



## Trabajo Fin de Grado

Delitos de Incitación al Odio y a la Discriminación

Autora

Rebeca Dabarcá Bas

Director

Miguel Ángel Boldova Pasamar  
Catedrático en Derecho Penal

Universidad de Zaragoza  
Facultad de Derecho  
2014

## **ÍNDICE:**

<b>LISTADO DE ABREVIATURAS</b>	3
<b>OBJETO Y JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN</b>	4
<b>METODOLOGÍA DEL TRABAJO DE FIN DE GRADO</b>	5
<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	7
<b>II. ESTEREOTIPO Y PREJUICIOS DE LA DISCRIMINACIÓN Y LA INCITACIÓN AL ODIO</b>	11
1. INTRODUCCIÓN AL PREJUICIO EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA	11
2. LOS ESTEREOTIPOS COMO FUENTE DE PREJUICIO	12
<b>III.EL DELITO DE PROVOCACIÓN DEL ARTÍCULO 510 CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.</b>	16
1. PROVOCACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN (ARTÍCULO 510.1 CP)	19
2. ARTÍCULO 18 CP	21
3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PROVOCACIÓN	23
4. LA IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA	24
5. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN EN ALGUNOS SUPUESTOS AGRAVATORIOS	27
6. VISIÓN DE LA DOCTRINA PENAL ESPAÑOLA SOBRE EL DELITO DE INCITACIÓN AL ODIO	28
a. Tesis de Landa Gorostiza «La interpretación de la “Antesala al Holocausto”»	33
b. Tesis de Laurenzo Copello «La versión de la “antesala de la violencia”»	34
7. REFERENCIA AL ARTÍCULO 510.2 CP	36
8. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE EL LENGUAJE DEL ODIO	37
<b>IV.EL DELITO DE GENOCIDIO (ARTÍCULO 607 CP)</b>	45
1. LA JUSTIFICACIÓN DEL GENOCIDIO. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL	48
<b>V. REGULACIÓN EN EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL</b>	52
<b>V. CONCLUSIONES</b>	61
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	64

## **LISTADO ABREVIATURAS**

AP: Audiencia Provincial

Art.: Artículo

Arts.: Artículos

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CP: Código Penal

ed.: Edición

(ed.): Editorial

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

Núm.: Número

Núms.: Números

ONU: Naciones Unidas

Op. Cit.: Obra Citada

Passim: Por todas partes

ss.: Siguientes

SAP: Sentencia de Audiencia Provincial

STC: Sentencia Tribunal Constitucional

STS: Sentencia Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

Vid: véase

## **OBJETO Y JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

El intento delimitador que ofrece el conjunto normativo del Código Penal de 1995 sobre la incitación al odio y a la discriminación, así como las conductas xenófobas, ofrecen ya de por sí un grado suficiente de complejidad.

Ahora bien, cuando se trata de determinar cuales con las previsiones penales configuradas de manera específica para atajar el racismo o la xenofobia, incluso la discriminación, nos adentramos en un terreno conceptual muy inestable que admite acepciones muy variadas y que se erige en dificultad tanto a la hora de regular penalmente este fenómeno, como a la hora de interpretar los tipos correspondientes.

El presente trabajo parte de un análisis global de lo que entienden los distintos puntos de vista doctrinales acerca de la redacción de los preceptos, y la interpretación de los mismos por parte del Tribunal, así como de un estudio general de la influencia del Derecho a la Libertad de expresión relacionado estrechamente con la materia desarrollada, para poder enfrentarnos con solidez a los problemas de interpretación que suscita el artículo 510 del Código Penal y significado en el seno del conjunto de la política-criminal antixenófoba. De la misma forma, el análisis del delito de provocación del mencionado precepto sufre un enfrentamiento con alguna de las cuestiones básicas que, simultáneamente, revelan la centralidad de dicha figura penal, sus posibles sentidos de tutela, así como los criterios que permiten caracterizar críticamente la regulación penal en esta materia.

Podría en definitiva afirmarse que optar por culminar este estudio dispensando una atención especial al análisis del art. 510 forma parte lógica, consecuente y obligada de la opción de aproximarnos a los problemas comunes que la interpretación penal contra estos delitos puede representar para un Estado de Libertades.

Ahora bien, la inminente reforma del Código Penal ha hecho que estos preceptos sufran una modificación, que ha sufrido una gran crítica, puesto que si la interpretación de los mismos ya se consideraba complicada por su redacción, la reforma los ha vuelto mas difíciles de interpretar si cabía.

Asimismo, los jueces y tribunales, han condenado por estos delitos en muy pocas ocasiones, y aún menor es el numero de sentencias condenatorias firmes, como se podrá ver mas adelante, en el desarrollo del Trabajo.

Es por todo ello, por lo que he considerado muy interesante el estudio de estos preceptos, y he llevado a cabo la redacción del Trabajo.

## **METODOLOGÍA DEL TRABAJO DE FIN DE GRADO**

Todo proceso de pre o post grado con un trabajo que generalmente constituye una investigación. Se dice habitualmente que algunas carreras culminan con el Trabajo de Fin de Grado.

A mi entender, el Trabajo de Fin de Grado es un documento en el que se exponen los resultados alcanzados por el estudiante en su trabajo de investigación, presentándolo de manera sistematizada, lógica y objetiva en correspondencia con el tema que se ha elegido. El Trabajo de Fin de Grado tiene por objeto la demostración de la adquisición de ciertos contenidos formativos asociados al título.

Para el desarrollo de este trabajo se han seguido varios pasos, tratando que cumplir una serie de requisitos, procurando que el tema, así como la información utilizada fuera novedosa, actual y original, lo cual se ha tratado de realizar mediante el análisis de obras relacionadas con el tema en cuestión, por autores expertos en el tema.

En este trabajo se analiza, en primer lugar la interpretación doctrinal y jurisprudencial de las figuras delictivas de provocación al odio (art. 510.1) y justificación del genocidio (art. 607.2) llevada a cabo desde su entrada en vigor, con la finalidad de poner de manifiesto las críticas formuladas respecto de esta regulación así como las propuestas de reforma. Asimismo, se estudia la modificación de estos delitos que aborda el Proyecto de ley de reforma del Código penal, de septiembre de 2013, exponiendo los considerables defectos en los que incurre la regulación proyectada.

En primer lugar, se ha realizado un trabajo de investigación exhaustiva, tratando de adquirir los conocimientos necesarios para poder formar una unidad de trabajo, mediante la lectura y consulta de diferentes manuales relacionados con la materia, algunos facilitados por el tutor del trabajo, y otros adquiridos de otras fuentes como bibliotecas e internet, así como la consulta de variada jurisprudencia, toda ella relacionada con el tema en cuestión. Así como también se consideró interesante,

investigar un poco acerca del motivo por el cual se forman este tipo de prejuicios contra grupos determinados, para lo cual se consultaron a su vez, libros de psicología.

Una vez establecida la armonía entre las partes, tanto principales como secundarias; puesto que aunque se manejen varias ideas, hay una idea que es la fundamental, la base de la investigación y el objeto final de la misma; se trata de aportar la mayor concordancia entre problema, demostración y conclusiones, se procedió a la escritura del documento.

Tras la redacción del trabajo, se pasó a determinar el objeto de exposición oral, siendo este el tema principal de la investigación, y dado el reducido tiempo que se presta a la misma, se debía reducir visiblemente, todo ello con el objeto de poder realizar una defensa adecuada que se complemente con el trabajo escrito, tratando de exponer los hechos de una manera ordenada y sistemática con el fin de facilitar la comprensión.

## I. INTRODUCCIÓN

En el transcurso de los últimos años, la Unión Europea se ha dotado de un conjunto de leyes para luchar contra la discriminación, principalmente basada en el sexo, pero sin quitarle importancia a otros tipos de discriminación basadas en otros motivos. Para ello, el Tratado de Ámsterdam de 1997<sup>1</sup>, que habilita a la Comunidad Europea a actuar para luchar contra la discriminación basada en una serie de nuevos motivos, como la raza o el origen étnico, la religión o las convicciones, la edad, alguna discapacidad o la orientación sexual. Más adelante, el citado Tratado fue modificado por el Tratado de Niza<sup>2</sup> con el fin de permitir al Consejo adoptar medidas de estímulo por una cualificada mayoría.

Con el objetivo de garantizar a todas las personas residentes en la UE una protección jurídica eficaz, en el año 2000 el Consejo adoptó dos directivas; la Directiva relativa a igualdad racial y la Directiva relativa a la igualdad en materia de empleo.

Ambas constituyeron importantes proyecciones en la protección contra la discriminación en la UE, puesto que suponía una obligación a introducir modificaciones importantes en las legislaciones nacionales de todos los Estados miembros, incluso en los que ya disponían de una legislación antidiscriminatoria elaborada.

Por primera vez, gracias a estas Directivas se han introducido protecciones contra algunas formas de discriminación en un importante número de Estados, creando nuevos organismos especializados en materia de igualdad.

---

<sup>1</sup> El Tratado de Ámsterdam fue un acuerdo firmado el 2 de octubre de 1997 en la ciudad neerlandesa de

<sup>2</sup> El Tratado de Niza fue un tratado celebrado por el Consejo Europeo entre los días 7 y 9 de diciembre de 2000 y firmado el 26 de febrero de 2001, para modificar los Tratados vigentes. Entró en vigor el 1 de febrero de 2003 tras haber sido ratificado por los 15 Estados miembros según lo previsto en sus respectivas normas constitucionales. El proceso de ratificación se extendió hasta 2002. El propósito de este tratado era reformar la estructura institucional para afrontar la ampliación de la Unión Europea, una tarea que tendría que haberse llevado a cabo por el Tratado de Ámsterdam, pero que este no pudo resolver. No fue bien aceptado por todos, sino que es más, fue muy criticado, pero finalmente se logró alcanzar un compromiso que consistía en una doble mayoría de Estados Miembros y votos. Además un país podría solicitar opcionalmente que se verificase que los países de voto afirmativo representaban una proporción suficiente en la población de la Unión [...]

La unión Europea en su lucha contra este problema, establece un programa de acción comunitario de lucha contra la discriminación, completando así las dos Directivas relativas a la igualdad racial y en materia de empleo.

Responde a la necesidad de apoyar una serie de medidas con el fin de cuestionar los comportamientos discriminatorios favoreciendo de esta forma una evolución en la mentalidad de los ciudadanos.

Como objetivo comprende las cuestiones vinculadas a la discriminación, desarrollando la capacidad para prevenir y combatir la discriminación de manera eficaz, particularmente a través del intercambio de información.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>3</sup>, proclamada en el año 2000, reafirmaba su compromiso con el principio de no discriminación. En su art. 21<sup>4</sup> prohibía la discriminación basada en los seis motivos de discriminación mencionados en el art. 13 del Tratado CE<sup>5</sup> y en siete motivos complementarios que son: origen social, características genéticas, lengua, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio y nacimiento. El art. 21 de la Carta a imagen del Tratado prohibía también cualquier discriminación basada en la nacionalidad.

Internacionalmente hablando, el Derecho a la no discriminación es reconocido por los principales instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto internacional de la ONU relativo a derechos civiles y

---

<sup>3</sup> La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es un documento que contiene provisiones de derechos humanos y fue proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza.

<sup>4</sup> Art. 21 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicios de las disposiciones particulares de dichos Tratados».

<sup>5</sup> Art. 13 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea: «1. Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar actuaciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cuando el Consejo adopte medidas comunitarias de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentos de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1, deducirá de conformidad con el procedimiento previsto en el art. 251.

políticos, el Pacto internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales de la ONU, el Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación y el Convenio n.111 de la Organización Internacional del Trabajo.

Las disposiciones referentes a la no discriminación contenidas en el Convenio europeo de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales fueron reforzadas por la entrada en vigor, el 1 de abril de 2005, de un nuevo protocolo, que instaura un derecho autónomo a la igualdad de trato.

Igualmente, vemos como se implanta una Decisión Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, cuyo objetivo es garantizar que el racismo y la xenofobia sean punibles, con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias en la Unión Europea, así como mejorar y fomentar la cooperación judicial en este campo.

Esta Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, prevé la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros referentes a los delitos de carácter racista o xenófobo.

Estos comportamientos deben constituir un delito en todos los Estados miembros y ser punibles mediante sanciones penales efectivas, con una pena máxima de uno a tres años de prisión como mínimo, aplicándose a cualquier delito cometido en el territorio de la UE, incluidos los delitos cometidos por medio de un sistema de información y los cometidos por un nacional de un Estado miembro o por cuenta de una persona jurídica que tenga su sede en un Estado miembro.

Asimismo, considera punibles delitos con objetivos racistas o xenófobos, tales como la incitación publica a la violencia o al odio, dirigidos contra un grupo de personas o contra un miembro de dicho grupo; la difusión por cualquier medio de escritos, imágenes y otros soportes de contenido racista o xenófobo y la apología publica, negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

De la misma forma se consideran punibles la incitación, participación internacional o la tentativa de cometer alguno de los actos anteriormente mencionados.

Actualmente en nuestro país se está produciendo una reforma en el Código Penal que conocemos, y ésta entre otros supuestos, se ocupa de la transposición de la

Decisión Marco que acabamos de mencionar, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia.

Vemos como se modifica la regulación del art. 510 y ss. Sobre la conducta de incitación al odio y a la violencia por dos motivos. En primer lugar por la STC 235/2007, de 7 de noviembre<sup>6</sup>, la cual impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que este comportamiento constituya una incitación al odio u hostilidad; y en segundo lugar por la citada Decisión Marco que contiene las conductas que deben ser objeto de una nueva regulación.

Esta nueva regulación regula dos tipos de conductas, por un lado y con una penalidad mayor, las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios; y por otra parte, la producción o distribución de los materiales que por su contenido se consideren idóneos para incitar al odio o a la violencia.

Asimismo vemos como se incluyen medidas para la destrucción de los documentos, archivos o materiales por medio de los cuales se cometiera el delito, o para impedir el acceso a ellos. Por ultimo, se incluye una previsión de agravantes en las penas en el caso de existencia de organizaciones delictivas y se incluye la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

---

<sup>6</sup> Sin duda, la STC 235/2007, de 7 de noviembre que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad relativa al art. 607.2 del CP, marca una nueva tendencia en la interpretación constitucional de los delitos relacionados con la apología del genocidio al declarar que la negación de la existencia de prácticas genocidas por regímenes políticos totalitarios está amparada por la libertad de expresión.

El supuesto de hecho que sirve como base a esta resolución de nuestro Tribunal Constitucional, es el de la llamada Librería Europa, especializada en publicaciones en las que de forma reiterada se negaba la persecución y genocidio sufridos por el pueblo judío durante la II Guerra Mundial y llevados a cabo por el régimen nazi.

La Sentencia declara inconstitucional la previsión contenida en el art. 607.2 CP pues entiende que esta conducta, siempre y cuando no contenga insultos, está amparada por la libertad de expresión. En particular se presentan argumentos a favor de la constitucionalidad de esta tipificación penal cuando la negación del genocidio, aún no conteniendo insultos, tenga clara intencionalidad de trivializar o minimizar crímenes tan atroces, pues ello supondría un menosprecio que ataca a la dignidad de las personas perjudicadas.

Por otro lado, supondría ir en contra de la corriente de muchos de los países de nuestro entorno que tipifican como delito la negación del genocidio, así como de las recomendaciones de Organizaciones Internacionales a las que pertenece España. Además dicha restricción a la libertad de expresión entraría dentro de las facultades de limitación a la libertad de expresión que permite el art. 10.2 del CEDH que establece la protección de los derechos de terceros como finalidad que legitimaría tal restricción a la libertad de expresión.

## **II. ESTEREO TIPO Y PREJUICIOS DE LA DISCRIMINACIÓN Y LA INCITACIÓN AL ODIO.**

### **1. INTRODUCCIÓN AL PREJUICIO EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA.**

Para adentrarnos en esta materia y poder entender este tipo de delitos, considero que es conveniente realizar un breve análisis de este tipo de conductas desde una perspectiva psicológica, y sobre todo entender el por qué de estos actos de discriminación.

En primer lugar, lo primero que debemos dejar claro es el concepto de racismo. El racismo es un prejuicio, es decir, una actitud desfavorable, intolerante injusta o irracional hacia un grupo o hacia una persona por su pertenencia categorial. Actualmente, el perjuicio racial no se expresa de la misma manera que en el pasado; la gente no cree que la existencia de diferencias innatas entre los diferentes grupos étnicos supóngala superioridad biológica del propio grupo; no cree que los contactos internacionales sean una amenaza de degeneración cultural y biológica de la propia raza, [...]<sup>7</sup>. Por lo tanto, podemos decir que el por qué de este cambio en la forma de expresar estos prejuicios se debe:

- En primer lugar porque la expresión tradicional del perjuicio contra las minorías está mal visto en la actualidad.
- En segundo lugar por las demandas políticas de los grupos minoritarios y la introducción de políticas de integración y discriminación positiva.
- En tercer lugar, porque las actitudes y los estereotipos intergrupales de las personas se han vuelto mas positivos.
- Por ultimo porque la expresión radical del racismo está asociado a grupos fanáticos.

Actualmente, el racista «moderno» cree en la igualdad y en el respeto de todos sí, y no se siente racista, pero defiende sus opiniones negativas con respecto de los que son de diferente raza; asume sinceramente los principios de tolerancia, pero

---

<sup>7</sup> La gente no niega abiertamente derechos para los exogrupos ni defienden su expulsión y segregación; y pocos consideran abiertamente como ideal social, una sociedad homogénea (sociedad de raza pura).

también experimenta ansiedad en el trato con los miembros de otros grupos étnicos, etc.

## 2. LOS ESTEREOTIPOS COMO FUENTE DE PREJUICIO

Frente a esta cuestión debemos plantearnos, que si los estereotipos son formas de percibir a los individuos como miembros de un grupo, ¿Por qué tienen una imagen social negativa?

Estereotipar a alguien es atribuir a esa persona algunas características que se consideran compartidas por todos o casi todos los miembros del grupo, es decir, un estereotipo es una indiferencia inspirada en la asignación de una persona a una categoría determinada.

Este concepto, procede en realidad, de un momento del proceso de impresión en donde se hace un molde para duplicar diseños o dibujos en la página. Lippmann (1922)<sup>8</sup>, periodista político, fue el primero que comprendió lo apropiado del término para describir como las personas usan moldes cognitivos para reproducir imágenes de las personas o sucesos que tienen en mente las «imágenes que se tienen en la cabeza», como él las llamaba.

Hay varios tipos sobre los estereotipos:

- El primero consiste en la creencia de que el estereotipo es menos rico y menos preciso que la percepción interpersonal, ya que el grupo es menos real que el individuo. Sin embargo es falso que el individuo sea más real que la percepción interpersonal, ya que todas las «cosas» pueden verse como relaciones.

Asimismo es falso pensar que se llega a conocer bien a las personas y nunca a los grupos, o que nos conocemos a nosotros mismos siempre mejor que a los demás.

Por último es falso considerar que percibir a un grupo es categorizar y percibir a una persona, puesto que las diferencias entre ambos residen exclusivamente en el nivel de exclusividad en el que establecemos las similitudes y diferencias.

---

<sup>8</sup> Walter Lippmann (Nueva York, 23 de septiembre de 1889 – Nueva York, 14 de diciembre de 1974), fue un intelectual estadounidense. Como periodista, comentarista político, crítico de medios y filósofo, intentó reconciliar la tensión existente entre libertad y democracia en el complejo mundo moderno. Obtuvo dos veces el Premio Pulitzer por su columna *Today and Tomorrow* (Hoy y mañana).

- El segundo es la percepción de que los estereotipos son imágenes o creencias rígidas. Sin embargo, es falso que los estereotipos sean rígidos ya que reflejan las propiedades emergentes de la categoría social como un todo y no las características personales de los individuos de un grupo.

Igualmente, es falso que el contenido del estereotipo sea algo fijo o pasivo, ya que variará para reflejar el contenido de las diferencias diagnósticas entre grupos en contextos específicos.

- El último mito es la consideración de los estereotipos como creencias no validas. Pero son creencias validas en la medida en que los grupos son entidades reales. En la medida en que tanto los individuos como los grupos existen objetivamente, en tanto la categorización social como personal son necesarias para la representación verídica de la vida social.

De igual modo, son validos en la medida en que sus variaciones están sistemáticamente relacionadas con cambios en la realidad social.

Son validos en tanto son normas implícitas del grupo. Los estereotipos son normas sociales. Son mantenidos en común por los miembros de un grupo sobre otro y están anclados en la pertenencia a otros particulares.

Por último, son válidos en la medida en que contienen análisis políticos. Los estereotipos son armas políticas. Los argumentos sobre estereotipos son, consecuentemente, una cuestión de conflicto político y son consistentes con la racionalidad psicológica del proceso.

Lo que debemos plantearnos a continuación, es si, como hemos visto, los mitos sobre los estereotipos son falsos, ¿por qué son inaceptables? Pues bien, no son inaceptables porque sean una información generalizada sobre todos los elementos de una categoría, ya que las categorizaciones son valiosas cuando son verdad; ni son inaceptables porque sean informaciones falsas, ya que la mayor parte de las veces no sabemos si son verdad o no; ni lo son porque sean informaciones adquiridas por rumor en lugar de ser adquiridas por experiencia directa, ya que hay informaciones adquiridas a través de rumores que son verdad.

Son inaceptables en realidad porque son etnocéntricos, porque se emplean para describir a una persona en lugar de a un grupo o categoría y porque tienen un fuerte carácter esencialista, es decir, aplico carácter a una persona, y así estoy

expresando que dicha persona tiene cualidades que le llevan a ser de esa forma, no porque pertenezca a un grupo determinado<sup>9</sup>.

Es muy significativo, saber cuales son los factores que hacen que se activen los estereotipos, como por ejemplo la presencia de una categoría sobre la que existe un estereotipo; las características de los individuos percibidos que destacan perceptivamente; todo lo que incremente la accesibilidad de la información categorial o la accesibilidad crónica de ciertas categorías; la experiencia de una emoción; o las metas del preceptor de los estereotipos, que pueden anular sus creencias. El problema de esto, es que los estereotipos pueden generar consecuencias tanto para los estereotipadores como para los estereotipados.

Para el primer grupo, puede provocar que alguien que posea un estereotipo acerca de un grupo, tienda a atribuir a los miembros las características relevantes del estereotipo del grupo.

También puede estimular que quien posea un estereotipo acerca de un grupo haga juicios influido por dicho estereotipo, aunque para esto, las personas tienen que sentir que están en condiciones de hacer ese «juicio». Quien posea un estereotipo acerca de un grupo puede emplearlo como hipótesis provisional para la que buscará información posterior, en lugar de intentar falsearlas tratará de confirmarlas.

De la misma forma, alguien que posea un estereotipo acerca de un grupo tenderá a recordar informaciones relacionadas con el estereotipo<sup>10</sup>.

En última instancia, alguien que posea un estereotipo lo usará para sesgar las atribuciones del endogrupo y del exogrupo. Es lo que Pettigrew<sup>11</sup> denominó «error de atribución último»<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ PEREZ, A. / BETANCOR RODRÍGUEZ, V., *Guía didáctica sobre el prejuicio y la Discriminación*, Facultad de Psicología, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2013-2014.

<sup>10</sup> Numerosas investigaciones muestran el impacto de los estereotipos en la interpretación, la adquisición y la restitución de las informaciones.

<sup>11</sup> ARNOSO MARTÍNEZ, A., *Cárcel y trayectorias psicosociales, actores y representaciones sociales*, Alberdania, País Vasco, 2005, p. 95 y ss. Cit. Según Pettigrew (1979), el error de atribución último consiste en una asimetría en las explicaciones cuando implican a actores del propio grupo o del grupo opuesto, y consiste en atribuir el éxito del propio grupo a causas internas y el del grupo rival a causas externas. Los fracasos se atribuyen a causas externas si se trata de nuestro grupo y a internas si es del exogrupo. Un buen ejemplo de ello lo proporcionan los comentarios de los seguidores de un equipo ante los resultados de un partido decisivo frente a un rival tradicional. Para el autor, el error de atribución último goberaría los juicios de la mayoría de los individuos, y en particular de los que vehiculan fuertes prejuicios. El sentimiento de una clara diferencia entre actor y observador reforzaría la tendencia a manifestar ese error ultimo. Además, la intensidad de ese fenómeno, se incrementaría

Para el segundo grupo, los estereotipados, también hay fuertes consecuencias, puesto que los estereotipos ejercen una fuerte presión social sobre su conducta.

Una de las consecuencias es la «profecía que se autocumple<sup>13</sup>» que describe aquellas situaciones en que las expectativas mantenidas por una persona hacen que se cumplan realmente.

El mecanismo que interviene en la profecía que se autocumple es la confirmación conductual en la que las expectativas de los otros inducen a la gente a actuar de modo consistente con esas expectativas.

El problema de todo esto, es que muy frecuentemente, los prejuicios acaban generando una discriminación, más o menos agresiva, siendo una de las actitudes más negativas que consiste en la falta de tolerancia y de respeto hacia las personas.

La discriminación es la acción de distinguir o hacer una distinción de las condiciones que pueda tener una persona con respecto a otra, y por medio de esta distinción, violar los derechos de igualdad en el entorno de una vida social, y es aquí donde el Derecho Penal entra tratando de prevenir este tipo de conductas.

---

con el aumento de los estereotipos negativos, y estará aún más marcada cuando las diferencias raciales y étnicas vienen a añadirse a las diferencias nacionales y socio-económicas.

<sup>12</sup> En el caso de acontecimientos negativos se realiza una atribución de causalidad interna al exogrupo y una atribución de causalidad externa al endogrupo; mientras que en el caso de un acontecimiento positivo, se atribuirán las acciones positivas y características intrínsecas del endogrupo, pero a circunstancias externas cuando hayan sido cometidas por un miembro del exogrupo.

<sup>13</sup> El concepto de Robert K. Merton de profecía que se autorrealiza o autocumple deriva del teorema de Thomas que dice «que si una situación es definida como real, esa situación tiene efectos reales». En otras palabras, la gente no reacciona simplemente a cómo son las situaciones, sino también a la manera en que perciben tales situaciones, y al significado que les dan a las mismas. Por tanto, su comportamiento está determinado en parte por su percepción y el significado que atribuyen a las situaciones en las que se encuentran, más que en sí mismas.

### **III. EL DELITO DE PROVOCACIÓN DEL 510 CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.**

Del conjunto de figuras delictivas que integran la normativa penal vigente en nuestro país, nos vamos a centrar en el estudio de los problemas básicos que presenta el delito de provocación. Es conveniente exponer de una manera sistemática el por qué de la especial relevancia y centralidad de este precepto.

En primer lugar, decir que entre el conjunto de instrumentos internacionales que destacan en la materia, hay uno que tiene especial relevancia, y este es la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965 (en lo sucesivo Convención 1965), cuya especialidad radicaba en la obligación que compete al país de incorporar a su ordenamiento una figura penal de provocación xenófoba.

Esta Convención 1965 ha venido ejerciendo una influencia evidente en los legisladores estatales, y sobre todo en los países de Europa occidental. Es más podemos decir, y citando al Dr. Landa Gorostiza, «que estas medidas internacionales constituyen el referente básico a la hora de diseñar la política penal antixenófoba en nuestro ámbito jurídico».

Asimismo, la situación actual del derecho comparado, en parte influenciada por esta Convención 1965, brinda un segundo argumento de peso en favor de conceder prioridad al estudio de esta figura delictiva.

Podemos apreciar diferencias entre los distintos países, como por ejemplo, los Estados Unidos de América que son los únicos que se decantan prioritariamente a favor de una tipificación de esta clase de comportamientos mediante agravantes genéricas, mientras que por el contrario, en Europa el delito de provocación es el que estructura la política penal en esta materia.

Uno de los problemas más típicos y que veremos en profundidad más adelante, donde el delito de provocación resulta de especial relevancia, es la incriminación de este con la libertad de expresión, constituyendo el problema común más grave a todas y cada una de las figuras delictivas de la normativa vigente en la materia; y donde se corre el riesgo de acabar limitando el libre ejercicio de las libertades de expresión y de ideología mediante un modelo punitivo.

Por lo tanto, vemos como «El delito de provocación se sitúa frente a este grave problema con el precepto de mayor adelantamiento de barreras que la intervención punitiva supone. Su tenor típico de delito de peligro describe aquellas conductas prohibidas que más alejada tienen su referencia para con la lesión del bien jurídico objeto de tutela y, por tanto, en las que sospecha de incriminación de la actitud interna mayores probabilidades tiene de resultar confirmada»<sup>14</sup>.

En el Código Penal de 1995, versión que actualmente aún se encuentra vigente, encontramos dos preceptos destinados a sancionar una serie de conductas que se encuentran vinculadas a los fenómenos de «discurso del odio» y del «revisionismo»; estos preceptos son, respectivamente el art. 510<sup>15</sup> y el art. 607.2<sup>16</sup>.

Esta regulación procede del delito de provocación o incitación a la discriminación del art. 167 ter y del delito de apología del genocidio del art. 137 bis b), del CP derogado, cuya finalidad era combatir por la vía penal determinados

---

<sup>14</sup> LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código Penal*, Universidad del País Vasco, (ed.) Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 1997.

<sup>15</sup> El art. 510 CP establece «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 al pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 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».

<sup>16</sup> El art. 607 CP establece «Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes serán castigados:

- 1º. Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes se impondrá la pena superior en grado.
- 2º. Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el art. 149.
- 3º. Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando las produjeran algunas de las lesiones previstas en el art. 150.
- 4º. Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzados del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.
- 5º. Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los Núms. 2º y 3º de este apartado.

La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años».

comportamientos discriminatorios dirigidos especialmente contra ciertos grupos raciales o étnicos.

El CP de 1995, mantiene la regulación del delito de provocación (art. 510) en sus aspectos mas esenciales, pero extiende considerablemente su ámbito de aplicación y añade la provocación a la discriminación; la provocación al odio y a la violencia; elimina la referencia al carácter directo de la provocación; e incorpora nuevos motivos de discriminación.

Por otro lado, el nuevo código, modifica sustancialmente el art. 137 bis, pues como sabemos en el art. 607.2 no se tipifica la apología del genocidio, sino la difusión de ideas que nieguen o justifiquen el genocidio, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen este tipo de prácticas.

Durante estos años, ambos preceptos han sido objeto de un amplio y crítico tratamiento doctrinal, partiendo todos los planteamientos básicamente de las mismas premisas: por un lado, que estos delitos encuentran serias dificultades de conciliación con los principios básicos del Derecho penal, fundamentalmente el «principio de intervención mínima»; y por otro lado, que son «delitos de opinión», y como hemos mencionado anteriormente, contravienen el derecho constitucional a la libertad de expresión (art. 20 CE).

Teóricamente hablando, vemos que en efecto, el delito tipificado en el 510 CP consiste en una provocación, no en una discriminación directa; y por lo tanto se trata de un delito que se comete con ocasión del ejercicio de la libertad de expresión. A través de este derecho fundamental se produce una iniciación a la comisión de delitos de discriminación o de violencia, respecto de los que puede afirmarse que es una provocación en sentido estricto. No podemos decir lo mismo del odio que, obviamente, no es susceptible de regulación jurídica al tratarse de una emoción humana.

En cualquier caso la provocación deberá incluir la apología de dicha discriminación odio o violencia, y en el caso de que la provocación surta efecto, y derive en la comisión de delitos, sería de aplicación la regulación genérica sobre la

misma, lo que dispone el art.18 CP<sup>17</sup> el cual aun refiriéndose a la discriminación contra grupos o asociaciones, incluye también la discriminación de sus miembros. No se trata entonces, únicamente de provocar e incitar a una discriminación contra un colectivo, sino de provocar también a una discriminación personas concretas.

Por otro lado, en el párrafo segundo del art. 510, el delito que se tipifica es la difusión de informaciones injuriosas, el cual sí que se refiere a los grupos o asociaciones, pues ha de entenderse como una extensión a los delitos de injurias tipificados en los arts. 208 y ss. del Código.

## 1. PROVOCACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN (ART. 510.1 CP)

Dentro de las figuras delictivas referentes a la discriminación en sentido estricto, el legislador contempla como figura delictiva independiente, la instigación a futuras discriminaciones, de las cuales podrían ser víctimas no solo los españoles, sino también los ciudadanos extranjeros. Con esto, se trata de anticipar aún mas la protección de ciertos colectivos marginados, un hecho que en sí mismo es admirable, pero como ya veremos, la amplitud y falta de delimitación en la redacción de este precepto sugiere numerosos problemas

Hemos visto, que el artículo tiene como precedente inmediato el art. 165 ter<sup>18</sup> del Código Penal de 1973, introducido por el art. 2 de la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo.

La introducción de esta figura se encontraba justificada por la proliferación de actos racistas y xenófobos, en la exposición de motivos de la citada ley<sup>19</sup>, con lo que

---

<sup>17</sup> Art. 18 CP: «1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.

Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. 2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción».

<sup>18</sup> Art. 165 ter que disponía: «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, pueden constituir una incitación directa a cometer delito».

se respondía también a las iniciativas internacionales que se tomaron tras la oleada de violencia antisemita que se inició en Alemania en los años 50, y que más adelante se extendió al resto de Europa.

España cumplía con lo dispuesto en el art. 4 de la Convención 1965, donde se establece que «Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones... que pretendan justificar o promover el odio racial la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o a actos de tal discriminación, y con este fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el art. 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas: a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación [...]»<sup>20</sup>.

Sin embargo, aunque todos los Estados ratificantes de la Convención 1965 estaban obligados a introducir normativa antixenófoba conforme a lo establecido en el anterior artículo, los Estados tenían cierta potestad a la hora de decidir la configuración de la misma. Es más, podemos ver como el art. 510.1 de nuestro ordenamiento, no es más que el contenido del art. 4 trasladado a nuestro Código.

El art. 510.1 CP castiga literalmente sin puntualizar la incitación a que otros discriminén, o realicen violencias u odien a ciertas personas por pertenecer a ciertos grupos, quedando de esta forma configurado como un delito de peligro abstracto en el

---

<sup>19</sup> «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 mas urgente cuando se presenta la reaparición, en la guerra que asola la antigua Yugoslavia, de prácticas genocidas que los pueblos tienen un reflejo directo».

<sup>20</sup> Sigue diciendo el art. 4 de la Convención: «b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas, de propaganda, y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley; c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones publicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella».

que lo importante es la creación de unas condiciones en las que se corre el riesgo de que ciertos grupos humanos sean objeto de todo tipo de menoscacios, o injusticias.

Pero esto puede implicar un problema ya que supone una ampliación desmesurada del ámbito de incriminación de este precepto, haciéndolo totalmente inadmisible, como opina Landa Gorostiza, sobre todo si tenemos en consideración que estamos ante un precepto que corre el riesgo de calificarse como un delito de opinión. Esta aproximación al delito de «provocación» nos lleva a calificarlo, citando a Vives Antón y Carbonell Mateu, como un delito de xenofobia en sentido estricto.

Algunos como García Álvarez, lo consideran como un delito de *«peligro abstracto»*, es decir, que la acción típica, la provocación, no origina una situación concreta de desventaja para una persona, sino que, en todo caso, crea las condiciones para que esa situación sea ocasionada en un futuro por otros.

Partiendo de esta premisa, Laurenzo Copello<sup>21</sup>, lo considera como una conducta peligrosa para el bien jurídico tutelado, pero desde luego no como un comportamiento lesivo.

De esto se deduce que la provocación al odio, la discriminación o la violencia no supone la lesión de un bien jurídico, sino su puesta en peligro. Para que sea punible, este delito exige, desde esta perspectiva, la peligrosidad de la acción o lo que viene siendo lo mismo, la aptitud de la conducta para originar un peligro para el bien tutelado.

## 2. ARTÍCULO 18 CP

El término «provocación» se refiere en general, al acto de provocar, ser provocativo o llamar la atención.

Encontramos numerosas opiniones defendidas que representan gran diversidad de matices; aunque podemos decir que la inmensa mayoría de las propuestas de interpretación del delito de provocación a la discriminación se han centrado en acercar en mayor o menor medida los elementos del tipo a las notas características del acto preparatorio de provocación tipificado en el art. 18. Esta interpretación, se ve

---

<sup>21</sup> LAURENZO COPELLO, P., *La discriminación en el Código Penal de 1995, Estudios penales y criminológicos*, núm. XIX, Universidad de Santiago de Compostela, 1996.

abonada por el hecho de que el verbo que utilizamos normalmente es precisamente «*provocar*».

El mencionado artículo establece que «la provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito». Como hemos visto, el art. 510.1 tipifica la denominada «provocación a la discriminación». Ya que la conducta se configura como una forma de provocación para delinquir, remitirse al concepto que ofrece el art. 18 CP, y de esta forma se entiende que los requisitos de la provocación discriminatoria serán los expuestos en ese precepto general. A pesar de esto, la doctrina ha manifestado en repetidas ocasiones que resulta difícil hacer una interpretación clara de los elementos que delimitan la provocación, tanto por la ambigüedad de los términos que se utilizan en la parte general del art. 18, como por los problemas que se plantean en el momento de diferenciar la provocación del resto de los actos preparatorios del delito.

Simplificando esto, entendemos que la provocación constituye una incitación directa a cometer un delito, y existe, según la opinión doctrinal mayoritaria, cuando la incitación se realiza «ante un sujeto determinado», realizándose, o bien directamente ante una concurrencia de personas, o bien a través de medios de difusión pública que tengan capacidad de hacer llegar el mensaje al conocimiento de los destinatarios.

Esta indeterminación de los sujetos receptos de la sugerencia delictiva no implica que la incitación sea genérica, ya que necesariamente esta debe ir dirigida a estimular la realización de delitos concretos.

El concepto legal de «provocación» en este artículo, a pesar de su ambigüedad, no impide apreciar con claridad que la punición de este tipo de actos preparatorios supone un adelanto de las barreras de protección penal, que solo puede justificarse por la idoneidad de las conductas provocadoras para poner en peligro bienes jurídicos de especial importancia, determinando dicha peligrosidad a través de las exigencias de publicidad e inmediatez de la incitación.

Es apología a los efectos del Código Penal, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que

ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. Si la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.

En este precepto, a diferencia de lo que ocurría en el Código anterior, se exige que la incitación se haga directamente y a través de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante.

La exigencia de que la incitación sea directa acentúa las afinidades con la inducción y la relación con los medios subraya que la incitación ha de hacerse con publicidad, dirigiéndose a una indeterminada pluralidad de personas.

### 3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PROVOCACIÓN

Mayoritariamente, la opinión sobre el art. 510 CP, viene a situar el núcleo de protección en torno a la «dignidad humana» y como derecho fundamental la igualdad y la no discriminación.

La profesora Laurenzo Copello<sup>22</sup>, antes de pronunciarse sobre el bien jurídico protegido considera que es necesario realizar un apunte sobre el término «discriminación» respecto del principio genérico de igualdad.

Esta diferencia, en primer lugar, radica en que la discriminación no consiste en otra cosa que tratar de una manera desigual obedeciendo a una serie de razones relacionadas siempre con las diferencias de la víctima. En segundo lugar, destacar, que estos caracteres diferenciales pueden conducir a situaciones de marginación y rechazo social, por lo que el trato discriminatorio supone un trato peyorativo.

Entendemos entonces, en este contexto, que la discriminación viene a afectar directamente a la dignidad humana entrañando una negación de la condición de seres humanos iguales a los demás.

A partir de esto, y habiendo diferenciado entre provocación a la discriminación, donde el bien jurídico protegido es el derecho a no ser discriminado;

---

<sup>22</sup> LAURENZO COPELLO, P., Op. Cit. *La discriminación en el Código penal de 1995*, p. 134

y provocación a violencias discriminatorias, donde se pone el peligro tanto el derecho a la no discriminación como los bienes jurídicos individuales, afectados directamente por la conducta violenta a la que se provoque; entiendo que el bien jurídico protegido principal que se defiende es el «derecho a ser tratado como una persona igual a los demás», y por tanto a la dignidad personal.

Es conveniente destacar, no obstante, que algunos autores, como Laurenzo Copello, no entienden que sea igual la trascendencia entre ambas dimensiones de la discriminación, de cara a la fundamentación de la intervención penal antidiscriminatoria. Entiende que la dimensión individual es crucial, puesto que es precisamente el trato discriminatorio sobre un derecho básico del ser humano el que le da un contenido específico, mientras que el aspecto colectivo, únicamente tendría la función de completar el perfil del daño social.

Estas dos dimensiones se complementan configurando así la conducta discriminatoria<sup>23</sup>.

#### 4. LA IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Una vez determinado el bien jurídico protegido en el delito de provocación, debemos hacer especial referencia al concepto de igualdad en nuestra Constitución.

Cualquier intento de aproximación a este concepto nos sitúa en una situación muy compleja. Por un lado, es evidente que se trata de un principio fundamental de las sociedades civilizadas, mientras que por otro, a pesar de su evidente importancia no se encuentra unido a la existencia de criterios claros y unánimes que os permitan precisar con rigor su contenido.

Al intentar conectar la noción de igualdad en el ordenamiento jurídico español, considero de especial relevancia centrarnos en nuestra Constitución, donde Pérez Luño<sup>24</sup>, es especialmente claro al sostener que en la Constitución Española la igualdad es un término que se entiende como valor, como principio y como derecho fundamental<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> GARCÍA ALVAREZ, P., *El Derecho Penal y la discriminación* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

<sup>24</sup> PEREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1986, pp. 288-289.

<sup>25</sup> Es interesante hacer notar sobre este punto la postura de Luhman que considera a la igualdad como una estructura del derecho, y no como un principio o un derecho fundamental. Sobre esta cuestión,

Como ya hemos visto, se entiende que «discriminar es tratar de forma diferente», pues bien, lo mismo podemos interpretar de la lectura del art. 14 CE<sup>26</sup> que alude claramente a la discriminación como negación de la igualdad<sup>27</sup>.

No obstante, debemos matizar que el trato debe ser diferente en relación con las razones a las que alude el art. 14 CE: «por nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», por lo tanto, cuando hablamos del trato discriminatorio en un contexto penal, nos referimos en primer lugar a un trato desigual vinculado a determinadas razones personales de la víctima. En segundo lugar, son cualidades que siempre marcan una diferencia respecto a los considerados cánones de normalidad que imperan en la sociedad<sup>28</sup>.

De esta manera, entendemos que la discriminación se caracteriza por el origen del trato desigual, porque las causas que lo producen están siempre vinculadas a ciertos caracteres diferenciales de la víctima, pero no solo consiste en tratar de manera desigual por alguna particularidad, sino por determinadas cualidades que hacen que esa persona que considere de alguna manera «inferior», aunque realmente no lo sea. Este artículo de la Constitución establece un derecho subjetivo a la igualdad, disponiendo que «todos los españoles son iguales ante la Ley», por lo que parece evidente que nuestra norma fundamental cuando proclama la igualdad se está refiriendo en realidad a los españoles<sup>29</sup>.

---

MARTÍNEZ GARCÍA, J.I., *El principio de igualdad y la producción de diferencias en el Derecho*, Dialnet Justicia e igualdad en Luhmann, p 195.

<sup>26</sup> Art.14 CE: «Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

<sup>27</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *La discriminación en la jurisprudencia constitucional en la Ley (Relaciones Laborales)*, I, 1993 señala que la discriminación es el reverso de la igualdad, aunque aclara que ambos conceptos no pueden confundirse ya que los ciudadanos no son realmente Asimismo RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER considera que el concepto de discriminación, aun siendo una manifestación del principio de igualdad, tiene su propio contenido, de forma que si la igualdad trata de eliminar la arbitrariedad, no realiza una imposición de parificación; mientras que la prohibición iguales, aunque si formalmente, por lo que la prohibición a la discriminación se constituye por la igualdad como objetivo de discriminación lo que intenta es eliminar cualquier diferencia tratando de unificar el tratamiento de las personas. (RODRIGUEZ-PIÑERO, M. / FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F, *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, passim).

<sup>28</sup> En palabras de LAURENZO COELLO, Op. Cit. *La discriminación en el Código Penal de 1995* pp. 203 y ss.

<sup>29</sup> GARCÍA ALVAREZ, P., Op. Cit. *El Derecho Penal y la discriminación*, p. 37 y ss. No hay una igualdad absoluta, sino que solo es posible hablar de igualdad en relación a determinadas situaciones. Es decir la igualdad es un concepto racional.

La igualdad ante la Ley implica que todos los ciudadanos están en una posición igual frente a los efectos y alcance de la Ley, y la igualdad en la aplicación de la ley significa que la Ley se aplicará por igual a todas las personas, con independencia de sus circunstancias personales, siempre que estas no sean jurídicamente relevantes. A lo que la profesora García Álvarez añade que la Constitución impone a los poderes públicos la obligación de tratar por igual a los iguales, dando un mismo trato a los que se encuentren en las mismas circunstancias, sin prohibir la diferenciación cuando los ciudadanos se encuentren en supuestos de hecho distintos<sup>30</sup>. Por lo tanto, la autora considera que un trato discriminatorio es aquél en el que no se trata a una persona como a otra que se encuentra en las mismas circunstancias, sin más motivos que determinadas cualidades personales del afectado, que jurídicamente hablando carecen de relevancia.

Ahora bien, debemos realizar una distinción relevante a la cual nos da pie el mencionado art. 14 CE, concretamente entre igualdad en la Ley e igualdad en la aplicación de la ley.

Nos encontramos entonces ante dos vertientes a nivel constitucional: la primer que opera en el propio contenido de la Ley y que vincula al legislador por interpretación conjunta de los arts. 14 y 53<sup>31</sup> y otra que opera en la aplicación de la misma.

En el mismo sentido se manifiesta el Tribunal Constitucional en la sentencia 144/1988, de 12 de julio<sup>32</sup>, donde establece que «el principio de igualdad que garantiza la Constitución y que esta protegido por el recurso constitucional de amparo

---

<sup>30</sup> GARCÍA ALVAREZ, P., Op. Cit. *El Derecho Penal y la discriminación*, p. 46

<sup>31</sup> Art. 53 CE que dispone: «1. Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente Título vinculan a los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161, 1, a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30. 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrolle».

<sup>32</sup> La STC 244/1899, de 12 de Julio considera que la igualdad ante la Ley que consagra el art. 14 CE exige que ésta sea aplicada por igual a todos, sin que en ningún caso puedan ser unos dispensados de su cumplimientos en atención a sus condiciones personales o tratados otros con mayor rigor también en consideración de sus personas.

opera en dos planos, por una parte de cara al legislador, impidiendo que puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de tal forma que se de un trato distinto a personas que se encuentren en la misma situación; o impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que no pueden ser tomadas de ningún modo en consideración por prohibición expresa de la Constitución, o bien que no guardan relación alguna con el sentido estricto de «incurrir en discriminación».

Y por otra parte, en el de aplicación, la igualdad ante la Ley obliga a que esta sea aplicada de la misma forma a todos los que se hallen en la misma situación.

## 5. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN EN ALGUNOS SUPUESTOS AGRAVATORIOS.

En este apartado, me gustaría únicamente señalar algunas de las figuras delictivas, que teniendo una naturaleza muy distinta, en las que podemos encontrar una conexión con el derecho a la no discriminación mediante la configuración de ciertos tipos agravados de estos delitos; donde el derecho fundamental a la no discriminación es el elemento que el legislador ha tomado en cuenta para fundamentar la agravación.

En primer lugar, encontramos el tipo agravado de amenazas del art. 170 CP, que establece que: «Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico o a un amplio grupo de personas y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente, las penas superiores en grado a las previstas en el anterior».

Conviene señalar que esta agravación es consecuencia en la parte en la que su contenido se refiere a los grupos étnicos, de la protección penal del derecho fundamental a la no discriminación, entendiéndose como especialmente graves aquellos comportamientos delictivos que se fundan en motivaciones racistas o xenófobas. Por lo tanto, si el fundamento de la inclusión de este agravante de las amenazas, radica en la presencia de motivos discriminatorios, podemos entender que se trata de un precepto superfluo, ya que para estos casos, habría bastado con aplicar

la agravante de discriminación del art. 22.4º, que opera en cualquiera de los delitos de la Parte Especial, incluyendo las amenazas<sup>33</sup>.

En segundo lugar, tenemos el tipo agravado de descubrimiento y revelación de secretos, tipificado en el art. 197.5 CP: «Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior».

En este supuesto agravatorio, el fundamento es la especial cualidad de los datos que se descubren y revelan, que afectan a las circunstancias personales de cada individuo, cuyo descubrimiento hace que se desvalore notablemente el menoscabo de la intimidad como bien jurídico.

Una posibilidad de esta interpretación consiste en apreciar una relación entre esta figura con los delitos directamente discriminatorios, lo cual tendrá lugar cuando las conductas de revelación o difusión de datos personales sean el medio necesario para realizar injurias discriminatorias o para provocar a la discriminación o a la violencia contra las personas cuyos datos están siendo revelados (art. 510 CP).

## 6. LA VISIÓN DE LA DOCTRINA PENAL ESPAÑOLA SOBRE EL DELITO DE INCITACIÓN AL ODIO.

En la Parte especial del Código Penal, el art. 510.1 considera punible la provocación a la «discriminación, la violencia y al odio». Sin embargo como ya hemos visto, en la Parte general, (art. 18) se define a la provocación diciendo que «existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante [...]».

Se plantean aquí distintas opiniones doctrinales que presentan gran diversidad de matices.

Un sector doctrinal muy amplio aboga por una interpretación conjunta de ambos artículos como Muñoz Conde, que considera que la provocación de la que se

---

<sup>33</sup> BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996, pp. 94 y ss.

trate, por su naturaleza y circunstancia, debe constituir una incitación directa a un delito.

Desde este punto de vista Vives Antón y Carbonell Mateu consideran que la provocación es una incitación a la comisión de delitos de discriminación o de violencia, y desde lo que entendemos que se trata de una provocación en sentido estricto, no se puede decir lo mismo del odio que, obviamente, no es susceptible de regulación jurídica<sup>34</sup>.

Frente al punto de vista de la profesora Laurenzo Copello, que hemos visto anteriormente, la cual no considera el delito tipificado en el art. 510 CP de «provocación al odio o a la violencia» como conducta delictiva<sup>35</sup>, el profesor Bernal del Castillo considera que estas tres expresiones pueden calificarse como incorrectas, ya que generan una inseguridad e infringen el principio de legalidad y, en ningún momento garantizan la exigencia de que la provocación sea directa, esto es que la incitación se dirija a la comisión de algunos de los delitos que se tipifican en el Código Penal.

Para algunos autores, es necesario identificar plenamente la provocación propia del art. 510.1 con los requisitos que establece el art. 18. Del concepto legal de provocación se deduce que sus elementos son la publicidad, el carácter directo de la incitación y que esta se dirija a la realización de un acto constitutivo de delito. Laurenzo Copello, aún defendiendo una interpretación autónoma del art. 510.1, considera que dos de los elementos contenidos en el art. 18.1 en la definición legal de provocación, deben trasladarse a la conducta típica del art. 510, los cuales son la publicidad y la exigencia de que constituya una incitación directa.

En el primer elemento, entendemos, que la incitación privada es impune, a no ser que pueda considerarse inducción; mientras que en el segundo elemento, entendemos que es la creación en otros de la voluntad de realizar actos de discriminación o violencia o de actitudes hostiles hacia los colectivos protegidos.

En muchos casos, teniendo en cuenta estos criterios, será imposible probar esa idoneidad para hacer surgir la decisión de cometer dichos actos y no meramente para

---

<sup>34</sup> MUÑOZ CONDE F., *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.825.

<sup>35</sup> LAURENZO COPELLO, P., Op. Cit. *La discriminación en el Código Penal de 1995*, pp.202 y ss.

reforzarla, y desde este punto de vista, no se podrá sancionar el enaltecimiento o ensalzamiento dolosos de los que resultare una «incitación» no dolosa.

Otro sector doctrinal adopta como punto de partida la premisa cierta de que el art. 510 no obliga a realizar esa interpretación, puesto que los conceptos de «discriminación, violencia y odio» no implican necesariamente la realización de un comportamiento delictivo, y por tanto, consideran que no es posible trasladar todas las notas definitorias del concepto de provocación del art. 18 al comportamiento típico del art. 510.

Es destacable como la doctrina lo considera como una «formula muy poco feliz» y valora de forma negativa su reacción concreta. Si realizamos una interpretación literal del término, esto nos llevaría a incluir aquí cualquierapelación a los sentimientos que contenga una carga de menoscabo hacia algunos de los grupos protegidos, y por ello la doctrina ha incorporado elementos de interpretación necesarios para considerar una conducta punible según este tipo. Así, Laurenzo Copello considera que no sería punible por ejemplo a tenor del art. 510 quien dice públicamente que «todos los gitanos son unos ladrones» o que «la mayoría de los chinos residentes en España son unos mañosos» y sí lo sería, en cambio, quien realiza esta clase de descalificaciones con motivo de una reunión convocada por varias asociaciones vecinales para tratar sobre la inseguridad ciudadana reinante en la zona. Si quien así, se expresa pretende con ello señalar a los responsables de la situación de inseguridad, intentando que los vecinos se enfrenten al colectivo, estaremos inequívocamente ante una conducta del art. 510 CP.

Resulta relevante destacar que la doctrina española toma como referencia el desarrollo doctrinal del art. 130.1 del Código Penal alemán<sup>36</sup>, el cual posee una redacción más afortunada, puesto que se vincula explícitamente con los bienes jurídicos de la paz pública o la dignidad humana.

Visto desde esta perspectiva, se han realizado interpretaciones restrictivas del delito, sobre el que pesa ser considerado una figura expansiva del Derecho Penal, que de forma sintética, se caracterizarán como la versión de la «antesala de la violencia»

---

<sup>36</sup> El art. 130.1 del Código penal alemán dice literalmente «Aquel que, de forma adecuada para perturbar la paz pública, 1. Incita al odio contra parte de la población o exige medidas violentas o arbitrarias contra ésta, o 2. Ataca la dignidad humana de otro, insultando, menoscabando maliciosamente o calumnianto a parte de la población, será castigado con la pena privativa de libertad de tres meses a cinco años».

que defiende Laurenzo Copello y la versión de la «antesala del holocausto» que defiende Landa Gorostiza, las cuales veremos mas adelante.

Como vemos, la aproximación de la doctrina penal española sobre el delito de provocación al odio es de gran escepticismo, por no considerarla de abierto rechazo. Lo que lleva a algunos autores como Landa Gorostiza a calificar el precepto incluso de inconstitucional. Encontramos los motivos en la delimitación doctrinal de las funciones del Derecho Penal, que ven un carácter expansión en esta figura, ya que de esta manera, se llega a castigar la provocación de una emoción humana, el odio, algo que en ningún caso puede resultar constitutivo de delito. Lo que nos lleva a interpretar, en palabras de Bernal del Castillo<sup>37</sup>, que se están castigando emociones y sentimientos, formas de pensar y actitudes, que aunque moralmente pueden considerarse reprochables, se encuentran dentro de la libertad de opinión y de expresión, y por tanto, no pueden ser objeto de intervención del Derecho penal, porque entre otras cosas, se estarían creando tipos penales de autor: castigando a quienes piensan de determinada manera y expresan su opinión.

Como hemos podido ver anteriormente, muchas de las interpretaciones de este lo configurarían como un «delito de opinión», con la dificultad de determinar en que momento una opinión resulta nociva o dañina y cuando no. Desde este punto de vista, Landa Gorostiza afirma que «se trata mas bien de valoraciones disidentes contra determinados colectivos, pero de ninguna manera susceptibles de incriminación sin incurrir en la transgresión de principios básicos del Estado social y democrático de Derecho como son el principio del hecho o la prohibición de incriminación de la actitud interna». Es decir, se utiliza el instrumento penal como modo coactivo de adhesión a valores dominantes constitucionalizados, limitando inaceptablemente la libertad de expresión según modelos próximos al Derecho Penal de autor.

Ahora bien, si se entiende y se presume que estas conductas son peligrosas para la dignidad humana o para la igualdad de determinados colectivos (interpretación dominante en la incipiente doctrina española que identifica como bien jurídico la dignidad humana) se eleva a ilícito penal y se convierte en tabú una transgresión ético social. Volviendo a la interpretación de la regulación actual, si entendemos que la provocación genérica y la provocación tipificada comparten el mismo fundamento, el

---

<sup>37</sup> BERNAL DEL CASTILLO, J., Op. Cit. *La discriminación en el Derecho Penal*, p. 120.

adelantamiento de las barreras de la tutela penal por la «idoneidad para poner en peligro ciertos bienes de especial importancia», tiene sentido que se tome de referencia el art. 18.1 a la hora de determinar el contenido típico del art. 510.1, y consecuentemente, sí se considerarían trasladables al mismo los otros dos elementos contenidos en la definición de la provocación genérica: la publicidad y la exigencia de que constituya una acción directa. Esto quiere decir que esté expresa e inequívocamente orientada a la consecución de los resultados que el provocador se propone.

Estas interpretaciones se enfrentan con otra modalidad típica, la provocación al odio. Como hemos analizado anteriormente, el odio es una emoción humana, no un delito, ni cualquier otro hecho ilícito y, por lo tanto, no es posible sostener que en esta modalidad se penaliza la incitación a cometer un delito, sino la incitación al rechazo hacia determinadas personas en razón de su pertenencia a los grupos mencionados en el correspondiente precepto. Pero claro, aquí se plantea el problema que venimos discutiendo, puesto que el castigo de la instigación a un sentimiento choca frontalmente con el derecho a la libertad de expresión, es rechazada por muchos autores. Otros, aunque sin dejar de criticar esta modalidad, se esfuerzan por elaborar, una vez mas formulas de interpretación restrictiva que, pasan por reconducir el concepto de odio a la creación de aptitudes hostiles, algo que sobrepasa el rechazo puramente emocional, o incluso a la realización de hechos lesivos para los miembros del grupo. Así algunos autores como LAURENZO COPELLO dicen que: «la instigación ha de dirigirse a crear o profundizar actitudes de auténtica hostilidad hacia aquellas personas»; o como CANCIO MELIÁ: «la provocación al odio debe interpretarse en sentido restrictivo como actitud de rechazo irracional a alguno de los grupos mencionados, debiendo ser ese rechazo de tal intensidad que conlleve por parte de los destinatarios de la provocación la disposición a actuar en la práctica por algún medio delictivo concretando el «odio» provocado en hecho»; de la misma opinión ALCÁCER GUIRAO establece que «para quien debe dirigirse que la incitación al odio se realice en tales condiciones y con tal intensidad que, aunque no exista una incitación «directa a la violencia» sea previsible la realización inminente de actos lesivos para miembros del grupo social concernido».

Lo principal de estas interpretaciones es que proporcionan una restricción del ámbito de aplicación del precepto que parece mantenerlo alejado de las dudas de

constitucionalidad, principalmente en lo referente al derecho a la libertad de expresión.

a. La Tesis de Landa Gorostiza. «La interpretación de la “Antesala al Holocausto”»

Landa Gorostiza conceptualiza este delito como un delito de «clima» -Jacobs-, donde se trata de prevenir conductas «provocadoras» que afectan a todo un colectivo hasta el extremo de que éste no puede ya racionalmente confiar en que su existencia esté asegurada. Se pretende así neutralizar un tiempo de envenenamiento de clima social y de convivencia de tal gravedad que sitúa al colectivo en la «antesala del holocausto»<sup>38</sup>.

Desde esta perspectiva, el autor considera que el sentido de tutela, el bien jurídico-penal debe cifrarse en un objeto supraindividual cual es el de la seguridad existencial de minorías especialmente sensibles gerente a ataques que pongan en peligro su confianza en la supervivencia como grupo. Esta visión otorga un papel preponderante a la ponderación judicial y, en concreto, es clave la inferencia entre los hechos que puedan ser probados ante un tribunal y la efectiva constatación del peligro existencial para la supervivencia del grupo.

Esta es la perspectiva crítica de García Álvarez<sup>39</sup> a la propuesta de Landa Gorostiza donde se debe determinar si es o no legítimo prohibir conductas de las que sólo se puede presumir que no constatar empíricamente que puedan llevar a una situación verdaderamente dramática para el colectivo afectado. Por lo que habrá que plantearse qué grado de peligrosidad habrán de revestir tales conductas para merecer la intervención del Derecho penal, que tiene el carácter de *ultima ratio*<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Comares, Granada, 2001, pp. 188 y ss.

<sup>39</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, P., Op. Cit. *El derecho penal y la discriminación*, p. 234.

<sup>40</sup> *Ultima ratio* es una expresión latina que se traduce literalmente por «última razón» o «último argumento» lo que puede interpretarse como que es el último argumento posible en el tiempo o bien que es el argumento definitivo que hace innecesario seguir argumentando en el mismo sentido y que es superior a todo argumento contrario. En el ámbito del derecho la expresión se refiere a aquellos procesos o dictámenes que constituyen el fin de una vía de recursos o son inapelables. También tiene el sentido de recurso extraordinario que debe usarse cuando no sea posible lograr la efectividad requerida por otros menos lesivos, como en el principio de subsidiariedad penal o de *ultima ratio* penal. «El derecho penal es la *ultima ratio* para la protección de bienes jurídicos sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho», por Bernd Schünemann, Universidad Externado de Colombia, Centro de investigaciones en Filosofía y Derecho.

Frente a esto, Landa Gorostiza realiza una propuesta de *lege Ferenda* que se «caracteriza por tratarse de una provocación a acciones violentas, hostiles o gravemente arbitrarias y añadir la circunstancia de que «la provocación sea adecuada para producir un efecto amenazante sobre la vida o integridad física del conjunto de los miembros del colectivo»<sup>41</sup>.

Quizá el argumento más grave, si cabe a los ya descritos, consiste en afirmar que la punición de la provocación al odio del art. 510 es una medida de derecho penal simbólico. A este respecto, Diez Riolles la califica entre las leyes aparentes debido a que la formulación técnicamente defectuosa las hace inaccesibles a las condiciones operativas del proceso penal, que es el medio ineludible para llevar eventualmente a la imposición de la pena. El motivo que considera es que es un precepto exclusivamente estructurado sobre elementos subjetivos<sup>42</sup>. En la misma línea, Landa Gorostiza la caracteriza como un claro ejemplo de legislación simbólica (indeterminada, inefectiva y de difícil aplicación), que envía un mensaje tranquilizador a la opinión pública y subraya la gravedad de este tipo de conductas, mientras que la no aplicación efectiva de la ley conlleva la deslegitimación del derecho penal y un «contra-efecto simbólico» (negativo) al frustrarse las expectativas preventivas que se suscitaron. Concluye Landa Gorostiza afirmando que «lo que en principio quería ser un mensaje claro de rechazo al racismo, puede acabar convirtiéndose en una auténtica «palmada en la espalda» para los racistas y xenófobos en forma de impunidad<sup>42</sup>.

b. La Tesis de Laurenzo Copello. «La versión de la “antesala de la violencia”»

---

<sup>41</sup> La propuesta de Landa Gorostiza establece que «los que provocaren a acciones violentas, hostiles o gravemente arbitrarias contra colectivos étnicos especialmente vulnerables, o contra miembros de éstos, serán castigados con la pena de prisión de dos a tres años y multa de seis a doce meses, cuando la provocación sea adecuada para producir un efecto amenazante sobre la vida o integridad física del conjunto de los miembros del colectivo. Se entenderá que la provocación a la que alude el párrafo anterior es adecuada para producir el efecto amenazante únicamente cuando por la especial gravedad de las circunstancias de tensión interétnica, la provocación sea equiparable a una amenaza directa contra la integridad física y/o la vida de miembros del colectivo en su conjunto», LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código Penal*, Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, Bilbao, 1999, p.374.

<sup>42</sup> DIEZ RIOLLES, J.L., *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis critico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de Castilla La Mancha, Cuenca, 2003, p. 167.

Partiendo de la protección de la libertad de expresión como derecho fundamental de los individuos, Laurenzo Copello considera que más allá de la mera incitación al rechazo puramente emocional de los grupos implicados, se requiere, en concreto, que la instigación se dirija a crear o profundizar actitudes de auténtica hostilidad hacia aquellas personas<sup>43</sup>. Es decir, que se exige un componente de agresividad, donde aparece una relación de peligro, aunque sea mediata con los bienes protegidos.

Es muy relevante que la autora mencione respecto de algunas declaraciones xenófobas –que según su interpretación no incitarían al odio– que pueden ser constituidas de un delito contra el honor. En esta línea parece orientarse alguna jurisprudencia constitucional<sup>44</sup>.

Desde la interpretación que realiza Laurenzo Copello sobre la provocación al odio, se trataría de las incitaciones que «solo de un modo indirecto podrían concretarse en actos de discriminación prohibida o de violencia, esto es, previa transformación del sentimiento de hostilidad en una auténtica voluntad de realizar aquellos actos, diríase que se intenta evitar la “antesala de la violencia”, el estadio previo que puede desembocar en hechos ilícitos»<sup>45</sup>.

Según esta visión, la punibilidad de las acciones que provoquen al odio vendría del hecho que fueran incitaciones indirectas a cometer actos de discriminación o de violencia. Pero esta interpretación convierte, de alguna forma, en superfluo el delito de «provocación al odio» como afirma Del Rosal Blasco, dicha referencia «es ociosa y debería haberse prescindido de ella»<sup>46</sup>. El primer argumento supone que es «dudoso que deba ser delito el provocar en otro “sentimientos” que pueden no concentrarse nunca en actos contrarios a la Ley». El segundo argumento tiene que ver con la coherencia de la técnica legislativa. O bien, se trata de actos de discriminación o violencia donde hubo una provocación e incitación directa –acciones previstas también en el 510 CP– o bien, hubo una incitación directa o encubierta, que no es punible según el art. 18 CP.

---

<sup>43</sup> LANDA GOROSTIZA, J.M., Op. Cit. *La política criminal contra la xenofobia...*, p.252

<sup>44</sup> LAURENZO COPELLO, P., Op. Cit. *La discriminación en el Código Penal de 1995...*, p.259, nota a pie 45.

<sup>45</sup> LAURENZO COPELLO, P., Op. Cit. *La discriminación en el Código Penal*, p. 265

<sup>46</sup> DEL ROSAL BLASCO, B., *Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria*, en COBO DEL ROSAL, M., *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Dykison, Madrid, p. 1038.

Es destacable, que pese a no considerar aplicable el art. 18 CP, al 510 CP ya que establece que la incitación es cometer un delito, Laurenzo Copello sostiene que la provocación, en el sentido del art. 510, deba ser pública y directa. El problema es que el dolo directo de la provocación al odio se encuentra con la dificultad probatoria en sede judicial y que, cuando son puestos en peligro otros bienes jurídicos, la doctrina entiende justificada la intervención penal, pero entonces ya existen otros tipos penales que regulan esa situación.

## 7. REFERENCIA AL ARTÍCULO 510.2 DEL CÓDIGO PENAL

El apartado segundo del art. 510 castiga con la misma pena prevista en su primer apartado «a 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».

Por lo tanto, en esta figura delictiva se castiga básicamente el verter sobre grupos o asociaciones informaciones<sup>47</sup> injuriosas relativas a ciertos caracteres diferenciadores de tales colectivos o de sus integrantes que aquí se incriminan, entre otros factores, por razón de su «origen nacional», de manera que es posible que un extranjero sea sujeto pasivo de esta figura delictiva no sólo por tener en ese momento la nacionalidad aunque se encuentra ya nacionalizado español.

De manera que nos encontramos en este caso ante un delito, por una parte, contra el honor, y al mismo tiempo ante un delito antidiscriminatorio<sup>48</sup>, ya que los factores diferenciadores con los que han de guardar relación las informaciones injuriosas vertidas son factores [como la ideología, religión o creencias, pertenencia a una etnia, raza, origen nacional, sexo, etc.] que sitúan o pueden situar a tales grupos o asociaciones, o a sus miembros en una posición deficitaria respecto a la mayoría de la sociedad. De hecho, y como piensa la profesora García Álvarez, sería precisamente la

---

<sup>47</sup> Por lo que puede entenderse dar noticias de una cosa. Delitos contra la Administración pública; lo que en consideración de estos autores, permite excluir el ámbito de tipicidad de esta figura delictiva las meras opiniones por tergiversadas que éstas sean.

<sup>48</sup> En este mismo sentido, LANDA GOROSTIZA aunque rechace que las injurias colectivas interesen por una supuesta afección del honor, considera que las injurias a todo un colectivo pueden ser idóneas para provocar a la discriminación, al odio o a las violencias y que es por ello que aparecen en el art. 510 CP

afectación del derecho a no ser discriminado, junto a la del derecho al honor, lo que determina que este delito tenga previsto un marco punitivo considerablemente superior al que correspondería a esta conducta caso de ser calificada de mera injuria<sup>49</sup>,

Por lo que se refiere al tipo subjetivo de este precepto, señalar que incrimina una conducta eminentemente dolosa, lo que queda reforzado por la exigencia típica de que la conducta se realice «con conocimiento de la falsedad» de la información que se difunde o con «temerario desprecio hacia la verdad». Previsión esta última que permite afirmar como suficiente el dolo eventual.

Por último, no se considera necesario, ningún ánimo o tendencia específica, ya que se entiende que la exigencia de que la información injuriosa vertida se refiera a la raza, étnica, religión, sexo u origen nacional del afectado, más que pretender hacer alusión a la actitud interna del autor, sirve para identificar al colectivo cuyos miembros son afectados discriminatoriamente en su honor con este tipo de conductas.

## 8. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE EL LENGUAJE DEL ODIO

El art. 510.1 CP se invoca en pocas ocasiones ante los Tribunales para defender los derechos de los grupos o asociaciones etc., lo que redunda en que exista una escasa jurisprudencia sobre el tema<sup>50</sup>.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre el caso de la librería *Europa* dedica un fundamento jurídico a determinar si los acusados son culpables del delito de provocación al odio del art. 510.1 CP. Es destacable que su argumentación, en este punto, se basa íntegramente en la construcción doctrinal del delito. De esta manera, cita explícitamente a Landa Gorostiza y su versión de la «antesala del holocausto», queriendo decir que el objetivo de la norma es garantizar las condiciones de seguridad existencial de colectivos claramente vulnerables. La Audiencia no considera esta versión aplicable al caso. También analiza la visión conforme a la interpretación conjunta de los arts. 18.1 CP y 510.1 CP que implica la

<sup>49</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, P., Op. Cit. *El Derecho Penal y la discriminación*, p. 263

<sup>50</sup> En un Auto de 18 de julio de 2006 se entendió de un caso donde se invocaba la incitación al odio del art. 510.1 por la utilización de un lema electoral del PSC que decía: «El PP utilizará tu no contra Cataluña». El Tribunal Supremo consideró que «los hechos no son susceptibles de incardinarse en los tipos penales que cita, ni en ningún otro». Auto 18 de Julio 2006 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1<sup>a</sup>).

consideración de los requisitos de la provocación como una acción de «odio», la interpretación posible del precepto de provocación al odio es la incitación a la realización de actos de odio que pudieran ser constitutivos de delito, como por ejemplo los delitos de injurias. Finalmente, la Audiencia concluye que no concurren los requisitos necesarios para apreciar la comisión de un delito de provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos del art. 510 del Código Penal<sup>51</sup>.

Por su parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 101/2001, de 19 de marzo, no se consideró aplicable el mencionado artículo, al hecho de manifestarse portando una pancarta con la leyenda «Basta ya de agresiones, rumano fuera»<sup>52</sup>. Igualmente, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya en 2003, se dilucidaba un caso en el que en un programa de fiestas de la localidad de

---

<sup>51</sup> Parte de los autores (Landa Gorostiza) han considerado que no puede tratarse de una provocación en sentido técnico, es decir, la provocación entendida en los términos previstos en el art. 18 CP, toda vez que ésta última es la incitación a la perpetración de un delito y, sin embargo, 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 delito, 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 CP tiene una mayor pena que los delitos de discriminación propiamente dicha, es decir. Los previstos en el art. 511 y 512 CP, llegando a la conclusión de que la única interpretación de dicho precepto es la de considerar que el mismo trata de garantizar las condiciones de seguridad existencial de colectivos claramente vulnerables. Según esta doctrina, debe realizar 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 o si se trata de una situación de crisis extrema de un grupo especialmente vulnerable cuyas condiciones existenciales puedan verse verdaderamente afectadas.

Esta tesis imposibilitaría la aplicación, en el presente caso, del delito previsto en el art. 510 CP. Otra parte de la doctrina defiende que la provocación a la que se refiere el art. 510 CP ha de reunir los mismos requisitos que la provocación a la que se refiere el art. 18 CP. 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 acto discriminatorio y violento constitutivo de delito. Aunque se ha dicho que, por las razones que hemos expuesto anteriormente, no cabe provocación al odio constitutivo de delito, lo cierto es que podría interpretarse la provocación como incitación a la realización de actos de odio que pudieran ser constitutivos de delito, como por ejemplo los delitos de injurias [...] Desde esta perspectiva nosotros consideramos que en el relato de los hechos probados de la sentencia de instancia tan solo se refleja una labor de difusión de las doctrinas mencionadas, pero no se alude a ningún dato que permita atribuir al acusado un comportamiento de incitación directa a la realización de las conductas antes mencionadas, por lo que no concurren los requisitos necesarios para apreciar la comisión de un delito de provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos del art. 510 CP (SAP de Barcelona, de 5 de marzo de 2008, sección 3<sup>a</sup>).

<sup>52</sup> El Tribunal considera «si se analiza el texto de la pancarta de la manifestación y los carteles, se aprecia que la referencia a «basta ya de agresiones», la petición de «detenciones» y la foto del joven agredido, evidencian que la protesta tiene un origen (agresión de aquél) y una finalidad (detención de su autores) concretas, no apareciendo, como bien analiza la sentencia impugnada, una provocación, al odio o a la violencia xenófoba, en general o en particular, contra todos los rumano». Y tal es así que en los carteles aparece un corto de un periódico, en el que se corregía la descripción que, de la situación que vivía el barrio de Canillejas, hacia Andrés C, presidente de la Asociación de Vecinos Amistad, manifestado que: Los rumano no nos han hecho nada, pero algunos vecinos si (SAP de Madrid 101/2001 de 19 de marzo, Sección 16<sup>a</sup>).

Baracaldo se incluyó la expresión «maketo». El Tribunal afirmó que rechazaba que la mencionada expresión en el programa de fiestas tuviera por finalidad promover la discriminación, el odio o la violencia contra un grupo o asociación, pero, sin embargo, reconocía que no dejaba de tener matices claramente despectivos hacia un colectivo ciertamente indeterminado<sup>53</sup>. En consecuencia, tampoco se consideró que estuviéramos ante un delito del art. 510.1 CP, pero sí ante una falta de injurias incluida en el art. 620.2 CP<sup>54</sup>.

Otro caso que llegó al Tribunal Constitucional vinculado con este asunto está relacionado con el cómic titulado «Hitler=SS», del guionista Guornio y del dibujante Vuillein publicado por la editorial Makoki S.A. Las asociaciones de «Amical Mauthausen» y «B’Nai B’Rith de España» se querellaron por injurias. Como explica Saavedra dicho álbum consistía en un relato ficticio en forma de tebeo, de una extensión de casi noventa páginas, en el que se reflejaban imágenes y expresiones de carácter vejatorio contra los judíos como víctimas de los campos de concentración nazis.

Pese a la agresividad de las viñetas, al mensaje toscos y groseros, el Tribunal Constitucional centra su atención en el auténtico significado del mensaje en su integridad. De este ejercicio, el Tribunal deduce que «en tal contexto, en lo que se dice y en lo que se calla, entre líneas, late un concepto peyorativo contra todo un pueblo, el pueblo judío, por sus rasgos étnicos y sus creencias. Una actitud racista contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente»<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Auto de la AP de Vizcaya, , 741/2003 de 3 de noviembre, Sección 1ª.

<sup>54</sup> Art. 620 CP: «Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:

- Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o las saquen en riña, como no sea en justa defensa, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.
- Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán persegubles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del núm. 2º de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias».

<sup>55</sup> El tribunal continúa afirmando que «ahora bien, en este caso convergen además dos circunstancias que le hacen cobrar trascendencia, una de ellas es el medio utilizado, una publicación unitaria (un tebeo), con un tratamiento predominantemente gráfico servido por un texto literario cuyos destinatarios habrán de ser en su mayoría niños y adolescentes».

Es particularmente relevante esta última afirmación ya que sostiene que los valores protegidos constitucionalmente no incluyen las actitudes racistas. La cuestión es cómo el Derecho puede intervenir legítimamente para tratar de impedirlas o sancionarlas de alguna forma.

Además del mensaje racista, el Tribunal Constitucional incide en la cuestión de que se «sirve de vehículo expresivo de un talante libidinoso en las palabras y en los gestos o las actitudes de los personajes que bien pudiera ser calificado, más de una vez, como pornográfico, por encima del nivel tolerable para la sociedad española hoy en día y desprovisto de cualesquiera valores socialmente positivos, sean estéticos, históricos, sociológicos, científicos, políticos o pedagógicos, en una enumeración abierta. A lo largo de sus casi 100 páginas se habla del lenguaje del odio con una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación»<sup>56</sup>.

Es destacable que aquí el Tribunal cita explícitamente la expresión lenguaje del odio y de la Sentencia se desprende que no tiene cobertura constitucional. En esta tarea interpretativa, algo que puede ser relevante es que conecta esa hostilidad con la incitación directa o subliminal a la violencia. La interpretación que realiza el Tribunal recuerda el enfoque del perfeccionismo liberal de Raz donde la libertad basada en la autonomía no se extiende a lo moralmente malo y repugnante. Desde este punto de vista proveer, preservar o proteger malas opciones no permite a uno disfrutar de una autonomía valiosa<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Sigue afirmando el Tribunal que «el efecto explosivo de tales ingredientes así mezclados es algo que la experiencia ante nuestros ojos permite predecir sin que todo ello está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica y refleja un claro menoscabo de los derechos fundamentales, directrices de la educación que han de recibir la infancia y la juventud por deseo constitucionalmente proclamada (art. 27.2). Lo que se dice y lo que se dibuja en el panfleto, rezuma crueldad gratuita, sin gracia o con ella, hacia quienes sufrieron en su carne la tragedia sin precedentes del Holocausto, muchos de los cuales –la inmensa mayoría– no pueden quejarse, pero otros aún viven, y también hacia sus parientes, amigos o correligionarios o hacia cualquier hombre o mujer.

<sup>57</sup> Raz (nacido en 1939), es profesor de filosofía del derecho en el instituto Balliol de Oxford. Nacido en Israel estudió derecho en la Universidad Hebreo de Jerusalén y obtuvo el grado de Magister en Derecho en 1963. Conoció a Herbert Hart en una conferencia en Israel. Hart dice que en ese encuentro, Raz le indicó errores en su razonamiento que él mismo había pasado por alto. Hart lo convenció de ir a la Universidad de Oxford para obtener su grado de doctor. Raz estudió también en el instituto Balliol de Oxford donde fue nombrado Doctor en Filosofía en 1967 por el camino más corto posible, omitiendo el proceso habitual de obtener primero el bachillerato, luego la maestría y finalmente el doctorado. Raz afirma que «elegir autónomamente implica una vida no autónoma comparable. Puesto que nuestra consideración por la autonomía es un interés para permitir a las personas tener una vida buena, esto proporciona una razón para asegurar esa autonomía que es valiosa». Más adelante sostiene que «uno puede ser autónomo sólo si cree que ha elegido opciones valiosas. Esto es consistente con

Concluye el Tribunal Constitucional que «una apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental en el sistema democrático que proclama nuestra Constitución. Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irredimible del derecho al honor de nuestros días, se sitúa por si mismo fuera de la protección constitucional (STC 170/94 y SC 76/95). Un «comic» como éste, que convierte una tragedia histórica en una frase burlesca, ha de ser éste, que convierte una tragedia histórica en una frase burlesca, ha de ser calificado como vilipendio del pueblo judío, con menoscabo a la consideración ajena, elemento determinante de la infamia o la deshonra<sup>58</sup>».

Otro caso destacable en este campo, es el caso de Violeta Freedam, que consideraba vulnerado su derecho al honor frente a las declaraciones de León Degrelle a la revista *Tiempo* donde éste realizó afirmaciones que minimizaban el holocausto y se refería en términos muy despectivos al pueblo judío.

La ponderación entre libertad de expresión y derecho al honor que realiza el Tribunal parte de un punto previo que consiste en deslindar el resto de manifestaciones las afirmaciones negacionistas sobre el holocausto «por reprobables o tergiversadas que sean –y ciertamente o son al negar la evidencia de la historia–, quedan amparadas por el derecho de libertad de expresión (art. 20.1 CE<sup>59</sup>), en relación con el derecho a la libertad de ideología, que aparece tipificado en el art. 16 de la

---

que muchas de esas opciones sean malas. Pero mientras la autonomía es consistente con la presencia de malas opciones, estas no contribuyen nada a su valor».

<sup>58</sup> STC de 11 de diciembre de 1995 de 176/1995 FJ 5º

<sup>59</sup> Art. 20 CE: «1. Se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
  - b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
  - c) A la libertad de cátedra.
  - d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la clausula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.
2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.
  3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.
  4. Estas libertades tienen su límite en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.
  5. Solo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial».

Constitución<sup>60</sup>)». Según el Tribunal Constitucional, se trata de «opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos», con independencia de la valoración que puedan merecer. Este es el precedente de la Sentencia 235/2007 que declaró inconstitucional el delito de «negación» del holocausto, y constitucional el delito de provocación, apología o justificación del holocausto.

En la argumentación del Tribunal Constitucional parte de considerar que, con toda evidencia, se trata de unas declaraciones que «manifestamente poseen una connotación racista y antisemita, y que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos»<sup>61</sup>. Desde esa perspectiva, el Tribunal considera que «ni la libertad ideológica (art. 16 CE) ni la libertad de expresión (art. 20.1 CE) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo» ya que no existen derechos ilimitados –como establece el art. 20.4 CE– y es contrario al derecho al honor de las personas directamente afectadas y también es contrario a la dignidad humana (art. 19 CE<sup>62</sup>), que han de respetar tanto los poderes públicos como sus propios ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9 y 10 CE .

El Tribunal Constitucional vincula la dignidad humana con el valor de la igualdad cuando afirma que «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

---

<sup>60</sup> Art. 16 CE: «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Nadie podrá ser obligado a declarar su ideología, religión o creencias. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones».

<sup>61</sup> El Tribunal Constitucional pone ejemplos del lenguaje ofensivo cuando afirma «Pero también es indudable que, en las declaraciones publicadas, el demandado no se limitó a manifestar sus dudas sobre la existencia de cámaras de gas en los campos de concentración nazis, sino que en sus declaraciones, que han de valorarse en su conjunto, efectuó juicios ofensivos al pueblo judío («... si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios...»; ... quieren ser siempre víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan...»), manifestando, además, expresamente su deseo de que surja un nuevo Führer (con lo que ello significa en cuanto al pueblo judío a la luz de la experiencia histórica).

<sup>62</sup> Art. 19 CE «Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos».

etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean<sup>63</sup>».

En una formulación que parece comprender los casos del lenguaje del odio, el Tribunal Constitucional concluye su ponderación, afirmando «de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica, ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social y democrático de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social<sup>64</sup>.

Asimismo, la Audiencia Provincial de Madrid en la Sentencia 79/09 de 16 de Julio 2009 condenó por asociación ilícita a los miembros del grupo Hammerskin España (HSE) basándose en el art. 515.5 del Código Penal<sup>65</sup> que considera que «son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: (art. 515.5) las que promuevan la discriminación, el odio o a 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,

---

<sup>63</sup> Continúa afirmando el Tribunal Constitucional «La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 CE), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias».

<sup>64</sup> Concluye esta argumentación el Tribunal Constitucional, afirmando «Por ello, las expresiones y aseveraciones proferidas por el demandado también desconocen la efectiva vigencia de lo valores superiores del ordenamiento, en concreto la del valor de la igualdad consagrado en el art. 1.1 CE, en relación con el art. 14 de la misma, por ello pueden considerarse como constitucionalmente legítimas».

<sup>65</sup> Art. 515 CP. «Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

1. Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.
2. ... Apartado suprimido por el apartado centésimo trigésimo sexto del artículo único de la LO 5/2010, de 22 de Junio.
3. Las que, aun teniendo por objeto un fin ilícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.
4. Las organizaciones de carácter paramilitar.
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.
6. ... Apartado derogado por el apartado centésimo quincuagésimo primero del artículo único de la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello». Es la primera vez que en España se produce una condena por este motivo y lo que es relevante aquí es que este artículo es análogo al 510.1 CP que se ha analizado anteriormente. La Audiencia Provincial justifica su decisión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los casos analizados sobre el lenguaje del odio.

Es relevante que la Audiencia considere que «para que la asociación sea considerada ilícita y punible de acuerdo con lo que se establece en el art. 515.5 del CP es suficiente con que la finalidad de la misma sea tomar la iniciativa para que se produzca la discriminación, el odio o la violencia contra las personas y por los motivos expresados en el citado precepto, realizando conductas orientadas a dicha discriminación, odio o violencia y estimulando a otras personas para que compartan dicho odio o violencia o practiquen la discriminación, sin que resulte preciso que efectivamente consigan tal resultado».

Es también importante que, [aunque en dicha Sentencia no se realice la distinción pormenorizada y separada de los hechos provocadores de discriminación, violencia u odio], la provocación al odio es considerada de forma clara uno de los objetivos de la asociación y de las actividades de sus miembros. Dicho de otra forma, en este caso, la polémica dentro de la doctrina penal sobre la provocación al odio, no ha impedido que la Audiencia considerara que tiene relevancia jurídica suficiente para motivar la sentencia.

De esta forma la sentencia se inicia con esta descripción de la asociación Hammerskin España «cuyos componentes participan de la ideología nacional socialista, creyendo en la supremacía de la raza blanca y en la discriminación, en consecuencia, de otras personas por razón de raza, orientación sexual, y nacionalidad, por lo que su finalidad es extender el odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisionismo que sienten, propagando dichos sentimiento entre otras personas a través de la realización de conciertos de música en los que intervienen grupos que cantan canciones cuyas letras reflejan la citada ideología y con a distribución de publicaciones y discos que contienen y difunden dichas ideas».

La duda que cabe plantear es si con esta interpretación de la Audiencia Provincial de Madrid las consideraciones sobre la provocación al odio en el caso de la *Librería Europa* no hubieran sido diferentes.

#### **IV. EL DELITO DE GENOCIDIO DEL ARTÍCULO 607 CP**

En España, el delito de genocidio ha estado tipificado desde 1971 en el Código Penal. Está basado en la Convención para la Prevención y la Sanación del Delito de Genocidio, adoptada por la resolución 260 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 9 de diciembre de 1948.

Durante un periodo de tiempo, la competencia para juzgar estos delitos se extendía a hechos ocurridos en cualquier parte del mundo, aunque no tuvieran conexión con España, en aplicación del Principio de Justicia Universal. Sin embargo en 2009 el Congreso acometió la reforma de la LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial), limitando su alcance a casos en que estuviera acreditado que los presuntos responsables de los hechos estaban en territorio español, que existían víctimas de nacionalidad española o que se constatara que existía algún vínculo de conexión relevante con España.

España se adhirió a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio el 13 de septiembre de 1968, lo cual se ratificó en el BOE de 8 de febrero de 1969. En 1971, a través de la Ley 44/1971 de 15 de noviembre sobre reforma del Código Penal<sup>66</sup>, se tipificaron en el art. 137 bis las conductas que perseguía dicho fin: la eliminación de forma total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

El citado art. 137 bis del anterior Código Penal, fue modificado, a causa de su ambigüedad, a propuesta de José María Robles Fraga por la Ley Orgánica 4/1995 de 11 de mayo<sup>67</sup> en la que se incorporaron dos nuevos artículos, con el fin de tipificar la apología del genocidio, que paró a ser considerado una forma de provocación a un tipo de delito autónomo<sup>68</sup>.

Un año más tarde, mediante la Ley Orgánica 18/1995<sup>69</sup> impulsada por el entonces ministro de Justicia e Interior, Juan Alberto Belloch, entró en vigor un nuevo Código Penal que mantuvo la tipificación del delito de genocidio en su art. 607 en términos similares a los del texto anterior.

---

<sup>66</sup> Cortes Generales «Ley 44/1971 de 15 de noviembre sobre la Reforma del Código Penal» Boletín Oficial del Estado.

<sup>67</sup> Cortes Generales «Ley Orgánica 4/1995».

<sup>68</sup> El País «La apología del genocidio, incluida en el Código Penal».

<sup>69</sup> Cortes Generales »Ley Orgánica 18/1995» Boletín Oficial del Estado.

Sobre este delito, la resolución judicial más relevante fue la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el «Caso Scilingo». Durante la instrucción del procedimiento, el delito de genocidio se consideró aplicable al caso. No obstante, la postura jurídica tradicional y la mayoritaria consideraba que las víctimas de la represión de la dictadura argentina eran un grupo político y, por tanto, excluido del delito de genocidio conforme a las redacciones tanto de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio como del Código Penal de España.

Para intentar salvar estos obstáculos, la acusación presentó varios argumentos. En primer lugar, se trató de considerar que las víctimas constituían un «grupo social», argumentando que entre 1971 y 1983 el Código Penal español incluía la palabra «social» entre el listado de grupos que podían ser víctimas del genocidio<sup>70</sup>. Se consideró que tal expresión abarcaba también a los grupos políticos. Sin embargo, esta interpretación suponía ignorar que el texto vigente en la actualidad no incluía ya la palabra «social», por lo que resultaba más beneficiosa para el reo su aplicación retroactiva de conformidad con la legislación española y las normas internacionales<sup>71</sup>.

En segundo lugar, la Audiencia Nacional consideró que las víctimas integraban un «grupo religioso». Afirma que, aunque muy heterogéneo, era un grupo diferenciado. Planteó en su Auto de 25 de marzo de 1998 que «los grupos ideológicos o políticos deberían ser tratados igual que los religiosos, pues ambos tienen una idea común (la ideología) que une a sus miembros». Afirmaba también que el funcionamiento de los represores argentinos fue preservar la moral cristiana. Este argumento también fue rechazado por el Tribunal Supremo que entendía que, aunque la religión jugó cierto papel en los hechos, resultaba difícil afirmar que las víctimas fueron elegidas con ese criterio<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> El artículo decía literalmente: «Los que, con propósito de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional étnico, social o religioso perpetraren alguno de los actos siguientes serán castigados: 1º Con la pena de reclusión mayor a muerte si causaren la muerte de alguno de sus miembros. 2º Con la de reclusión mayor, si causaren castración, esterilización, mutilación o bien alguna lesión grave. 3º Con la de reclusión menor, si sometieren al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud. En la misma pena incurrirán los que lleven a cabo desplazamientos forzados del grupo o sus miembros, adoptaren cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción o bien trasladaren individuos por la fuerza de un grupo a otro».

<sup>71</sup> El art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por España, afirma que «si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello».

<sup>72</sup> El Tribunal Supremo afirmó en el Fundamento de Derecho Décimo de su Sentencia que: «aunque en el hecho probado se hacen algunas referencias a elementos de tipo religioso, aisladamente o junto con otros, como características de algunos integrantes del grupo de los autores, son insuficientes para

En tercer lugar, se intentó incluir a las víctimas bajo la consideración del «grupo nacional». Alguna resolución de la Audiencia afirmaba que las víctimas constituían un grupo nacional por haber sido eliminados en función de su pertenencia a ciertos colectivos, sectores o grupos que no encajaban en la concepción de nación manejada por el régimen. Posteriormente se argumentó que había que adaptar el texto del delito a la sociedad del momento y comprender la expresión «grupo nacional» no como «grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación», sino como «grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor». La Sentencia dictada en primera instancia acogió esta ultima postura, defendiendo una interpretación extensiva del texto penal<sup>73</sup>.

Sin embargo, el Tribunal supremo no aceptó esta interpretación, por constituir una extensión analógica en perjuicio del reo<sup>74</sup>. Además, rechaza explícitamente la idea del «autogenocidio», es decir, el genocidio perpetrado por miembros del grupo nacional contra miembros del mismo grupo nacional<sup>75</sup>.

Aunque el criterio final del Tribunal Supremo de condenar a Scilingo por delitos comunes es el mismo que siguieron los Tribunales Argentinos en otros casos similares, y aunque cabe pensar que constituya un precedente importante en casos futuros, la Sentencia fue enormemente discutida y polémica. Así como también hubo una clara división en la doctrina con respecto al delito de genocidio y su condena.

---

considerar que el elemento definitivos de ese grupo era precisamente la religión» el Fundamento Décimo afirma que «es intrascendente que las razones de exterminar un grupo nacional, étnico, racial o religioso sean nacionales, étnicas, raciales o religiosas o sean cualesquiera otras diferentes; lo que importa es que el grupo se identifique y se diferencie de otros por razones nacionales étnicas, raciales o religiosas y que los individuos sean perseguidos por su pertenencia real o aparente a tal grupo, con la finalidad de lograr destrucción del mismo. Op. Cit. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., *La Jurisprudencia Española en aplicación del Principio de Jurisdicción Universal. El caso de la represión en Argentina*, Universidad de Alicante, p. 9 y 10.

<sup>73</sup> GIL GIL, A., *La Sentencia de la Audiencia Nacional en el Caso Scilingo*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 31 de mayo de 2005, *passim*.

<sup>74</sup> El Fundamento Décimo de la Sentencia del Tribunal Supremo, en su apartado quinto afirma: «Esta forma de interpretar la norma conducirá a la irrelevancia de la inclusión de unos u otros grupos, en contra de lo que resulta del texto, dando lugar a una extensión analógica del tipo en perjuicio del reo, y por lo tanto, prohibida».

<sup>75</sup> FERNANDEZ-PACHECO ESTRADA, C., *La Jurisprudencia Española en aplicación del Principio de Jurisdicción Universal. El caso de la represión en Argentina*, Universidad de Alicante, 2008 p. 10 y 11, «No me parece que se pueda justificar este tipo de concepciones extensivas, alegando la adaptación del tipo a la sociedad en la que habrá de ser aplicado. Por más que resulte evidente que la exclusión de los grupos políticos fue una decisión puramente interesada de los redactores de la Convención contra el Genocidio, entender que el delito ha evolucionado en este tiempo no tiene fundamento»

## 1. LA JUSTIFICACIÓN DEL GENOCIDIO. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL (ARTÍCULO 607 CP<sup>76</sup>)

El art. 607.2 CP tipifica la difusión de ideas o doctrinas que nieguen el genocidio, justifiquen el genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de delitos de genocidio.

Con este epígrafe ocurre lo mismo que hemos visto anteriormente con el art. 510, que la literalidad del precepto choca frontalmente con el derecho a la libertad de expresión. O dicho de otra forma, nos encontramos ante un delito de opinión, que castiga la actitud interna<sup>77</sup>.

Algunos autores como Muñoz Conde<sup>78</sup> han defendido que el delito del art. 607.2 debe interpretarse como apología del genocidio en los términos en que se define la apología en el párrafo segundo del art. 18.1 CP y con las limitaciones que establece, siendo entonces el bien jurídico protegido el mismo que en el delito de genocidio.

Sin embargo, este intento de restricción del precepto no ha encontrado refrendo. El problema no consiste solo en que esta interpretación no permitía explicar la modalidad de negación del genocidio, obstáculo que en todo caso hubiese desaparecido con la declaración de inconstitucionalidad de dicha modalidad típica, sino también, además, en que del resto de las conductas típica no es posible deducir las exigencias del art. 18, pues ninguna de ellas constituye una incitación directa a cometer el delito de genocidio.

---

<sup>76</sup> Art. 607 CP: «Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados: 1º Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros. Si concurrieran en el hecho dos o mas circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado; 2º Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeren alguna de las lesiones previstas en el art. 149; 3º Con la prisión de ocho a quince años, si someterían al grupo a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeren algunas de las lesiones previstas en el art. 150; 4º Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzados del grupo o sus miembros adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro; 5º Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si produjeren cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los Núms. 2º y 3º de este apartado. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que ningún o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años».

<sup>77</sup> LAURENZO COPELLO, P., *La discriminación en el Código Penal de 1995, Estudios penales y criminológicos*, núm. XIX, Universidad de Santiago de Compostela, 1996, p. 269.

<sup>78</sup> MUÑOZ CONDE, F., Op. Cit. *Derecho Penal. Parte especial*, p.709.

Asimismo, es importante destacar que la provocación para cometer el delito de genocidio ya se encuentra regulada en el art. 615 CP, y se castiga con una pena superior a la prevista en el art. 607.2.

Aun si interpretamos literalmente el precepto, no se puede deducir que nos encontremos ante un supuesto de apología *stricto sensu*, definida como incitación indirecta o implícita a la comisión de un delito mediante el enaltecimiento del delito o de su autor<sup>79</sup>. Estos requisitos no podían predicarse de ninguna forma en la modalidad de negación del genocidio, citando a Gil Gil, en referencia a la STC 159/1086, de 12 de diciembre, para hacer apología del delito, es necesario asumir los hechos como algo positivo, no negarlos.

Así pues, la doctrina absolutamente mayoritaria desvincula el delito del acto preparatorio de provocación y resalta su naturaleza de delito autónomo<sup>80</sup>. A partir de aquí las opiniones se dividen entre quienes abogar por la derogación del precepto *de lege Ferenda*, esforzándose por lograr una interpretación restrictiva de lo *salve de Lege lata*, y quienes, por el contrario, consideran que estos preceptos son en vano y que el precepto es inconstitucional.

Sobre esta cuestión se manifestó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 235/2007 de 7 de noviembre, donde recoge y desarrolla la doctrina que había expuesto en las sentencias 214/1991 (Caso Violeta Friedman) y 176/1995 (Caso Hitler=SS), al resolver sendos recursos de amparo, y se encarga de definir los límites de la intervención penal ante los fenómenos del discurso del odio, y sobre todo, del revisionismo.

El Tribunal se refieren en primer lugar, al contenido de la libertad de expresión y sus límites. Su opinión al respecto, se resume en la idea de que la libertad de expresión ampara la difusión de ideas contrarias a la Constitución, siempre que con ello no se lesionen otros derechos constitucionalmente protegidos.

Posteriormente, la Sentencia se centra en el art. 607.2 CP, y para ello sitúa en primer lugar el precepto en el contexto de otros tipos penales, concretamente los arts.

---

<sup>79</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, J.M. Boch, Barcelona, 1997 p. 157. En opinión del autor estas conductas constituyen «una provocación débil o una apología stricto sensu, o ni siquiera eso».

<sup>80</sup> LANDA GOROSTIZA, J.M., Op. Cit. *La intervención Penal frente a la xenofobia*. pp. 168 y 169; LAURENZO COPELLO, P., Op. Cit. *La discriminación en el Código Penal de 1995*, pp. 265 y ss.

615 y 510.1 CP. El Tribunal entiende que el apartado segundo del art. 607 contiene un tipo penal que castiga la difusión de determinadas ideas y doctrinas sin exigir expresamente «elemento suplementario alguno», por lo que en principio se trata de una difusión de alguna manera «neutra». Por todo ello, entiende que las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera «transmisión de opiniones».

La literalidad del precepto, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión constituye un límite infranqueable para el legislador penal. Es muy importante aclarar que no nos encontramos ante un supuesto de limitación de la libertad de expresión por parte del Código Penal, sino que éste interfiere en el ámbito propio de la delimitación misma del derecho constitucional.

El Tribunal considera que el legislador penal puede tipificar la difusión pública de las ideas justificadoras cuando dicha difusión «entre el conflicto de bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así ocurre en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración<sup>81</sup>. 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 grupos 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 acto específicos de discriminación».

La doctrina, ha aceptado y valorado positivamente la declaración de inconstitucionalidad de la modalidad de negación del genocidio, como era de esperar, teniendo en cuenta las críticas que había recibido el precepto. Sin embargo, por lo que respecta a la Sentencia interpretativa que dicta el TC se ha señalado que la argumentación y las conclusiones resultan confusas. Asimismo, la doctrina en

---

<sup>81</sup> La Sentencia incurre en este punto en ciertas contradicciones, pues termina considerando conforme a la Constitución la justificación del genocidio que implique una incitación aunque sea indirecta a su comisión, mientras que en otros lugares de la sentencia parece exigir que la incitación sea directa: «el amplio margen que el art. 20.1 CE ofrece a la difusión de ideas [...] encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquellas que incitan directamente a dichas actitudes»; y aún más claramente: «el precepto resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menoscabo hacia las víctimas de los delitos de genocidio».

general, indica que la sentencia no ha resuelto los problemas de legitimidad del precepto.

De la misma forma, y citando a la profesora Alastuey, es acertada la distinción que realiza el Tribunal entre la negación del genocidio y su justificación. La interpretación restrictiva que lleva a cabo de la modalidad de justificación del genocidio en virtud de la cual ha de exigirse que dicha justificación suponga un modo de incitación indirecta a la comisión del genocidio, no puede aplicarse a la negación del genocidio, puesto que solo desde la valoración positiva de un hecho, puede incitarse a su comisión<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> Asimismo la profesora Alastuey no comparte la opinión de quienes consideran que el mismo argumento que ha llevado al Tribunal Constitucional a salvar la constitucionalidad de la modalidad de justificación del genocidio podría haberle conducido a declarar conforme a la Constitución la tipificación de la negación del genocidio, lo mismo opina GÓMEZ MARTÍN, V., *Discurso del odio y principio del hecho, Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 89 y ss.; por el contrario RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *La declaración de inconstitucionalidad del delito de “negacionismo” (Art. 6072 del Código Penal)*, en Revista Penal, núm. 23, 2009, pp. 120 y ss. Considera que «con las premisas mediante las que se declara la inconstitucionalidad del «negacionismo» habría podido llegar a idéntica conclusión respecto de la «justificación».

## **VI. REGULACIÓN EN EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL**

A día de hoy, nos encontramos ante un proceso de reforma, que llega a ser aproximadamente el treintavo desde 1995, el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. Este proyecto, de fecha 4 de octubre de 2013, ha tenido tres anteproyectos distintos, varios informes, del consejo de estado, de la fiscalía general, etc., incluso en ocasiones ha sido tachado de vicios.

En este momento todavía se están presentando diversas enmiendas para poder exponer los diferentes puntos de vista, la mayoría críticos. Evidentemente, hay temas importantes en la reforma que no han podido tratarse y han tenido que quedarse en un segundo plano, pero se abordan desde luego los temas mas importantes, como es el que en este estudio nos acontece. Se trata de la enésima reforma del Código Penal, pero es sin duda, con la de los años 2003 y 2010 la mas importante, puesto que afecta a numerosos tipos delictivos que sufren varias alteraciones.

Este Proyecto de Ley incorpora una nueva regulación de las conductas que hemos estado tratando hasta ahora, referentes a los arts. 510.1 y 607.2 CP, alegando un doble motivo: por un lado «la STC 235/2007, de 7 de noviembre, impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio y hostilidad contra minorías»; por otro lado, «se trata de conductas que deben ser objeto de una nueva regulación ajustada la Decisión Marco 2008/913/JAI que debe ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico». Siendo esas las razones de la reforma legal, la regulación se estructura en torno a cinco tipos básicos y varios tipos agravados.

A continuación, comenzaremos con la regulación contenida en el nuevo art. 510. Modificación del art. 510 que queda redactado:

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

*a) Quienes 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, enfermedad o discapacidad.*

*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, enfermedad o discapacidad.*

*c) Quienes 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, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.*

*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, menoscabo 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, enfermedad, 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, menoscabo o descredito 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 publica 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, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.*

*Los hechos serán castigados con una pena de prisión 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.*

*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 aquél 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 publica 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.»*

Como podemos ver, la nueva redacción del artículo, «*no solo incurre en los defectos de la regulación vigente, sino que los agranda sobremanera, situándose de manera lamentable en las antípodas de las insistentes reclamaciones doctrinales de las pautas que han venido marcando nuestros tribunales*»<sup>83</sup>. Asimismo, esta nueva redacción no se encuentra justificada por las razones que justifican la reforma que habíamos nombrado anteriormente, pues ni es correcta la interpretación realizada de

---

<sup>83</sup> ALASTUEY DOBÓN, C., *La Reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: Consideraciones Críticas*, Diario LA LEY, núm. 8245, Jueves 6 de febrero de 2014.

la STC 235/2007, ni concuerda con las características que impone la Decisión Marco 2008/913/JAI.

A continuación, se desarrollarán, desglosarán y comentarán los distintos apartados del precepto. En esta nueva redacción del art. 510.1 a) se tipifica la incitación al odio, que constituye el actual delito de provocación a la discriminación. En este nuevo delito las conductas típicas se ven modificadas de tal modo que ya no es posible mantener ninguna de las interpretaciones restrictivas que hasta ahora se habían defendido. Para empezar, no se utilizar el verbo «provocar», sino los verbos «fomentar, promover o incitar». Asimismo, expresamente se indica que ese fomento, promoción o incitación puede ser directo o indirecto. Por ultimo, en cuanto al objeto de la incitación, si que se mantiene la discriminación y violencia recogidas en la legislación actual, pero también la tan criticada incitación al odio, y además se añade la incitación de la hostilidad. Con esta redacción apreciamos que se produce una ampliación del delito que no es compensada con la introducción de criterios restrictivos.

De esta forma, se pierde por completo el vínculo con la provocación definida en el art. 18 CP, y, en consecuencia, se da al traste con la interpretación del delito que se ha realizado por la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia. Si como hemos venido viendo, con la actual regulación resulta difícil defender que la incitación ha de dirigirse a la comisión de un delito, esta nueva redacción lo dificulta si cabe, todavía más, si no lo imposibilita. Aunque los preceptos de discriminación y violencia pueden reconducirse a hechos ilícitos, no sucede lo mismo con el odio, es como ya vimos un sentimiento, al que ahora se le añade la hostilidad. Es más, en esta nueva redacción no se exige ni siquiera una incitación explícita a la realización de actos concretos, puesto que la incitación ya no tiene porque ser directa ni pública. Por ello, si se interpreta el precepto literalmente, se permite el castigo de la incitación privada, además de indirecta a sentimientos de odio u hostilidad.

Por otro lado, vemos como no se han incluido los elementos de restricción que vienen siendo demandados por la doctrina, ni se exige un efecto amenazante ni un contexto de crisis, así como la ausencia de restricción en el precepto a los supuestos de provocación xenófoba, manteniendo la referencia a otros colectivos.

La Decisión Marco, en ningún momento establece que se deba redactar una regulación tan amplia e imprecisa<sup>84</sup>, sino que contiene en su art. 1.1 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».

Se puede apreciar como para cumplir con los compromisos internacionales no era necesario modificar el art. 510.1, es más, con esta nueva regulación lo que se pretende es crear un tipo penal con un alcance sancionador mucho más amplio que el que establece la Decisión Marco, puesto que en ella se incorpora el requisito de la publicidad omitido en el Proyecto, se utiliza el verbo «incitar» sin pronunciarse sobre si la incitación debe ser directa o indirecta, y no impide tampoco la tipificación exclusiva de la incitación a cometer delitos.

Concluyendo, el art. 3.2 de la Decisión Marco, dice «cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las conductas contempladas en el art.1 se castiguen con un pena máxima de uno a tres años de prisión como mínimo», de lo cual no podemos deducir que sea necesaria la elevación del límite máximo de la pena a 4 años, siendo que la pena actual es de 3 años.

El nuevo delito contenido en el apartado primero, letra b), del citado art. es aún más discutible y criticado que el del apartado anterior, puesto que anticipa la intervención penal en mayor medida, concretamente, al momento de la venta o distribución de materiales idóneos por su contenido para que se lleve a cabo la conducta tipificada en la letra a), y la adelanta todavía más, refiriéndose a la producción o elaboración de esos materiales. Con respecto a esto, opino lo mismo que la profesora Alastuey, que dice que *«este tipo penal supone un clarísimo atentado a la libertad de expresión además de no superar ni siquiera un test poco exigente de compatibilidad con los principios penales más elementales. Es muy lamentable que se pretenda asegurar con este precepto el castigo de conductas que hasta el momento eran considerados impunes por nuestros tribunales, al entender que no reunían los*

---

<sup>84</sup> Landa Gorostiza indica que ninguno de los instrumentos internacionales, incluida la Decisión Marco, concretan de un modo definitivo como ha de redactarse el delito de incitación al odio, sino que dejan abiertas las cuestiones relativas al contenido, criterios y definición de la incitación que debería ser objeto de sanción penal. LANDA GOROSTIZA, J.M., *Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata*, Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 7, 2012, pp. 297 y ss.

*requisitos típicos del art. 510.1, de acuerdo con la interpretación restrictiva del tipo que venía llevándose a cabo».* Con esto nos referimos a los casos de librerías que hemos visto anteriormente, la Librería *Europa* y de la Librería *Kalki*, así como a la distribución de panfletos durante una campaña electoral, en los cuales los acusados quedaron absueltos del delito del art. 510.1 en las Sentencias firmes dictadas por la AP de Barcelona y por el TS.

De nuevo, el texto del proyecto se excede de lo que predispone la Decisión Marco, puesto que en su art. 1.1 b) dice «*de este texto, los Estados miembros han de sancionar “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”*». La difusión de materiales aparece en este momento como una incitación pública a la violencia y no como una conducta anterior, así como no menciona en ningún momento la producción o elaboración de estos productos como conductas objeto de sanción.

En lo referente a la sanción, no tiene porque ser la misma establecida en el art. 510.1 a) por lo que nos encontramos ante una vulneración del principio de proporcionalidad<sup>85</sup>.

Decisión Marco en algún apartado, por ejemplo, el art. 1.1 c) de la misma, en cuya virtud debe garantizarse el castigo de «*la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal 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 miembro del mismo*

No obstante debemos decir también, que si que hay correspondencia con la nueva redacción del art. 510.1 c), que asimismo dota de una nueva regulación al delito de justificación del genocidio del actual 607.2, donde se sanciona el enaltecimiento de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o

---

<sup>85</sup> El principio de proporcionalidad responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones que llevan una privación o una restricción de la libertad, para ello se limita su uso a lo imprescindible que no es otra cosa que establecerlas e imponerlas exclusivamente para proteger bienes jurídicos valiosos. Encuentra su justificación en distintos preceptos de la Constitución española (CE), aunque no lo recoja expresamente el art. 1 donde se proclama el Estado de Derecho y el valor superior de la libertad, el art. 10.1 donde se proclama la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, etc. Estos arts. configuran el estatuto básico del ciudadano y, por tanto, sólo se pueden limitar en casos excepcionales. Al relacionarlo con estos arts. hace que el principio de proporcionalidad tenga un rango constitucional, lo cual hace que pueda ser apelado en un recurso de amparo.

contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o de sus autores, así con la negación o trivialización grave de esos delitos, siempre que de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos que fueron objeto de esos delitos. Eso sí, hay que destacar que el Proyecto de Ley, no exige que el enaltecimiento se realice públicamente, cosa que si que se cita en la Decisión Marco.

Aunque el texto del Proyecto de Ley no utiliza el termino «apología», con la intención de eludir una interpretación dentro del tipo del art. 18.1 CP<sup>86</sup>, las conductas de enaltecimiento del delito tienen un contenido claramente apologético. Sin embargo, en este caso lo que pretende es tipificar la apología de una forma mas débil que el termino apología *stricto sensu* a la que nos hemos venido refiriendo. *Si desde la Sentencia del TC de 2007 había que entender que lo sancionado en el art. 607.2 era justificación del genocidio como incitación indirecta la comisión del delito, ahora esa interpretación ya no rige para el caso de la letra c) del futuro art. 510.1, dado que esas conductas de enaltecimiento no han de dirigirse a la incitación ni siquiera indirecta al genocidio sino al favorecimiento de un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación hacia ciertos grupos*<sup>87</sup>. Nos encontramos ante uno de los criticados «delitos de clima», que entran en nuestra legislación penal, sin ningún criterio restrictivo que los compense.

Asimismo, se quiere tipificar la negación de estos delitos o su trivialización. Pero esto resulta sorprendente, dada la declaración de inconstitucionalidad del castigo de la negación del genocidio, habiendo sido considerado incompatible con los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad ideológica.

La Decisión Marco, en su considerando 15 tiene en cuenta que las consideraciones relativa a la libertad de expresión «*han originado en varios Estados miembros garantías procesales y normas especiales en la legislación nacional en cuanto al establecimiento o a la limitación de la responsabilidad*». Por esto, en el art. 7.2 de la Decisión Marco, dispone que «*la presente Decisión Marco no podrá tener por efecto al exigir a los Estados miembros la adopción de medidas que contradigan*

---

<sup>86</sup> Si se utilizaba el término «apología» sin embargo en el texto del Anteproyecto, en su versión de abril de 2013.

<sup>87</sup> ALASTUEY DOBÓN, C., Op. Cit. *La Reforma de los delitos de provocación al odio y justificación..., p. 8.*

*principios fundamentales relativos a las libertades de asociación y expresión [...] tal como se derivan de tradiciones constitucionales»,* de aquí que el Estado español no hubiese incumplido sus compromisos internacionales si hubiera optado por no tipificar esa conducta.

En lugar de ello, el Gobierno establece que el delito de negación del genocidio no vulnera derechos constitucionales si se interpreta que su aplicación debe limitarse a los supuestos en los que la conducta constituya una incitación al odio y hostilidad contra minorías, y por esto incorpora el requisito típico en virtud del cual la negación o trivialización de estos delitos ha de promover o favorecer un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación. No obstante, como ya sabemos el TC no comparte esta opinión, sino que distingue entre negación y justificación del genocidio, siendo la interpretación de apología stricto sensu, solo en el caso de justificación.

Por otro lado, el Proyecto de Ley suprimir la injuria colectiva del actual 510.2. el cual no desarrollaremos, puesto que no comparte la naturaleza propia de los delitos tipificados en los arts. 510.1 y 607.2. En su lugar, crea el nuevo delito del art. 510.2 a) donde se sanciona la realización de acciones, cualesquiera que sean, lesivas de la dignidad de las personas por representar una humillación, menoscabo o descrédito de ciertos grupos o de miembros de esos grupos. Aquí lo que se trata es de acoger la idea reiterada por el TC, donde las conductas que impliquen un descrédito, menoscabo o humillación de personas o grupos por razón de determinadas condiciones o circunstancias sociales o étnicas quedan al margen del amparo constitucional, por atentar contra el principio de dignidad de la persona.

Este delito, presente menos problemas de legitimidad que los demás, puesto que se pueden identificar como bienes jurídicos el honor y la integridad moral, aunque el precepto se refiera a una lesión de la dignidad. Algunos autores han criticado esta referencia, considerándola desacertada, pues «*es muy dudoso que la dignidad pueda cumplir las funciones atribuidas a los bienes jurídicos*<sup>88</sup>»<sup>89</sup>.

Por ultimo, el art. 510.2 b) castiga la apología (enaltecimiento o justificación) pública de cualquier delito cometido contra un grupo o una persona o personas por

---

<sup>88</sup> ALASTUEY DOBÓN, C., Op. Cit. *La reforma de los delitos de provocación...,* p. 10

<sup>89</sup> Sobre la discusión relativa a la protección penal de la dignidad, tomando partido a favor del reconocimiento de la dignidad humana como bien jurídico, ALONSO ALAMO, M., *Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad,* Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Tiran lo Blanch, Valencia. 2013 pp. 238 y ss.

razón de su pertenencia a determinados grupos. Se trata de un precepto de muy difícil comprensión así como claramente constitucional, ajeno a las consideraciones doctrinales que exigen un ánimo incitador para el castigo de la apología.

En este análisis de la reforma, debemos destacar asimismo el hecho de que aún estando basada en las directrices de la Decisión Marco, no se ha hecho uso de los criterios restrictivos de los tipos que en ella se ofrecen. Por ejemplo, el art. 1.2 de la Decisión Marco dispone que «los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se llevan a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes». Como hemos visto, en los tipos de incitación al odio no se requiere efecto amenazante alguno, la lesión del honor solo es exigida en uno de los tipos y no se exige en ningún caso la capacidad de las personas para perturbar el orden público<sup>90</sup>. Únicamente incorpora estos requisitos en el tipo agravado del art. 510.4<sup>91</sup> que determina una agravación considerable de la pena si los hechos resultan idóneos para alterar la paz publica o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo.

---

<sup>90</sup> Si que es cierto que las cláusulas que exigen la aptitud de los hechos sancionados para alterar el orden publico o la paz publica, como en la legislación alemana, tienen escasa fuerza limitadora, pues se trata de conceptos sumamente imprecisos, pero hacer uso de ellos demuestra al menos la intención de restringir el ámbito de lo punible.

<sup>91</sup> De aplicación a todos los tipos de los apartados anteriores del artículo.

## VII. CONCLUSIONES

Como se ha podido apreciar a lo largo de toda la exposición, este trabajo consiste básicamente en una visión crítica tanto de la regulación penal actual como de la respuesta penal que se propone en el Proyecto de reforma de Código Penal de 2013, respecto de los fenómenos del discurso del odio y del revisionismo.

La expresión discurso del odio se basa en la definición recogida en la *Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa* de 30 de octubre de 1997, y de acuerdo con este texto se entiende como tal toda forma de expresión que difunda, incite, promueva y justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia y la discriminación, contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante.

En cuanto al revisionismo utilizamos el concepto en sentido amplio, y, por tanto, comprensivo de la justificación, negación o banalización de los delitos de genocidio en el marco de la interpretación efectuada por algunos de los hechos históricos.

Estos delitos, tipificados en los arts. 510 y 607 CP, llevan en vigor unos veinte años, teniendo por tanto un cierto recorrido de elaboración doctrinal y de aplicación jurisprudencial y, como hemos visto, la doctrina ha sido muy crítica en lo que a ellos se refiere, estando este punto de vista, claramente fundamentado a mi modo de ver.

Así se ha señalado, por un lado, que estos tipos encuentran serias dificultades de conciliación con los principios básicos del Derecho Penal, sobre todo con el principio de intervención mínima en sus distintas manifestaciones, porque adelantan excesivamente las barreras de protección del Derecho Penal. La verdad es que se trata de delitos en los que resulta difícil identificar un bien jurídico y señalar cuál es el objeto de protección. Además, las conductas típicas están redactadas de una manera sumamente imprecisa, sobre todo en el delito de provocación a la discriminación del art. 510.1 CP, que plantea graves problemas de taxatividad.

Por otra parte, también se ha indicado durante este tiempo de vigencia que se trata de delitos de opinión, es decir, que no se trata de delitos que castiguen la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico, sino que lo que se castiga es la manifestación de una opinión y, si esto es así, nos encontramos ante preceptos que contravienen

claramente el derecho a la libertad de expresión reconocido expresamente en la Constitución.

Siendo estos los puntos de partida mayoritarios de la doctrina, es lógico que los penalistas que se han ocupado de analizar estas figuras delictivas, hayan centrado sus esfuerzos en interpretar restrictivamente ambos preceptos para liberarlos, en la medida de lo posible, de las distintas objeciones que se les han dirigido, mientras reclamaban *de lege ferenda* una nueva regulación más precisa y acorde con los principios y derechos que acabamos de mencionar. Por su parte, los jueces y tribunales como decíamos anteriormente, han condenado por estos delitos en muy pocas ocasiones (por ejemplo en el caso del art. 510 hay solo cuatro sentencias condenatorias firmes).

A la vista de esta escasa incidencia de la jurisprudencia, el Gobierno, a través del Proyecto de reforma de Código Penal de 2013, se ha decidido a abordar una reforma de estos delitos, pero, lejos de tener en cuenta las opiniones de la doctrina sobre la regulación actual relativa al discurso del odio y del revisionismo, los tipos que constituyen el correlato en la reforma devienen aún más amplios e imprecisos, y por ende, más discutibles si cabe, siendo muchas de las conductas directamente inconstitucionales. Por otro lado, en dicho proyecto tiene lugar el resurgimiento de la figura de la negación del genocidio, pese a que fue declarada inconstitucional, si bien con base en las obligaciones internacionales contraídas por el Estado español.

Una vez más, nos encontramos ante unos tipos penales que, a mi juicio, pueden suponer un atentado contra la libertad de expresión y que, además, podrían resultar contrarios al principio de legalidad en su vertiente de certeza.

No obstante, como aspecto positivo de esta regulación encontramos la introducción del delito de la lesión de la *dignidad de las personas* –aunque el concepto de dignidad no sea adecuado, puesto que no tiene virtualidad para cumplir las funciones que se les asignan a los bienes jurídicos– mediante acciones que entrañan humillación, menoscabo o descredito, de alguno de los grupos o de parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas, u otros motivos discriminatorios. Y es acertada esta nueva regulación puesto que aquí se identifica como bien jurídico el honor del grupo o de la asociación y, en este sentido, un delito que presenta menos problemas de

legitimidad que los demás. Asimismo, se ha recogido de manera casi literal la idea reiterada por el Tribunal Constitucional en varias sentencias, según la cual quedan incluidas en el amparo constitucional por atentar contra el principio de dignidad de la persona las conductas que incluyen una humillación, menoscabo o descredito hacia un grupo de personas por razón de determinadas circunstancias personales, étnicas o sociales. Es decir, como se ve, se han recogido aquí específicamente las expresiones del Tribunal Constitucional y considero que la misma constituye la vía adecuada para sancionar este tipo de conductas.

A pesar de lo expuesto anteriormente llama la atención que conductas que afectan individualmente a la dignidad de las personas no se castiguen en el Proyecto (la injuria leve queda despenalizada), cuando pueden ser perfectamente excesos de la libertad de expresión, siendo la única forma de resarcimiento la vía civil, y, en cambio, si se lesionan la dignidad de esas mismas personas por su pertenencia a ciertos grupos o colectivos, dichas conductas sí se castiguen penalmente. De esto puede deducirse que será difícil delimitar la conducta penal de la que no lo es. Es decir, en muchas ocasiones resultará dudoso decidir cuándo la lesión del honor se refiere a la persona individualmente considerada o por el hecho de ser miembro de un grupo o colectivo.

A la vista de lo expuesto, urge poner en valor el postulado que, con independencia de los distintos planteamientos, se encuentra en la base de la mayoría de las opiniones doctrinales y que de alguna manera ha sido aceptado por la jurisprudencia, a saber, que la regulación actual es ya excesivamente amplia y que cualquier reforma que se emprenda debería desembocar en una regulación de menor alcance sancionador.

En realidad, considero que toda esta regulación podría resumirse muy bien en dos preceptos, este último mencionado que castiga la lesión de la dignidad de las personas, y uno que castigase la incitación directa a actos concretos de violencia y discriminación de manera pública y directa. De este modo entiendo que se producirían muchos menos problemas de interpretación y los tipos estarían configurados de una manera acorde con las exigencias de la libertad de expresión y con el principio de intervención mínima en materia penal.

## BIBLIOGRAFÍA

ALASTUEY DOBÓN, C., *La Reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013*, Diario LA LEY, núm. 8245, Jueves, 6 de Febrero de 2014.

ALONSO ALAMO, M., *Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad*, Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Tiran lo Blanch, Valencia. 2013

ARNOSO MARTÍNEZ, A., *Cárcel y trayectorias psicosociales, actores y representaciones sociales*, Alberdania, País Vasco, 2005.

BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996.

DEL ROSAL BLASCO, B., *Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades publicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria*, en COBO DEL ROSAL, M., *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Dykison, Madrid.

DIEZ RIPOLLES, J.L., *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis critico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de Castilla La Mancha, Cuenca, 2003

FERNANDEZ-PACHECO ESTRADA, C., *La Jurisprudencia Española en aplicación del Principio de Jurisdicción Universal. El caso de la represión en Argentina*.

GARCÍA ALVAREZ, P., *El Derecho Penal y la discriminación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GIL GIL, A., *La Sentencia de la Audiencia Nacional en el Caso Scilingo*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 31 de mayo de 2005.

GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, Tecnos, Madrid, 1999.

GÓMEZ MARTÍN, V., *Discurso del odio y principio del hecho, Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

JORNADAS INTERNACIONALES SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL, 3 y 4 de abril de 2014, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza.

LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Comares, Granada, 2001.

- *La intervención penal frente a la xenofobia: Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código Penal*, Universidad del País Vasco, Zarautz, 1999.
- *Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y provocación de lege lata*, Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 7, 2012.

LAURENZO COPELLO, P., *La discriminación en el Código Penal de 1995, Estudios penales y criminológicos*, núm. XIX, Universidad de Santiago de Compostela, 1996.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *La declaración de inconstitucionalidad del delito de “negacionismo” (Art. 6072 del Código Penal)*, en Revista Penal, núm. 23, 2009.

RODRÍGUEZ PEREZ, A. / BETANCOR RODRÍGUEZ, V., *Guía didáctica sobre el prejuicio y la Discriminación*, Facultad de Psicología, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2013-2014.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, J.M. Boch, Barcelona, 1997.