e incitar”, teniendo en cuenta STCo 235/2007 (caso Librería

Europa) y la STS -2ª- 259/2011, de 12 abril, que había absuelto en el caso de la librería Kalki²⁹, con apoyo parcial de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

Dadas las discrepancias con la Fiscalía y el Tribunal de instancia (AP-10ª-Barcelona), es conveniente detenerse en los motivos por los cuales se absolvió en este caso, a la vista de que las opiniones no eran unánimes ni en la Sala 2ª del TS (voto particular del magistrado Martínez Arrieta) ni en la Fiscalía del TS.

Nos detenemos en esta problemática jurídica para examinar si es posible que se reproduzca o no a la vista de la nueva redacción del art. 510.1 CP tras su reforma en 2015, ya que se mantiene la incitación al odio, al parecer, de forma autónoma de la incitación a la discriminación o la violencia y algunas opiniones doctrinales consideran o bien que la expresión (entonces) provocación al odio es igual la violencia o discriminación por lo que está vacía de contenido (v.gr. TAPIA, 2010, 1781) o bien es inconstitucional (PORTILLA, 2015)

La STS -2ª- 259/2011, de 12 abril (Colmenero) estimó los recursos de casación interpuestos por los cuatro condenados en primera instancia por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10ª) y los absuelve de los delitos de difusión de ideas genocidas del art. 607.2 CP, con ocasión del ejercicio de los Derechos fundamentales y de las Libertades públicas garantizados por la Constitución del art. 510 CP y de asociación ilícita del art. 515.5 CP.

Como antecedentes de hecho de esta sentencia, hay que destacar que en el caso concreto enjuiciado, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10ª) condenó a cuatro acusados afirmando como hechos probados, que hace propios la Sala 2ª del TS, sin modificarlos, que desde una librería de Barcelona de su propiedad uno de los acusados participó en la distribución de *todo tipo de publicaciones en las que se disculpan los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial por el régimen del Tercer Reich de la Alemania nazi contra el pueblo judío nazi y otras minorías, con exaltación y justificación del régimen nazi, así como otras publicaciones que incitan a la eliminación del pueblo judío y que tienen por finalidad generar discriminación, odio e incitar a la violencia tanto contra del pueblo judío, y se propugna la reinstauración de regímenes totalitarios basados en la supremacía de una raza disculpando el exterminio o la exclusión de las demás, propugnando asimismo la discriminación e incitando al odio contra otros grupos de personas como los negros, los homosexuales, los enfermos y dementes*. Este acusado y los demás formaban parte de una organización, de carácter nacionalsocialista, que emulaba las organizaciones nazis en su simbología y por su carácter paramilitar.

La doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo sobre esta materia, si bien expresa abiertamente su rechazo ético a los hechos probados e insinúa su posible sanción civil a instancias de los colectivos afectados mediante la vía de la protección de su derecho al honor, sin embargo, ampara estos hechos penalmente, absolviendo a los acusados, al entender que los mismos están justificados por el ejercicio de la libertad de expresión y sostener que no existen actos concretos que permitan la punición de estas conductas, que permitan su encaje penal en la provocación al genocidio.

²⁹ DOLZ LAGO, MJ, comentario en diario La Ley 24 octubre 2011.

Se afirma por la Sala en su FJ 1º, apartado 3º, “Como se ha dicho, los recurrentes se quejan de lo que consideran indebida aplicación del artículo 510. El motivo, que ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado, pues en la descripción contenida en el relato fáctico no se contienen actos ejecutados por aquellos que puedan considerarse como incitaciones directas a la comisión de actos mínimamente concretados, de los que pudiera afirmarse que se caracterizan por su contenido discriminatorio, presididos por el odio o violentos contra los integrantes de los grupos protegidos”.

Se absuelve de la condena por el art. 607 CP al entender que de los hechos probados no se desprende un peligro real para el bien jurídico protegido, afirmando que “Por todo ello, tratándose de editores o libreros, la posesión de algunos ejemplares de tales obras, en mayor o menor número, con la finalidad de proceder a su venta, o a su distribución, al igual que ocurriría si se tratara de otras muchas obras posibles de temática similar, o incluso contraria en su sentido más profundo aunque igualmente discriminatoria y excluyente, no supone por sí misma un acto de difusión de las ideas más allá del mero hecho de poner sus soportes documentales a disposición de los posibles usuarios, y por lo tanto, nada distinto de lo esperable de su dedicación profesional, sin que, aunque contengan alguna forma de justificación del genocidio, se aprecie solo por ello una incitación directa al odio, la discriminación o la violencia contra esos grupos, o indirecta a la comisión de actos constitutivos de genocidio, y sin que tampoco, aunque en esas obras se contengan conceptos, ideas o doctrinas discriminatorias u ofensivas para grupos de personas, pueda apreciarse que solo con esos actos de difusión se venga a crear un clima de hostilidad que suponga un peligro cierto de concreción en actos específicos de violencia contra aquellos.

No se describe en los hechos probados, como sería necesario para aplicar el tipo, ningún acto de promoción, publicidad, defensa pública, recomendación, ensalzamiento, incitación o similares imputados a los acusados que vinieran referidos a la bondad de las ideas o doctrinas contenidas en los libros que editaban, distribuían o vendían en razón de su contenido filonazi, discriminatorio o proclive al genocidio o justificativo del mismo, o a la conveniencia de adquirirlos para conocimiento y desarrollo de aquellas, o que aconsejaran de alguna forma su puesta en práctica, que pudieran considerarse como actividades de difusión, que tuvieran mayor alcance y fueran distintas del hecho de editar determinadas obras o de disponer de ejemplares a disposición de los eventuales clientes.

Tampoco se aprecia en los actos imputados en el relato fáctico un ensalzamiento de dirigentes del nazismo en razón de sus actitudes discriminatorias o genocidas, por lo que sin perjuicio de la opinión que a cada uno tales personas pudieran merecer, en relación con lo hasta ahora dicho, no puede valorarse como una incitación indirecta al genocidio o como una actividad encaminada a la creación de un clima hostil del que pudiera desprenderse la concreción en actos específicos contra las personas ofendidas o contra los grupos de los que forman parte”.

Las anteriores absoluciones también llevan a la del delito de asociación ilícita del art. 515.5 CP.

Sin embargo, el voto particular (Martínez Arrieta) se mostró partidario de confirmar las condenas al interpretar que los hechos probados sí representaban un

peligro real para el bien jurídico protegido, entendiendo que se da un concurso real entre los delitos del art. 510 y 607.2 CP, que engloban manifestaciones penales del llamado “discurso del odio”, con amplio rechazo en la normativa internacional, y que concurre el delito de asociación ilícita del art. 515.5 CP.

Este voto, en resumen, dice: “entiendo que la conducta típica no requiere que sea posible, como resultado del mensaje, que se reitere un hecho de genocidio o un acto agresivo concreto contra alguna de las personas pertenecientes a los grupos relacionados en el art. 510, sino la afrenta que se produce, a todo el cuerpo social en general y a los afectados, en particular, por la acción difusora de expresiones justificadoras de genocidios, o que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones, respecto a personas que han sido víctimas de un ataque tan grave, como el genocida, o que el mensaje contenga expresiones que inciten al odio, a la discriminación o violencia respecto a los colectivos a los que se refiere el art. 510 Cp., esto por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión, o creencias, situación familiar, pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía. (...)

La interpretación que surge de la STC 235/2007, no es, a mi juicio, la que sugiere la sentencia de la mayoría: una restricción de la tipicidad exigiendo una concreción del peligro para los ciudadanos pertenecientes al grupo sobre el que se actuó un genocidio o de uno de los colectivos determinados en el art. 510 del Código penal, de manera que el tipo supone un adelanto de la barrera de protección.

Disiento de esta interpretación.

En primer lugar, porque la potencialidad persuasiva de las ideas que se difunden no puede ser medida con criterios de lógica, pues sus efectos normalmente exceden de la previsión del autor que difunde y desconoce el resultado que su discurso ofensivo puede causar en terceras personas y su disposición a la concreción de un daño. El difusor de un mensaje no puede prever, en concreto, el resultado que puede provocar su obra, luego su contenido antijurídico no puede medirse por el resultado que provoca.

Además, porque la exigencia de la provocación directa o indirecta, a la que alude el Tribunal Constitucional como criterio para medir el daño y excluirlo de la libertad de expresión, no es una provocación a la acción, que sería típica del delito de proposición y provocación al genocidio (art. 615Cp), sino una provocación al odio, es decir, a un sentimiento.

Quizás, si se espera a que los destinatarios pasen a la acción, el Derecho penal habrá llegado muy tarde. Lo que se pretende es que ese tipo de mensajes de odio, sean cortados de raíz, desde la mera difusión; primero para proteger a la sociedad de mensajes de esta naturaleza, en sí mismos lesivos e hirientes y perturbadores de una adecuada convivencia, además, para preservar la memoria de las víctimas de horribles crímenes o a los colectivos en riesgo de discriminación, de situaciones provocadoras de discriminación y de odio”.

El informe de la Fiscalía del Tribunal Supremo de fecha 20 julio 2010³⁰, aprobado por mayoría en la respectiva Junta, en lo que aquí importa³¹, proponía el apoyo a los motivos 1º y 2º de las defensas, en los que se denunciaba al amparo del art. 849.1º LECrim infracción por aplicación indebida de los arts. 510.1º y 607.2 CP, sólo en relación con el art. 510.1º CP, en los siguientes términos:

“Todos los recurrentes bien desde el prisma de la falta de motivación jurídica suficiente o desde el *error iuris* combaten la subsunción que el Tribunal hace de los hechos probados considerando que son constitutivos de sendos delitos de justificación del genocidio y de provocación al odio y discriminación de grupos o asociaciones por estimar que al basar la condena en las mismas publicaciones se vulnera el principio “non bis in ídem”, además de considerar que no concurren en las publicaciones los elementos de justificación del genocidio o de incitación o provocación al odio, la violencia o discriminación contra el pueblo judío u otros colectivos.

Tienen razón los recurrentes y el motivo es apoyado por el Ministerio Fiscal que considera que debe ser estimado por las razones que a continuación se exponen.

La sentencia recurrida, tras pormenorizar los hechos y el contenido de las publicaciones considera que los mismos son constitutivos de los delitos de los arts. 607.2 y 510 Código Penal, porque se puede distinguir y diferenciar dentro de la gran cantidad de publicaciones, unas cuyo contenido pueden calificarse de netamente antijudías en cuanto contienen un franco y continuo vilipendio y menosprecio hacia el pueblo judío, banalizan y ridiculizan el holocausto o lo justifican por motivos raciales o ensalzan el régimen que las llevó a cabo y a sus máximos dirigentes, y otras claramente racistas en cuanto afirman la supremacía de la raza aria, defendiendo la pureza de la raza como única forma de progreso y apoyada en una política racial de selección de la raza con comentarios despectivos, ofensivos y excluyentes del resto de colectivos: gitanos, negros, enfermos mentales, homosexuales...

El motivo exige el análisis de ambas figuras delictivas previstas en los arts. 607.2 y 510 Código Penal, a la luz de la doctrina constitucional y de los Tratados internacionales, para posteriormente ver si los hechos imputados a los condenados pueden incardinarse en alguno de estos delitos.

Ambos delitos son plenamente identificables y diferenciables a nivel teórico aunque poseen evidentes similitudes y participan de una similar naturaleza jurídica en tanto son delitos de peligro abstracto.

El art. 607.2 Código Penal castiga “la difusión por cualquier medio, de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior (genocidio), o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, con pena de prisión de uno a dos años”

Por su parte, el art. 510 Código Penal, castiga “A los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos

³⁰ En el que fue ponente la fiscal Pilar Martín Nájera.

³¹ También se apoyaba parcialmente la aplicación de la atenuante analógica simple de dilaciones indebidas, por haber transcurrido seis meses desde que se celebró el juicio hasta que se dictó la sentencia y siete meses desde que se anunciaron los recursos hasta que la AP emplazó a las partes ante el TS.

racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 6 a 12 meses”

Ambas figuras como puede verse, tienen unos rasgos y un ámbito punible propio pero sus analogías son indudables en cuanto castigan conductas que tienden a la discriminación, persecución o exclusión de diferentes grupos sociales y constituyen ambos delitos de mera actividad o peligro abstracto en que se adelantan las barreras punitivas a fin de evitar el peligro de que tales posturas creen un clima o estado de opinión que actúe como efecto multiplicador de conductas hostiles, que propicien la adopción de posturas violentas. Ambas figuras se introdujeron en virtud de Convenios internacionales suscritos por España y responden a la preocupación común de todos los Gobiernos ante la proliferación de posturas xenófobas y racistas y la necesidad de adoptar medidas firmes frente a este fenómeno. Incluso se discute por parte de la doctrina si realmente defienden y protegen bienes jurídicos diferentes, o, por el contrario, a pesar de su ubicación sistemática ambas figuras apuntan al mismo sentido de tutela. Y la mayoría de los autores critica su excesiva vaguedad e inconcreción por la posible colisión en su aplicación con derechos fundamentales como la libertad de expresión y de opinión proclamados constitucionalmente.

Ante la gravedad de estas conductas que han sido llamados delitos de clima o de opinión y el rechazo general de la Comunidad Internacional, y por otro lado, su clara conexión con determinados derechos como la libertad de expresión y opinión consagrados en la Constitución como Derechos Fundamentales, el TC, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el ámbito y encaje constitucional de estas figuras.

En concreto, por lo que hace a las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, el TC en (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8º) ha concluido que el art. 20.1 CE no garantiza “el derecho a expresar o 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) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)”

Por otra parte, se planteó una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 607.2º Código Penal, que fue resuelta por la STC 235/2007 que declaró inconstitucional y nula la inclusión de la expresión “nieguen o” en el primer inciso del art. 607.2 del Código Penal y declaró no inconstitucional el primer inciso del art. 607.2 del Código Penal que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, interpretado en los términos del Fundamento Jurídico Noveno de la sentencia. En dicho Fundamento Jurídico se dice expresamente que “la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de este delito, siempre que tan justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea

de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ella la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art.16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE. Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en grupo definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación”

Con mayor precisión y refiriéndose concretamente a la forma como debe ser interpretado el art. 607.2 del Código Penal, se dice “que resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen *una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia*, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP). Tal comprensión de la justificación pública del genocidio y siempre con la reseñada cautela del respeto al contenido de la libertad ideológica, en cuanto comprensiva de la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas, permite la proporcionada intervención penal del Estado como última solución defensiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas protegidos, cuya directa afectación excluye la conducta justificativa del genocidio del ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) de manera que, interpretada en este sentido, la norma punitiva resulta, en este punto, conforme a la Constitución”

Recuerda el TC que la afirmación que ya realizó en la STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8, “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”. Fundamentada en la dignidad (art. 10.1 y 2 CE) es, pues, el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social el que, en estos casos, priva de protección constitucional a la expresión y difusión de un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo que, de no ser por ello, podría encuadrarse en el ámbito constitucionalmente garantizado por el art. 20.1 Constitución Española.

Por otra parte, añade el máximo intérprete de la Constitución, el entendimiento de la difusión punible de conductas justificadoras del genocidio como una manifestación del discurso del odio está, además, en absoluta consonancia con los textos internacionales más recientes. Así, el art. 1 de la Propuesta de Decisión Marco

relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, aprobada por el Consejo de la Unión Europea en reunión de 20 de abril de 2007, limita la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas para garantizar que se castigue la apología pública, la negación y la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio a los casos en los que “la conducta se ejecute de tal manera que pueda implicar una incitación a la violencia o al odio” contra el grupo social afectado.

Por lo tanto, el delito de justificación del genocidio exige, no sólo la difusión de estas ideas sino que se realice de manera que contenga una incitación, que provoque al odio hacia determinados en grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, creando un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación

El art. 510 del Código Penal dispone que “los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses”. La doctrina se ha planteado que es lo que debe entenderse por provocación en el ámbito del precepto mencionado. Parte de autores han considerado que no puede tratarse de una provocación en sentido técnico, es decir, de la provocación entendida en los términos previstos en el art. 18 del Código Penal, toda vez que ésta última es la incitación a la perpetración de un delito y, por el contrario, la provocación del art. 510 del Código Penal, al establecer como una de sus modalidades la incitación al odio, que en cuanto sentimiento privado de la persona o emoción humana nunca puede considerarse delictivo, parece claro que no es una provocación directamente encaminada a la perpetración del delito.

En la misma línea, destacan que el delito de provocación a la discriminación del art. 510 del CP tiene una pena mayor que los delitos de discriminación propiamente dicha, es decir los previstos en los arts. 511 y 512 del CP, llegando a la conclusión de que la única interpretación posible de dicho precepto es la de considerar que el mismo trata de garantizar las condiciones de seguridad existencial de colectivos especialmente vulnerables. Según esta doctrina, debe realizarse una interpretación claramente restrictiva del precepto penal y aplicarlo tan solo en aquellos casos en los que los destinatarios de la provocación carezcan de autonomía suficiente (menores) o si se tratara de una situación de crisis extrema de un grupo especialmente vulnerable cuyas condiciones existenciales pudieran verse verdaderamente afectada. Esta tesis imposibilitaría la aplicación, en el presente caso, del tipo previsto en el art. 510 Código Penal.

Otra parte de la doctrina, por el contrario, defiende que la provocación a la que se refiere el art. 510 del Código Penal ha de reunir los mismos requisitos que la provocación prevista en el art. 18 del Código Penal. En consecuencia, la provocación ha de ser directa y ante un colectivo de personas o por procedimiento que facilite su publicidad y debe incitar a la comisión de un delito, es decir, a la realización de un concreto acto discriminatorio o violento constitutivo de delito.

En todo caso, lo que parece claro, según se desprende de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional de los arts. 510 y 607 del Código Penal, es que existe una diferencia real entre la difusión de doctrinas que suponen una incitación indirecta a la comisión de delitos de genocidio o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia y la provocación prevista en el art. 510 del Código Penal en la que la incitación a la discriminación, al odio y a la violencia es necesariamente directa.

Desde esta perspectiva por tanto, tenemos que analizar si los hechos declarados probados por la sentencia de instancia constituyen un delito de provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos del art. 510 Código Penal, o de difusión de doctrinas que justifican el genocidio del art. 607.2º Código Penal, o como considera la sentencia, los hechos integran ambos delitos.

El Tribunal *a quo* en su FJ 2º, considera que “en las publicaciones citadas en los hechos probados y con las que se relaciona a los acusados, ya sea como autores, editores o distribuidores, se contienen frases que de modo evidente denigran y menosprecian al pueblo judío con intención de propugnar su más absoluta marginación social, cuando no su exterminio. Con ello se pone en peligro la pacífica convivencia ciudadana de los judíos. Y en estas mismas publicaciones, de otro lado, se hace un elogio del nacionalsocialismo, y en particular de su máximo dirigente Adof Hitler, su lugarteniente Rudolf Hess, y de algún otro de los tristemente céleres responsables del genocidio del pueblo judío y de otras etnias, como el pueblo gitano, cometido por el régimen nazi del III Reich alemán. Queremos citar el auto del Tribunal Supremo de fecha 18 de julio de 2008 en que estimó que estaba claramente dentro de la órbita del artículo 607.2 del Código Penal, incluso después de ser objeto de la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 235/2007, elogiar y ensalzar a dos de los más importantes protagonistas de aquellas actividades genocidas, en referencia al genocidio judío perpetrado por el régimen nacionalsocialista alemán. Y entiende que banalizar o ridiculizar el holocausto, como se hace en alguna de las publicaciones, es también una forma de justificar el genocidio. Una cosa es negar el holocausto y otra muy distinta es banalizarlo y ridiculizarlo, como se hace en muchas de las publicaciones relacionadas en el relato de hechos probados.

En algunos textos de las publicaciones que se relacionan en el relato de hechos probados se advierte una clara intención de vilipendiar al pueblo judío pues se les tacha de mentirosos, usureros, especuladores, parásitos, gatuza, serpientes, raza de víboras, pocilga, bellacos, criminales, esbirros, se llega a negarles la condición de seres humanos, etc. etc., y ello con clara intención de provocar la discriminación y el suficiente odio contra la comunidad judía que llegue a justificar las acciones de violencia necesarias para acabar con el pueblo judío.

Por otra parte, en su FJ 3º considera que los hechos declarados probados “son también constitutivos de un delito cometido con ocasión del ejercicio de los Derechos fundamentales y de las Libertades públicas garantizadas por la Constitución, consistente en provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, previsto y penado en el artículo 510.1 del Código Penal. Basa esa subsunción en que estamos ante un delito de peligro abstracto, siendo la conducta típica la de provocar a la

discriminación, al odio o a la violencia. El tipo penal no exige un medio concreto para la realización de la conducta ni, mucho menos, que se realice con publicidad y, siendo como hemos dicho un delito de peligro abstracto, no exige que se produzca el resultado”.

Opina que es objeto de castigo no es la expresión en sí de unas ideas, por execrables que sea, sino cuando esta expresión se hace de modo y circunstancias que suponen una provocación a la discriminación, infringiendo el valor constitucional de la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social contenido en el artículo 14 de la Constitución. También cuando tienden a provocar el odio o la violencia, sea física o moral.

Ese lenguaje del odio, o discurso del odio se refleja en multitud de las expresiones contenidas en las publicaciones relacionadas en el apartado PRIMERO del relato de hechos probados, pues con ellas lo que se procura es crear un estado de opinión favorable a justificar, en aras a la defensa de la raza aria o indoeuropea considerada superior por los acusados, la discriminación, la violencia e, incluso, la eliminación de los judíos, los negros, sean afro-americanos, sean africanos, los magrebíes, los homosexuales, los discapacitados y los enfermos mentales. La publicación de ideas tan execrables no puede tener otra finalidad que la descrita, la reproducción de la situación vivida durante los primeros tiempos del régimen nacionalsocialista del III Reich alemán que, principiando con actos de intimidación, vejación y saqueo de los comercios de los judíos, acabó con la deportación y genocidio de millones de judíos.

Recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado que los juicios ofensivos contra el pueblo judío, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia de genocidio nazi, suponen una incitación racista. Entendemos que las conductas realizadas por los acusados suponen un menosprecio a la dignidad del pueblo judío, así como de la etnia gitana y de otras etnias, consideradas como inferiores por la ideología nazi, pues entre el abundante y diverso material que les fue incautado, del que ellos eran autores, editores o distribuidores, se hallan repetidas expresiones que suponen una incitación, en ocasiones implícita, en otras muchas más explícita, a la marginación y exclusión de prácticamente todos los colectivos que no sean el hombre blanco-ario, indoeuropeo, cristiano, heterosexual y sano. Algunas de las expresiones son de un claro matiz racista en general, otras en particular contra los judíos, contra la raza negra y contra los gitanos, contra los magrebíes, contra los homosexuales, contra los enfermos y los deficientes mentales e, incluso, contra otros colectivos como las feministas”

Sin embargo, se observa que es muy similar la argumentación para considerar que los hechos son constitutivos de un delito y de otro, y a pesar de estar de acuerdo con la afirmación del Tribunal sentenciador en el sentido de que *“estas expresiones suponen una incitación en ocasiones implícitas, en otras más explícita a la marginación de estos colectivos con el fin de crear un estado de opinión favorable a justificar, en aras de la defensa de la raza aria o indoeuropea considerada superior por los acusados, la discriminación, la violencia e, incluso, la eliminación de los judíos, los negros, sean afroamericanos, sean africanos, los magrebíes, los homosexuales, los discapacitados y*

los enfermos mentales...” no podemos compartir la conclusión de que tales expresiones integren también de un delito de provocación al racismo, en la medida que esa incitación a crear un ambiente favorable al odio, a la violencia e incluso a la exclusión de determinados grupos por razón de su raza, etnia o religión es precisamente el elemento que conforme con la doctrina del TC antes expuesta define y delimita el art. 607.2° Código Penal.

En efecto el relato fáctico refleja una labor por parte de los acusados de difusión y propagación de tan rechazables ideas e insultos genéricos con una importante carga de vejación, desprecio y odio que destilan (el denominado lenguaje del odio) que tienden a fomentar y avivar el odio y la discriminación racial, étnica o de cualquier tipo poniendo en peligro la convivencia pacífica y el pluralismo social. Pero, no se menciona ningún dato que permita atribuir a los acusados una conducta de incitación o persuasión directa a la realización de las conductas concretas antes mencionadas, por lo que no concurren los requisitos necesarios para apreciar la comisión de un delito de provocación a la discriminación, el odio o la violencia contra grupos del art. 510 Código Penal.

A esta conclusión se llega además, porque en el presente caso además tal precepto entraría en conflicto de normas con el art. 515.5° Código Penal³², por el que también han sido condenados.

En consecuencia, y CON ESTIMACIÓN DEL MOTIVO procede casar la sentencia y en su lugar dictar otra por la que se deje sin efecto la condena por el delito de provocación al odio del art. 510 Código Penal, manteniendo la condena por el delito previsto en el art. 607.2° CP”

En estos términos, la Fiscalía del Tribunal Supremo consideró punibles los hechos probados del caso pero entendió que al no acreditarse ningún dato que permita atribuir a los acusados una conducta de incitación o persuasión directa a la discriminación, odio o violencia contra los grupos enumerados en el precepto, sólo cabría castigar por la justificación del genocidio prevista en el art. 607.2 CP, al tiempo que habiéndose condenado también por el delito del art. 515.2 CP procedía optar en virtud del concurso de normas por la infracción más grave *ex art.* 8.4 CP.

Finalmente, como se ha visto, la Sala 2ª TS absolvió por los tres delitos por los que habían sido condenados en primera instancia los acusados, es decir, los del art. 510.1, 515.2 y 607.2 CP

Al conocerse la anterior sentencia, publicamos el siguiente comentario³³

³² El cual castigaba en el momento de la comisión de los hechos “*las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración (...) 5° Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello*”. Tras la reforma penal del 2015, este apartado ha pasado a ser el núm. 4 del art. 515 indicándose literalmente lo siguiente: “*4. Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad*”

³³ Diario La Ley 24 octubre 2011.

“La sentencia indicada aborda una materia de gran sensibilidad social, que permite reflexionar sobre el papel del Derecho Penal ante lo que parece ser de común aceptación en los regímenes políticos democráticos cual es la tolerancia cero frente a las ideologías del odio. La opinión mayoritaria de la Sala, fuertemente condicionada por la interpretación que hace de la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en su Sentencia 235/2007, se ha inclinado por entender que las innegables manifestaciones de esta ideología del odio contra el pueblo judío y homosexuales están amparadas en el derecho fundamental a la libertad de expresión, dado que según este parecer, no existen evidencias de actos concretos que pongan en peligro real el bien jurídico protegido aunque sí consideran que puede haberse vulnerado el derecho al honor de estos colectivos, insinuando una reparación por la vía civil. El voto particular, por el contrario, estima que los hechos, que nadie niega, encajan en los delitos por los que fueron condenados al exlimitarse del derecho a la libertad de expresión y poner en peligro los bienes jurídicos protegidos. El eterno debate del Derecho Penal moderno, que desembocó en la máxima de que sólo se castigan los actos y no las ideas o las personas en si mismas consideradas, se pone a prueba en los delitos del odio, ya que, indudablemente, son las ideologías del odio las reprobables penalmente. El adelanto de la barrera punitiva que suponen los tipos penales de estas características no debería ser neutralizado al amparo de una libertad de expresión, que, en definitiva y para estas ideologías, forma el caldo de cultivo del odio y que, tarde o temprano, se traduce en horribles crímenes como los recientes atentados de Noruega (julio 2011), ante la impávida mirada de un Derecho Penal que no pudo realizar unas de sus funciones básicas como es la de prevenir el delito y que se muestra impotente ante una adecuada represión del mismo”

Después de la reforma penal del 2015, a la vista de que persisten opiniones doctrinales contrarias al castigo penal de la incitación al odio si no va acompañada esta incitación también a la violencia o a la discriminación (v.gr. PORTILLA, 2015)³⁴ considerando que se está vulnerando el derecho a la libertad de expresión, nos reiteramos en lo dicho anteriormente, ya que –respetando todas las críticas– consideramos que estas se hacen desde un desenfoque del bien jurídico protegido y de la naturaleza del delito, siendo legítimo que el legislador adelante la barrera de protección penal a la fase del *iter criminis* que considere de aptitud suficiente para la

³⁴ Este autor se muestra muy crítico con estos delitos, ya que entiende que la tendencia del Derecho Internacional es la de solicitar la penalización de la incitación directa a la discriminación y a la violencia, no la de otras conductas que indirectamente puedan desembocar en actos discriminatorios, a pesar de la Recomendación núm. R (97) 20, sobre el “discurso del odio” del Comité de Ministros del Consejo de Europa, señalando la Recomendación de Política General núm. 7 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia sobre la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial, de 13 de diciembre de 2002 como el texto que retornó a la necesidad de sancionar exclusivamente la incitación pública a la violencia, al odio o la discriminación, las injurias o la difamación públicas, o las amenazas contra una persona o un conjunto de personas, causa de su raza, su color, su lengua, su religión, su nacionalidad o su origen nacional o étnico (apartado 18). Sin embargo, no comprendemos su postura, ya que todos los textos internacionales abonan la tipificación penal de la incitación pública al odio, en cualquier forma. En cualquier caso, la hipercrítica de este autor se extiende a la propia Decisión Marco 2008/913/JAI cuando su art. 2 impone que se adopten por los Estados sanciones penales en supuestos de incitación a la apología pública, negación o trivialización flagrante y condene la complicidad en la incitación a la violencia o al odio, también mediante reparto de escritos, imágenes u otros materiales, apología, negación, trivialización, considerando que no es correcto castigar el acto preparatorio de otro acto preparatorio (la apología pública) de incitaciones indirectas (negación y trivialización flagrante) y la complicidad en la incitación pública a la violencia, odio, difusión, reparto de escritos, apología, negación, trivialización...conductas amenazadoras, insultantes...Según este autor, “el citado precepto es la mejor expresión de un Derecho penal de autor”.

puesta en peligro del bien jurídico protegido, incluida la incitación pública por cualquier medio a un sentimiento destructivo por motivos discriminatorios como es el que fundamenta el llamado “*discurso del odio*”.

Esto lleva, ciertamente, a adelantarse a fases previas de los tradicionales actos preparatorios o tentativas y a configurar un delito de consumación anticipada, es decir, en una fase de ejecución que en otros tipos delictivos de lesión podrían calificarse cómo esas formas imperfectas de ejecución.

Lo punible es la incitación de la ideología del odio porque estas ideologías no pueden ampararse en la libertad de expresión al destruir el orden social democrático. No se pretende castigar penalmente las ideas/sentimientos, aunque como decía Bernaldo DE QUIRÓS ya citado en 1910, “*el odio no merece la benevolencia del legislador ni de los juzgadores*”, sino la promoción de una idea/sentimiento destructivo del orden democrático, como es el odio por los motivos discriminatorios señalados por el legislador.

Obsérvese que no entra en la tipicidad penal la mera exposición del discurso del odio sin su promoción ni mucho menos su expresión en términos educativos para señalar su inaceptable ideología y rechazar la misma.

Cuando PORTILLA (2015) expone su tesis basándose en la jurisprudencia del TEDH que cita profusamente, para sostener que no es posible castigar penalmente la incitación al odio si no va acompañada de la incitación a la discriminación o la violencia, amparándose en el derecho a la libertad de expresión, resulta extraño que termine concluyendo con una frase que abona lo contrario de su planteamiento, y abunda en el nuestro, cual es la siguiente: “*En definitiva, no son las expresiones publicadas sino el peligro objetivo de sufrir la discriminación o la violencia lo que caracteriza el discurso del odio vetado por el TEDH*” Porque, nos preguntamos, ¿que otra cosa hace si no las expresiones publicadas del odio discriminatorio sino generar ese peligro objetivo?

Por otra parte, ciertamente, ello traslada a cuestiones probatorias el encaje de los hechos investigados y enjuiciados en la conducta típica, debiéndose advertirse una prudencia extrema en esta labor para evitar que resulten impunes hechos realizados en fraude de ley o sin las exigencias de la buena fe, a que se refiere el art. 6.4 y 7.1 del Código Civil. Es decir, que so pretexto de una difusión neutra de las ideologías del odio, en realidad, se esté incitando al resultado prohibido por la ley.

*b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que **por su contenido sean idóneos** para fomentar, promover, o incitar 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.*

Letra b) se refiere a la producción, elaboración, posesión, distribución, venta, de escritos u otros materiales idóneos para generar un peligro para la igualdad y seguridad.

ROIG (2015, 1265) critica este precepto indicando que “La Decisión Marco 2008/913/JAI, se recoge como delito la incitación pública a la violencia o el odio “mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales” (art. 1.1 b). En cambio, en este apartado se sitúa la frontera de la tipicidad en hechos previos a la difusión del material o soportes, como la posesión de los mismos con la finalidad de distribuirlos, sancionándose estos comportamientos con el mismo castigo que la distribución efectiva, y que los actos de incitación previstos en el art. 1.a). Desde luego, nos parece dudoso que esta equiparación de conductas tan dispares en cuanto a la afectación del bien jurídico protegido se ajuste a los dictados del principio de proporcionalidad” (...) “Por otra parte, quien tiene en su poder material apto para fomentar el odio, la hostilidad, etc., con el fin de difundirlo, todavía no ha iniciado ninguna acción que pueda producir esos efectos, ni cabe decir que los ha provocado, directa o indirectamente. Por lo tanto, la conducta punible se encuentra en una fase anterior a la que el Tribunal Constitucional consideró como punto de arranque para poder castigar penalmente la regulación anterior”

Por su parte, PORTILLA (2015) sobre esta letra dice que “se equipara la creación de un peligro abstracto para la igualdad o seguridad de los grupos, con la capacidad potencial para poner en peligro abstracto tales bienes jurídicos. (...) no se trata de actuaciones que fomentan, promueven, incitan directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra determinados grupos sino lo que se sanciona es la idoneidad del contenido de los escritos materiales o soportes para el fomento, promoción, incitación directa e indirecta (...) Entre estos comportamientos, carece de sentido sancionar la posesión con la finalidad de distribución pues no hay riesgo de lesión o peligro para el bien jurídico”

También sostiene este autor que no se respeta el art. 1.1.b) de la DM 2008 que considera sancionable penalmente “la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales”, ya que entiende que este precepto sólo recomienda la sanción penal de conductas provocadoras que inciten públicamente al odio o a la violencia pero no el mero favorecimiento. Dice el autor citado “Sin embargo, el Nuevo Código extiende la aplicación del tipo a otros supuestos diferentes a los de difusión y reparto, aunque la finalidad no sea sólo incitar directa o indirectamente. Nuevamente, se va más allá de lo recomendado por la Decisión Marco que no sanciona los actos de promoción, fomento e incitación indirecta ni los supuestos de producción, elaboración o los de difusión o reparto que no suponen una incitación directa”

Finaliza su crítica al precepto, el autor indicando “(...) puede afirmarse que este precepto es un emblema de la censura, no sólo criticable por la inseguridad de sus fundamentos, su imprecisa delimitación y la utilización de demasiados conceptos indeterminados que sancionan participaciones no delictivas sino por representar uno de los mayores ataques a la libertad de expresión que se conocen”.

Ante estas críticas doctrinales, hay que estar atento en la interpretación de la letra b) del número 1 del art. 510 CP porque es cierto que se extienden las conductas

previstas en la DM 2008 pero ello no supone, a nuestro modo de ver, que esta extralimitación derive a una vulneración del derecho de expresión ni a la censura ya que, en definitiva, el elemento teleológico del tipo penal vinculado al fomento, promoción o incitación pública al odio, hostilidad, discriminación o violencia está presente y es el que determinara punible o no la conducta.

Por otra parte, la FGE solicitó una cláusula de adecuación similar a la existente en el parágrafo 130 del STGB alemán para garantizar la impunidad de las conductas que tengan un fin artístico o científico, reforzando así la libertad de expresión. Sin embargo, esta cláusula no ha sido finalmente incorporada al texto, lo que puede plantear problemas de interpretación en los supuestos de obras artísticas o científicas.

c) *Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o 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, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.*

Letra c) se refiere a la negación, trivialización o enaltecimiento público de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

Se corresponde con el art. 1.c) y d) de la DM 2008/913/JAI.

En efecto, en el art. 1.c) de la DM se recomienda que se castigue la siguiente conducta intencionada:

“la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal y como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo”

La letra d) del mismo precepto y norma dice:

“la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra el grupo o un miembro del mismo”.

Esta recomendación se complementa con la contenida en el núm. 4 del mismo art. 1 DM 2008, que establece una facultad de los Estados miembros, en los siguientes términos:

“Los Estados miembros podrán hacer, en el momento de la adopción de la presente Decisión Marco o posteriormente, una declaración en virtud de la cual la negación o la trivialización flagrante de los crímenes a los que hace referencia el apartado 1, letras c) y d), sean punibles solo si los crímenes a los que hacen referencia dichas letras han sido establecidos por resolución firme de un tribunal de dicho Estado miembro o por un tribunal internacional, o mediante resolución firme exclusiva de un tribunal internacional”

En la doctrina, PORTILLA (2015) en el mismo tono radical crítico que mantiene con las demás modalidades de este delito³⁵, afirma:

“El actual art. 510.1.c) hace desaparecer la mención a la apología, incumpliendo el mandato de la DM, y en su lugar castiga el enaltecimiento del delito o de los autores (resulta curioso que emplee el término enaltecimiento tanto para los autores como para el delito cuando en realidad debería hablarse de enaltecimiento del autor y justificación de los delitos (genocidio, lesa humanidad, contra las personas y bienes protegidos en casos de conflicto armado). Conjuntamente, el enaltecimiento se convierte en un tipo autónomo sin los requisitos propios de la apología como modalidad de incitación directa, y se sanciona el resto de figuras contenidas en el Anteproyecto. Esto es, la negación y la trivialización grave (por cierto, la DN no habla de trivialización grave sino “flagrante”), esto es, restar importancia o menospreciar los delitos, satisfaciendo aparentemente la consigna de la DM. Digo en apariencia porque como la DM establece (artículo 1, apartado 1. C) y d)) no basta con negar, trivializar esos determinados delitos, sino que se reclama la incitación a la violencia o al odio mientras que el actual art. 510.1.c) únicamente exige la existencia del germen previo a una incitación indirecta: “cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos”

No se entiende bien la crítica, sobre todo en su último apartado porque la DM dice “puedan incitar” y el art. 510.1.c) dice: “se promueva o favorezca un clima de violencia...”, lo que supone cumplir la DM desde el momento que esa promoción o favorecimiento es equivalente a “poder incitar”. La DM se sitúa en el acto previo de la incitación y por tanto la crítica vertida carece de fundamento, así como la conclusión a que llega este autor, al decir: “Como se ve, el art. 510.1.c) se distancia de la STC 235/2007 como de la propia DM, al sancionar el ámbito de la preparación de esas conductas. Resulta incomprensible cómo mediante la negación, trivialización, aunque se grave, o el enaltecimiento pueden ponerse en peligro los bienes jurídicos protegidos (igualdad o seguridad de los diversos colectivos discriminados). En realidad, no existe

³⁵ Con todo el respeto a su posición crítica, que comprendemos y no compartimos, entendemos que el autor citado se mueve desde unos planteamientos dogmáticos discutibles –no acepta que el legislador en aras a la protección penal efectiva no quede encorsetado en esquemas académicos estériles que solo retroalimentan a una doctrina anclada en el púlpito de la teoría sin atender a las realidades sociales más emergentes desde una profundización de conceptos jurídicos funcionales a la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas de un Estado social y democrático de Derecho- y una lectura parcial de los textos de referencia que cita.

ningún peligro para los valores tutelados y sí un ataque permanente a la libertad de expresión”.

Sorprende, ciertamente, esta la conclusión del autor citado, a la vista de la comprobación empírica de la influencia de la literatura tóxica de enaltecimiento del genocidio nazi en la comisión de matanzas masivas como la de Noruega en julio 2011. Alguna vez habrá que bajar de la torre de marfil de la teoría.

ROIG (2015, 1268) también resalta que se sustituyera la apología recogida en la DM 2008 por el enaltecimiento, dado que la apología tiene un contenido más restrictivo *ex art. 18.1.segundo párrafo CP* al exigir que se haga el ensalzamiento ante una concurrencia de personas o por un medio de difusión.

Según MANZANARES (2015, 343) “será difícil distinguir entre las letras a) y b) del apartado 1 en relación con el c) cuando el enaltecimiento sea un medio para provocar o incitar al odio pero, afortunadamente, la penalidad no varía. Tanto la Fiscalía General del Estado como el Consejo General del Poder Judicial consideraron necesaria la intención de atacar la dignidad humana de las víctimas o de contribuir a la violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos mencionados, como sucedería con la mentira cualificada de Auschwitz, pues sólo así el precepto superaría el test de constitucionalidad establecido en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007. Sin embargo, tal requisito no aparece en el texto o, al menos, no con la claridad suficiente”.

Al contrario de la anterior opinión, observamos que si aparece *in fine* en la letra c) del apartado 1º del art. 510 CP, al decir: “*cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos*”.

TIPOS ATENUADOS. Conductas.

2. Serán castigados con la pena de *prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses*:

- **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, 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, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.***
- **b) *Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos 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, o a quienes hayan participado en su ejecución.

TIPO ATENUADO AGRAVADO

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.

TIPOS CUALIFICADOS AGRAVADOS

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.

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.

La redacción anterior del número 2 del art. 510 CP que estuvo vigente desde el 24 mayo 1996 al 30 junio 2015, decía lo siguiente:

“2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”

Los tipos atenuados del art. 510.2 CP no se recogen en la DM 2008/913/JAI

ROIG (2015, 1269) señala que es coherente la introducción de estos tipos a la vista de la doctrina constitucional sobre la dignidad humana en la regulación de estos delitos, citando SSTC 214/1991, de 17 diciembre (FJ 8), 176/1995, de 11 diciembre (FJ 5) y 235/2007, de 7 noviembre (FJ 7), si bien no está de acuerdo que tengan una penalidad inferior a los del apartado 1º, salvo en el supuesto en la modalidad de producción, elaboración, posesión para distribución de material con esos fines.

PORTILLA (2015), en una reflexión con la que estamos de acuerdo, afirma: “el actual Código ha ampliado el elenco de comportamientos que pueden lesionar la dignidad al extender el tipo a los supuestos basados en la humillación junto a las acciones de menosprecio o descrédito. Por ello, es probable que cuando se realicen las

citadas conductas generalmente se plantea un concurso de normas con otros preceptos que protegen la dignidad de la persona –artículos 208, 173 o 525-. En ese concurso la norma más específica será siempre el art. 510, que no solo protege el derecho tutelado en la norma general –honor, integridad moral- sino la dignidad de la persona más el derecho a la igualdad del grupo, al que pertenece el afectado por la humillación, el descrédito o el menosprecio (puede estimarse que el 510.2.a) es una injuria o un atentado a la integridad moral agravado por a finalidad discriminatoria”

MANZANARES (2015, 344) destaca: “Entre lo muchos problemas que plantean los delitos del apartado 2 se cuentan los de su delimitación frente a las figuras del apartado 1. Los solapamientos no desaparecen, más bien al contrario, cuando el apartado 2 recoge unos subtipos agravados si los delitos básico promovieren o favorecieren un “clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los tan repetidos grupos”. Entonces la penalidad de los tipos básicos del apartado 2, menor que la prevista en el apartado 1, aumenta hasta coincidir con aquella”

El enaltecimiento o justificación de delitos discriminatorios contenido en la letra b) del número 2 del art. 510 CP merece una severa crítica de PORTILLA (2015) que considera que esta figura es “rotundamente inconstitucional”

Este autor fundamenta su posición mediante lo siguiente:

“no aparece expresamente en la DM de 2008, que recomienda únicamente la persecución de supuestos de apología directa, negación o trivialización flagrante de los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra de los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la CP internacional..., cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo más la apología pública, negación o trivialización flagrante de los delitos definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (crímenes contra la paz, de guerra, contra la humanidad) adjunto al acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945... cuando puedan incitar a la violencia o al odio... Sin embargo, el Código Penal actual sanciona el enaltecimiento o justificación pública de delitos discriminatorios sin respetar el contenido de la DM y sin requerir el elemento adicional exigido por la STC 235/2007 (RTC 2007, 235), la presencia de una incitación indirecta. Por el contrario, la exigencia de una incitación indirecta aparece exclusivamente como una agravante de la conducta que eleva la pena entre 1 y 4 años de prisión y multa de 6 a 12 meses emparejándola así con la sanción del 510.1.º.

Al equiparar el enaltecimiento de los autores de los delitos discriminatorios y la justificación de esos delitos con el enaltecimiento y justificación de los delitos de terrorismo, se genera una modalidad sui generis de apología, que no requiere la concurrencia de la lesión, puesta en peligro, o el peligro del peligro para los valores de igualdad, dignidad o seguridad. En resumen, basta con enaltecer al autor o justificar el delito sin necesidad de demostrar que tales conductas tienen la capacidad de generar ex ante un clima de hostilidad, odio, violencia o discriminación hacia determinados colectivos.

Como ha quedado demostrado el castigo de estas conductas no es una exigencia de la DM que sólo habla de apología pública (incitación directa) respecto a determinados delitos, siempre que tengan capacidad para crear el clima de hostilidad.

Por tanto, lo que hace el Código Penal actual es convertir en tipo autónomo el enaltecimiento o justificación sin exigir un elemento subjetivo respecto a los delitos discriminatorios, sin demandar la creación del clima de hostilidad, adoptando la excepcionalidad propia del Derecho penal de autor de los artículos 578 y 579 del CP.

El parecido entre este apartado del 510 y los artículos 579 y 578 del CP es notable. Piénsese en los comportamientos consistentes en alentar y favorecer la perpetración de los delitos de terrorismo, generando o incrementando el riesgo de su efectiva lesión, del artículo 579 tampoco respeta la Decisión Marco de 2008 que sólo recomienda la sanción de los comportamientos provocadores, no del mero favorecimiento. De otra parte, ya existen preceptos en el Código Penal español que sancionan las conductas de refuerzo, apoyo, etc., del terrorismo, incluso con la misma o mayor pena. En efecto, el artículo 170.2 sanciona a los que con la finalidad de atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo e personas...«reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas». Un delito que, como describe CUERDA ARNAU, prevé «una conducta de incitación no directa pero idónea para crear un clima amenazante capaz de afectar al sentimiento colectivo de tranquilidad» (2008, p. 81). Junto a esta figura, el artículo 578 condena «el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución...». En un principio, este delito abarca las conductas consistentes en el elogio, las alabanzas, o la legitimación de los delitos de terrorismo. Si, como parece, a raíz de la STC 235/2007 (RTC 2007, 235), se exige conjuntamente un elemento de incitación al delito, absorbería la totalidad de los comportamientos de favorecimiento del párrafo segundo del apartado 1.º del 579, ya que el 578 regularía los supuestos de incitación indirecta a la comisión de los delitos de terrorismo (RAMOS VÁZQUEZ, J.A., 2008, pp. 789 y 791; CUERDA ARNAU, M.L., 2008, pp. 82 y ss.)”

Por último, en cuanto al apartado 4º del art. 510, MANZANARES (2015, 344) se pregunta si es aplicable a todos los apartados anteriores o se excluye el ya agravado apartado 3º, afirmando “en todo caso, son de temer los solapamientos entre diferentes figuras con tantos elementos poco definidos”

2.5.- TIPO SUBJETIVO

Las modalidades delictivas del art. 510 CP llevan a plantearse que la clásica diferencia entre el móvil del delito y el dolo aquí carecen de relevancia, ya que el móvil como elemento subjetivo del injusto y, por tanto, integrado en la antijuricidad, es el determinante de esta tipificación delictiva específica, que sólo tiene justificación por móviles discriminatorios, es decir, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

Por ello, coincidimos con la doctrina (v.gr. PORTILLA. 2015) en que la exigencia de este elemento subjetivo permite concluir que no es admisible la incitación dolosa-eventual.

No parece admisible tampoco la comisión por imprudencia.

2.6.- PENALIDAD

En principio, no ofrece especiales problemas interpretativos, salvo la queja por parte de algún sector doctrinal (v.gr. ROIG, 2015 y PORTILLA, 2015) de la desproporción punitiva que se produce en el art. 510.2.b) CP, al castigar con la misma pena la lesión de la dignidad que su enaltecimiento.

2.7.- CONCURSOS

De acuerdo con la doctrina (PORTILLA, 2015) “Puede concurrir en concurso de normas con otros actos preparatorios de atentados contra la vida o integridad siendo el 510 la norma preferente. De otra parte, de consumarse el delito incitado, lo lógico sería aplicar la inducción a la discriminación o violencia, más la agravante del 22.4, y no la tesis del concurso entre incitación del 510 y la inducción (GARCÍA ÁLVAREZ, 2004, p. 256)”

En caso de los delitos contra la integridad moral del art. 173 CP y el delito del art. 510.2 CP de humillación a las víctimas, creo que estaríamos en un concurso de normas a resolver por el principio de especialidad del art. 8.1º CP.

3.- CONCLUSIONES

La aplicación del art. 510 CP, en su nueva redacción operada por la LO 1/2015, no parece que vaya a apagar las críticas que ya sufrió la redacción dada en el año 1995 que, incluso como se ha visto en el caso de algún autor, son muy radicales y virulentas, señalando que se está ante un ataque frontal ante los derechos fundamentales y libertades públicas “rotundamente inconstitucional”³⁶ trayendo al escenario crítico el restablecimiento de la censura, por no decir de otros que consideran la reforma “reaccionaria”³⁷.

Sorprende que un delito que se configura desde la experiencia histórica del terrible Holocausto sufrido durante la II Guerra Mundial por millones de personas, que mereció las condenas del Tribunal de Núremberg (1948) y que pretende que la horrenda experiencia histórica no vuelva a repetirse, protegiendo básicamente el ejercicio constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas de ideología, opinión, expresión, manifestación y reunión, suscite tantas críticas atribuyendo a la tipificación penal, paradójicamente, el ser en si misma delictiva, por cuanto se dice atenta contra los derechos fundamentales y libertades públicas imponiendo la censura previa e impidiendo a los ciudadanos ejercer sus libertades.

Ciertamente, el texto del art. 510 CP es mejorable y, quizás, debería haberse ajustado más a la dicción literal de la DM 2008/913/JAI o al derecho comparado, en el

³⁶ PORTILLA, 2015

³⁷ TERUEL, 2015

que se inspira (parágrafo 130 StGB alemán) pero ya pasó el examen de los informes de organismos tan importantes como el Consejo Fiscal y el Consejo General del Poder Judicial. No dudamos que alguien piense que tiene que pasar por el Tribunal Constitucional y, quién sabe, también por TEDH para velar por su pureza constitucional y democrática.

No es nuestro caso.

Si se atiende con prudencia a su bien jurídico protegido y a su naturaleza jurídica, que hemos tratado de exponer en este trabajo, podemos reconducir muchas de las críticas recibidas y orientar a los Tribunales de Justicia para que lo apliquen cuando haya lugar, evitando con ello la impunidad de conductas tanto o más reprochables como el mismo discurso de odio que contienen. En ello nos va el orden democrático y la protección de los derechos y libertades públicas de los ciudadanos.

4.- BIBLIOGRAFÍA

4.1.- Monografías

GARCÍA GARCÍA, R. y DOCAL GIL, D. (Directores)

Grupos de odio y violencias sociales
Editorial Rasche, Madrid, 2012, pp. 289

4.2.- Estudios doctrinales

AGUILAR GARCÍA, M.A.

“Delitos de odio”, en la obra colectiva
GARCÍA GARCÍA, R. y DOCAL GIL, D. (Directores)
Grupos de odio y violencias sociales
Editorial Rasche, Madrid, 2012, pp. 271 a 289.

“La reforma del art. 510 del Código Penal”
Revista La Ley Penal núm. 86. Octubre 2011, pp. 53 a 60.

ÁLCACER GUIRAO, R.

“Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 13-02 (2012)

GÜERRI FERRÁNDEZ, C.

La especialización de la Fiscalía en materia de Delitos de Odio y Discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso del odio en España.

Trabajo de Fin de Grado. Criminología y Políticas Públicas de Prevención.
Curso académico 2013-2014
Universidad Pompeu Fabra. Barcelona.

PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C.

“Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos colectivos”
en *Foro de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP)* nº 2015-3
(noviembre)

MORETÓN TOQUERO, M.

“El “ciberodio”, la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión”, en revista jurídica de Castilla y León, núm. 27, mayo 2012.

SUÁREZ ESPINO, M.L.

“Comentario a la STC 235/2007, de 7 noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio”, en *InDret, revista para el análisis del derecho*, Barcelona, abril 2008.

TERUEL LOZANO, Germán M.

“La libertad de expresión frente los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal”, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, octubre 2015.

4.3.- Comentarios al Código Penal

4.3.1. Anteriores a la reforma del CP por LO 10/2015

RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Director)

Código Penal

Concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes Penales especiales y complementarias

Editorial La Ley, 4ª edición, 2011, pp.1650 a 1653

TAMARIT SUMALLA, J.M. Comentario al art. 510, en el libro:

QUINTERO OLIVARES, G (Director)
MORALES PRATS, F. (Coordinador)
Comentarios al Nuevo Código Penal
Editorial Thomson/Aranzadi, 2005, pp. 2365 a 2367

TAPIA BALLESTEROS, P.
Comentario al art. 510 CP, en el libro

GÓMEZ TOMILLO, M. (Director)
Comentarios al Código Penal
Editorial Lex Nova, Valladolid, 1ª edición, septiembre 2010, pp.1779 a 1783.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.

Comentarios al Código Penal.
Actualizado por LO 5/2010, de 22 junio
Editorial La Ley, 2010, pp. 976 a 978.

4.3.2. Posteriores a la reforma del CP por LO 1/2015

MANZANARES SAMANIEGO, J.L.

La reforma del Código Penal de 2015
Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 marzo
Editorial La Ley. Wolters Kluwer España, S.a., Madrid, junio 2015, pp. 338 a 346

PORTILLA CONTRERAS, G.

Comentario a la reforma penal de 2015
Editorial Aranzadi, 1ª edición, abril 2015
Parte Especial. La represión penal del “discurso del odio”

RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Director)

Código Penal
Concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes Penales especiales y complementarias
Editorial La Ley, 5ª edición, 2015, pp. 2206 a 2214

ROIG TORRES, M.

“Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)

en el libro:

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Director)
Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015
Editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2015, pp. 1258 a 1279

4.4.- Manuales prácticos

AGUILAR GARCÍA, M.A. (Director)

Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación.
Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especializada.
Barcelona, 2015. 399 pp.

4.5.- Informes policiales y de otras organizaciones

Informes sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España en 2013 y 2014.
Ministerio del Interior. Secretaría de Estado de Seguridad. Gabinete de Coordinación y Estudios.

CEA D'ANCONA, M.A. y VALLES MARTÍNEZ, M.

Evolución del racismo, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia en España (Informe-Encuesta 2014)
Observatorio Español del Racismo y Xenofobia –Oberaxe-
Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Secretaría General de Inmigración y Emigración.
Madrid, 2015, 334 pp.

MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA

Materiales Didácticos nº 5
La Lucha contra los Delitos de Odio en Europa
Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa)
2005.

SOS RACISMO

Informe anual 2015
Editorial Tercera Prensa-Hirugarren Prentsa, S.L.
Donostia/San Sebastián, 2015, 267 pp.

5.- JURISPRUDENCIA RELEVANTE

5.1.- Tribunal Europeo de Derechos Humanos

5.1.1.- Caso *Ergogdu & Ince vs. Turquía* de 8 junio 1999 (sobre art. 10 CEDH)

“La libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado “discurso del odio”, esto es, a aquel desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular”

5.1.2.- Caso *Feret vs. Belgium* de 16 julio 2009 (excluye de la libertad de expresión la propagación de ideas que inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiesta a través del nacionalismo agresivo y la discriminación y “hostilidad contra las minorías y los inmigrantes”)

5.1.3.- Caso *Balázs c. Hungría* de 20 octubre 2015.

Estima demanda por sobreseimiento indebido de la denuncia del actor para que se investigara una agresión sufrida por el mismo por motivos racistas.

El TEDH adopta la opinión de que los actos basados únicamente en las características de las víctimas no son los únicos que pueden considerarse como delitos de odio. Los agresores podían tener múltiples motivos, estar bajo la influencia de factores circunstanciales tanto o más que de su actitud de animadversión hacia el grupo al que pertenece la víctima. Por tanto, considera difícil compartir la preocupación de la Fiscalía a la hora de demostrar que el insulto se debía “precisamente” a que el demandante fuese gitano.

5.1.4. Caso *M’Bala M’Bala c. Francia* de 20 octubre 2015. Libertad de Expresión. Antisemitismo³⁸.

En el presente caso el demandante ve frustrada su pretensión. Es un cómico francés conocido por sus posiciones revisionistas sobre el genocidio sufrido por los judíos en la Segunda Guerra Mundial. El 26 de diciembre de 2008 organizó un

³⁸ Extracto realizado por Salvador Viada. Publicado en *Boletín de Jurisprudencia de la Fiscalía General del Estado* núm. 34 (noviembre 2015)

espectáculo en el que ridiculizaba el sufrimiento judío en términos muy duros con la presencia de un conocido profesor universitario francés, negacionista del holocausto. Se abrieron diligencias por la Fiscalía terminando el demandante condenado a pena de multa por insultos públicos a una comunidad por razón de su raza o religión. La sentencia fue confirmada, siendo relevante el hecho de que el espectáculo promovido por el demandante con la presencia de una figura política muy caracterizada convertía el mismo en un acto de índole política.

El TEDH considera que dicho espectáculo no podría quedar amparado bajo la cobertura del art. 10 del Convenio, sino más bien un acto político contra los valores de paz y justicia.

En esta valoración de la negación del Holocausto por el lugar central dado a la intervención de Robert Faurisson y en la fijación de la posición humillante de las víctimas judías de las deportaciones que enfrenta el que niega su exterminio, la Corte considera que es una manifestación del odio y del antisemitismo, así como el cuestionamiento del Holocausto. Insiste en que los ataques explícitos de odio y antisemitismo han sido anteriormente considerados como abusivos del derecho (art. 17 de la Convención) y no merecedores de la protección del art. 10.

5.2.- Tribunal Constitucional. Sentencias.

5.2.1.- 214/1991, de 11 noviembre (Caso Friedman) (La Ley 1830-TC/1992) (Gimeno Sendra)

Afecta al derecho al honor de las víctimas del holocausto las expresiones del León Dregelle, ex jefe de las *Waffen S.S.* a una revista en las que dudaba de ciertos datos históricos, como la existencia de cámaras de gas, mediante la siguiente expresión "...si hay tantos ahora resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios..."

"Los juicios ofensivos contra el pueblo judío, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista"

LIBERTAD DE EXPRESION. No es absoluta, pero tampoco son absolutos los límites. Aquella libertad es condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político. **CONFLICTO CON EL DERECHO AL HONOR.** Es preciso un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto; corresponde al T. C. revisar la adecuación de la ponderación realizada por los Jueces y Tribunales. **LIBERTAD DE EXPRESION** (emisión de juicio y opiniones), **LIBERTAD DE INFORMACION** (manifestación de hechos, siempre que sea veraz), **EXPRESIONES INJURIOSAS** (inadmisibles). **DERECHO AL HONOR.** Significado personalista. Es valor referible a personas individualmente consideradas. No es posible apreciarlo en instituciones públicas o clases determinadas del Estado. Es posible apreciar lesión en aquellos ataques a un determinado colectivo de personas, lo que trasciende a sus miembros, que no tienen que estar perfecta y debidamente individualizados «ad personam». **CASO CONCRETO DE AUTOS.** Las declaraciones se incardinan en el ejercicio de la libertad de expresión: expresó su opinión y dudas

sobre acontecimientos históricos. Pero además, efectuó juicios ofensivos al pueblo judío y afirmaciones con connotación racista y antisemita, que conllevan imputaciones efectuadas en descrédito y menosprecio de las propias víctimas. El derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza. La libertad de expresión no puede amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimiento de hostilidad contra grupos étnicos, religiosos o sociales.

5.2.2.- 176/1995, de 11 diciembre (Caso editorial Makoki) (La Ley 720/96)
(Mendizabal)

Confirma condena a Damián Carulla, editor del comic “Hitler=SS” que se mofaba del holocausto y fue condenado por la AP Barcelona un mes y un día de arresto mayor y multa de 100.000 ptas. por delito de injurias y de escarnio de confesión religiosa.

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PUBLICAS. Libertad de expresión y de información como garantía de una opinión pública libre. El derecho al honor como límite para la libertad de expresión e información. Titularidad del derecho al honor. El insulto es siempre incompatible con la dignidad de la persona constitucionalmente protegida. Legitimación activa de las personas naturales o colectivas del ámbito cultural afín al pueblo judío para instar la protección de éste como colectivo ofendido por una publicación injuriosa. Protección de la infancia y del derecho a la educación como límite a la libertad de expresión. La presión ciudadana para impedir la difusión de determinadas publicaciones no es censura, aunque pueda suponer una intromisión en un derecho ajeno. Ni el derecho de veto del director de una publicación ni la selección de originales por parte del editor pueden considerarse como mecanismos de censura. INJURIAS. Determinación de la concurrencia de *_animus iniuriandi_*. Apreciación de conducta injuriosa en la apología de los verdugos del pueblo judío. RECURSO DE APELACION. Asunción por el juzgador *_ad quem_* de plenas facultades.

Se recurre en amparo contra sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona dictada por vía de apelación en procedimiento abreviado, seguido por delito de injurias y de escarnio de confesión religiosa, a consecuencia de la publicación en España del álbum «Hitler=SS». La petición se apoya en la supuesta vulneración del derecho a la libertad de expresión y a comunicar libremente información: límites constitucionales de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional desestima el recurso.

5.2.3.- 13/2001, de 29 enero (La Ley 2398/2001)
(Jiménez)

Discriminación por motivos de raza. No cabe en aras a la libertad de expresión e ideológica. Prohibición de discriminación encubierta. Se recurre en amparo entendiendo que el requerimiento policial de identificación practicado a la demandante atendía a determinadas características físicas o étnicas que concurrían en su persona al ser de color negro. El control de identificación se declara no discriminatorio ante la inexistencia de criterios raciales en su ejercicio.

5.2.4.- Pleno 235/2007, de 7 noviembre (Caso Librería Europa) (La Ley 170196/2007)
(Gay)

GENOCIDIO. Cuestión de constitucionalidad planteada respecto al párrafo segundo del artículo 607 CP. Ámbito de interpretación del Tribunal Constitucional. Negación del delito de genocidio. Restricción radical de las libertades fundamentales que no tiene justificación constitucional. Nulidad de la expresión «nieguen o» por vulnerar el derecho a la libertad de expresión. Difusión del delito de genocidio. Tipo penal constitucionalmente legítimo. Ideas o doctrinas tendentes a justificar el genocidio que están excluidas del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión. VOTOS PARTICULARES.

El Tribunal Constitucional estima parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona y anula una expresión del apartado segundo del artículo 607 CP relativo al delito de genocidio.

Resuelve cuestión de inconstitucionalidad del primer inciso del art. 607.2 CP, que sancionaba “*la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que **nieguen** o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior*”, dedicado al genocidio.

Impone una interpretación del delito de **negación** del genocidio (art. 607.2 CP 2010, hoy derogado) que limita su aplicación sólo a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías, declarando inconstitucional otra interpretación porque vulnera el derecho a la libertad de expresión. La negación del genocidio sólo puede ser delictiva en la medida que se trate de una forma de incitación al odio contra minorías.

Se admite la constitucionalidad del castigo de la *justificación* de esos delitos al decir en FJ 9º “*resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el Derecho de gentes, como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP)*”

5.3.- Tribunal Supremo (Sala 2ª)

5.3.1.- STS -2ª- 224/2010, de 3 marzo (La Ley 12429/2010)
(Giménez)

La instigación al genocidio es su incitación directa y no la apología del mismo.

ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO. Exégesis del tipo regulado en el art. 578 CP. Naturaleza y elementos del mismo. Elementos diferenciadores con la apología. Doctrina de la Sala. Revocación de condena impuesta a la alcaldesa de Hernani por las expresiones de loa y solicitud de aplausos para dos presos de ETA

emitidas en el preámbulo de su intervención, como oradora, durante el acto público de presentación de las candidaturas del partido político A.N.V. No hubo exaltación o alabanza del terrorismo ni de los dos presos por su actuación en el atentado de la T-4 de Barajas, sino una denuncia por las torturas presuntamente cometidas por la policía y el envío de un calor y cercanía que les permitiera superar esa situación y que se concreta en la expresión ¡Os queremos!. Inexistencia de intencionalidad y dolo específico de ensalzar a los «presos políticos vascos» sino sólo el de manifestar un sentimiento de repulsa por supuestos malos tratos y torturas a los detenidos, deducido de la naturaleza de las expresiones proferidas, valoradas tanto en su literalidad como contextualizadas en el acto en el que fueron pronunciadas y de la ausencia de todo grito, homenaje o consigna dirigido a enaltecer a la actividad de ETA. VOTO PARTICULAR (Sánchez Melgar) partidario de mantener la condena.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la AN, casa y anula su fallo, absolviendo a la acusada del delito de enaltecimiento del terrorismo por el que fue condenada.

5.3.2.- STS -2ª- 259/2011, de 12 abril (La Ley 1172/2010)³⁹
(Colmenero)

Caso «Librería Kalki». DIFUSIÓN DEL GENOCIDIO. Edición, venta o publicación de libros y revistas que no provocan ni incitan a la discriminación, la violencia o el odio contra grupos raciales, étnicos o religiosos. Absolución por atipicidad. Las actividades «filonazis» imputadas a los condenados en la instancia no suponen la difusión de ideas o doctrinas que presenten como justa la ejecución de cualquiera de las conductas constitutivas del genocidio, por más que sean claramente rechazables. No se aprecia «peligro cierto» de generar un clima de hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación. ASOCIACIÓN ILÍCITA. Absolución por atipicidad. Asociación de ideología «nacionalsocialista» denominada «Círculo de Estudios Indoeuropeos-CEI» que carece de la organización, estructura, personal y medios para orientar su actividad a la realización de actos concretos de promoción de la discriminación. La naturaleza xenóbofa y racista del grupo no es suficiente para incardinar su existencia como tal en el delito, pues aunque no sea necesario probar la ejecución concreta de actos discriminatorios sí debe acreditarse la posibilidad real de hacerlo. VOTO PARTICULAR (Martínez Arrieta) favorable a mantener la condena.

El Tribunal Supremo estima el recuso de casación interpuesto frente a la sentencia de la AP Barcelona, revoca el fallo y absuelve a los condenados por difusión de ideas genocidas, asociación ilícita y delito cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

5.3.3.- STS -2ª- 372/2011, de 10 mayo (La Ley 71583/2011)
(Monterde)

³⁹ DOLZ LAGO, MJ, comentario en diario La Ley 24 octubre 2011.

ASOCIACIÓN ILÍCITA. Confirmación de condena para los miembros de la Asociación cultural «Blood&Honour España» dedicada a la promoción y difusión de la ideología «Skinhead» nacionalsocialista. Fomento del odio, la discriminación y la violencia, entre otros, contra los inmigrantes y los judíos, promoviendo la superioridad de la raza aria. Confección y distribución de una revista bimensual como medio de difusión y promoción de su ideología. Financiación a través de la compra y venta de armas, «merchandising» de parafernalia neonazi y organización de eventos y conciertos de grupos Rock anti-comunista. AUTORÍA. Distinción entre fundadores-dirigentes y miembros activos. Los primeros se encargaban del control de la asociación neonazi, mientras que los segundos realizaban trabajos esporádicos. Condena de 3 de los acusados en su calidad de fundadores y presidente de la asociación, cuya responsabilidad se incardina en el art. 517.1 CP. La del resto de los 11 condenados se subsume en el art. 517.2 CP al no constar que su intervención excediese la del mero asociado. TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. Tenencia de armas prohibidas y tenencia de armas de fuego reglamentadas sin licencia. Defensas eléctricas y pistola Star calibre 7,65. Peligrosidad dada la virtualidad para ocasionar un quebranto grave en la integridad corporal de terceros. La exclusión de la potencia de las defensas en la argumentación jurídica carece de trascendencia en la calificación de los hechos. DILACIONES INDEBIDAS. No apreciación de la atenuante. Transcurso de 5 años desde el inicio de la causa hasta el enjuiciamiento de los hechos, que no se considera irrazonable. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Inexistencia de vulneración. Prueba de cargo lícita, suficiente y correctamente valorada en la instancia. Intervenciones telefónicas y registros domiciliarios efectuados legítimamente cumpliendo las garantías legales. Valoración de las declaraciones sumariales de los acusados, aunque alguno se negara a declarar en el juicio. Interpretación de los arts. 414 y 730 LECrim. Pese a su silencio puede deducirse una ratificación del contenido inculpativo resultante de otras pruebas. Inexistencia de error facti, que exige un respeto total y absoluto a los hechos declarados probados en la sentencia.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la AP de Madrid y confirma la condena a 14 de los 18 imputados por delitos de asociación ilícita, según su participación como miembros fundadores o miembros activos de la asociación cultural «Blood & Honour», y a 2 de ellos además, por delito de tenencia ilícita de armas.

5.3.4.- STS -2ª- 1396/2011, de 28 diciembre (La Ley 283490/2011)
(Giménez)

ASOCIACIÓN ILÍCITA. «Hammerskin-España». Organización de ideología nacional socialista que promueve la discriminación, el odio o la violencia contra las personas por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o incita a ello. Organización con estructura jerárquica estable, sistema de selección de

integrantes, normas rigurosas de comportamiento y sanciones para casos de incumplimiento. PARTICIPACIÓN EN EL DELITO. Confirmación de condena para el director o presidente, así como para el resto de coacusados como miembros activos. TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS. Pistola en perfecto estado de conservación y sin número de identificación transformada para disparar munición real. ESCUCHAS TELEFÓNICAS. Requisitos de constitucionalidad y legalidad ordinaria. Judicialidad, proporcionalidad y excepcionalidad de la medida. Doctrina general. PRINCIPIO ACUSATORIO. Inexistencia de vulneración. Identidad sustancial de los hechos objeto de acusación y aquéllos por los que han sido condenados los acusados. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Prueba de cargo suficientemente incriminatoria consistente en confesión de los acusados, registro domiciliario, contenido de las intervenciones telefónicas, declaración en el Plenario del testigo protegido y declaraciones de los agentes policiales que intervinieron en las investigaciones y seguimientos. DILACIONES INDEBIDAS. Atenuante simple en ambos delitos.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la AP Madrid y confirma la condena de los imputados como fundador y miembros activos de la asociación ilícita neonazi «Hammerskin-España», así como confirma su disolución y el cese de todas sus actividades.