



Facultad de Derecho
Universidad Zaragoza

TRABAJO DE FIN DE GRADO

EL ARTÍCULO 510 del CODIGO PENAL

Alumno: SARVISÉ AGUARTA, Daniel

Director: D. Ignacio ACÓN ORTEGO

Junio/2022.

INDICE

Listado de abreviaturas	3
1.- Introducción:	
1.1.- Cuestión tratada	4
1.2.- Razón de elección del tema y justificación de su interés.	4
1.3.- Metodología.	6
2.- Delimitaciones conceptuales: Delito de odio. Discurso de odio.	
2.1 Delitos de odio en general:	
2.1.1 Origen del término: <i>Hate crime</i> y <i>speech crime</i>	7
2.1.2. Concepto de delito de odio	8
2.1.3 El delito de odio en legislación penal española.	9
2.2 Discurso de odio:	
2.2.1 Discurso de odio: Concepto.	11
2.2.2 Discurso de odio y delito de odio.	13
2.2.3 Discurso de odio y libertad de expresión.	14
3.- Justificación de la reforma operada por la LO 1/2015	
3.1 Situación anterior a la reforma	18
3.2 Motivación de la reforma y visión crítica.	20
4.- El art. 510 del Código Penal.	
4.1 Estructura del precepto.	22
4.2 Elementos comunes	
4.2.1.- Bien jurídico.	23
4.2.2.- Sujetos.	25
4.2.3.- Naturaleza jurídica	26
4.2.4.- Elementos objetivo y subjetivo.	28
4.2.5.- Penalidad	31
4.3 Los diversos tipos penales.	31
5.- Conclusiones.	45
6.- Bibliografía, referencias documentales, jurisprudenciales.	49

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
ECRI	Comisión Europea contra el Racismo
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
LO	Ley Orgánica
OSCE	Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SJP	Sentencia Juzgado de lo Penal
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STEDH	Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

I.- INTRODUCCIÓN

1.1 Cuestión tratada.

Desde hace unos años, en los medios de comunicación aparecen referencias¹ a términos tales como delitos de odio, delitos discriminatorios, delitos de expresión, etc; ello no es casual, sino reflejo de tensiones sociales que recaen sobre individuos o colectivos que, por ser vulnerables o marginados, necesitan protección.

Uno de los instrumentos de los que se dota la sociedad para llevar a cabo la función protectora es el art. 510 del Código Penal (CP) que constituye el «paradigma de la respuesta penal frente al fenómeno de la discriminación excluyente», en palabras de la Fiscalía General del Estado –FGE-². A través de este trabajo se pretende analizar dicho precepto, en el que no se describe un único tipo delictivo, sino que se engloban en el mismo diversos delitos relacionados con manifestaciones y expresiones de odio, violencia, hostilidad y discriminación contra determinados colectivos (y personas) caracterizados por ostentar determinadas circunstancias (raza, religión, identidad sexual, etc...).

Previamente al estudio del precepto citado, se realizan unas aproximaciones conceptuales: La primera dedicada a delimitar el concepto de “delito de odio” en general y su diversa consideración en el ámbito europeo (*hate speech*) y en el ámbito estadounidense (*hate crime*); la segunda, dedicada a delimitar el concepto de “discurso de odio” y diferenciar éste del “delito de odio con palabras”, y se ha tratado de hacer un acercamiento a la fricción entre las expresiones odiosas y la libertad de expresión.

Por último, se analiza el precepto citado partiendo de las razones que, en este materia, justificaron la reforma operada por la LO 1/2015³, haciendo un análisis crítico de dicha reforma, y continuando con el estudio de los elementos comunes de los diversos delitos englobados en el precepto y, por último, analizando cada uno de ellos.

1.2. Razón de la elección del tema y justificación de su interés

¹ En la hemeroteca de los distintos medios encontramos infinidad de ejemplos de lo dicho (El País digital 1-1-2022: El Tribunal de Justicia de la ONU se planta por primera vez ante el discurso del odio; Heraldo de Aragón: 2-3-2022: Una denuncia en Jaca por insultos en grupo de mensajería acaba con tres detenidos por delito de odio...)

² Circular 7/2019 de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 del CP (BOE 124 de 24-5-2019, página 55657).

³ LO 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica la LO 10/1995 del Código Penal (BOE 77 de 31-III).

Las tensiones sociales a que hemos aludido derivan de la propia estructura socio-económica: La globalización ha generado que la sociedad sea cada vez más heterogénea, con población de múltiples procedencias, de diversas razas y etnias (en lo que ha tenido mucho que ver el fenómeno migratorio originado por diferentes causas: búsqueda de mejores oportunidades, conflictos armados, desastres naturales, hambrunas...); a la vez, la brecha Norte-Sur, ricos-pobres, se agranda más, quedando gran parte de la población en el umbral de la pobreza, incluso en países del primer mundo; además, los principios de tolerancia, dignidad e igualdad que son la base de los países democráticos han hecho que colectivos anteriormente perseguidos (por ejemplo, la homosexualidad estuvo penada en España hasta el año 1978), reclamen un tratamiento no discriminatorio.

Estos cambios sociales son vistos como amenazas por algunos sectores ciudadanos en los que cala la idea de pérdida de la propia identidad, lo que puede generar hostilidad y confrontación con esos colectivos.

Además, al anidamiento del odio ayudan factores como el discurso político, pues los líderes políticos, en ocasiones, radicalizan sus posiciones y prefieren la confrontación visceral (en román paladino, el ¡¡y tú más!!), que el debate sosegado; otro factor es la existencia de internet, redes sociales y nuevas tecnologías de la comunicación, vehículos que permiten difundir mensajes instantáneamente y con alcance multitudinario.

Visto lo anterior, el interés del tema se centra en determinar el por qué un sentimiento, una expresión de emotividad como es el odio que no es más que la aversión u hostilidad hacia alguien o algo, pasa a ser merecedor de reproche penal.

Para responder a esta pregunta, el punto de partida, en lo que a España se refiere, lo hallamos en la Constitución Española (CE) en la que se reconocen los principios de igualdad y no discriminación (Art. 14), y el del respeto a la dignidad humana (Art. 10), principios que justifican la inadmisión de diferencia de trato entre personas por razón de su procedencia, raza, sexo, religión, creencias, etc...

Para evitar que esas diferencias desemboquen en un trato degradante y discriminatorio, se hace necesario tomar medidas legales de protección de colectivos marginados que por circunstancias específicas de identidad (raza, por ejemplo...), se apartan de los

estereotipos dominantes. Y entre tales medidas, y como ultima ratio, cuando el resto de medidas (educativas, sociales...), no son suficientes, se encuentra la criminalización del odio.

1.3.- Metodología

El método para realizar este trabajo se ha basado en la investigación de carácter documental. En esta investigación se trata de observar el problema planteado (el discurso de odio penalmente reprochable) desde el prisma de fuentes formales, dejando de lado los métodos de investigación empíricos (encuestas, trabajo de campo...).

Elegido el tema de entre los propuestos por el profesor director del trabajo, se ha procedido en primer lugar, siguiendo su asesoramiento, a una lectura meditada de los preceptos del CP relativos a los delitos de odio y, en especial, del artículo 510CP.

Seguidamente se realizó una labor de búsqueda y recopilación de fuentes bibliográficas recientes, tanto en soporte papel como en soporte digital, con las que obtuve una primera visión global del tema elegido que me permitió elaborar un primer esquema general de trabajo. Presentado este esquema al profesor tutor del trabajo y realizadas las correcciones oportunas, se ha procedido, a recoger información más específica, aprovechando las mismas fuentes.

Estudiada y estructurada la información obtenida, se procedió a redactar el trabajo (bajo la supervisión del director y atendiendo sus correcciones), tratando de realizar una labor de síntesis y explicación de cada uno de los apartados de la manera más clara posible.

Por lo que respecta a las fuentes documentales utilizadas, han sido obtenidas en la biblioteca de la Facultad de Derecho o por mis propios medios. Entre las digitales he consultado, entre otras, la web “Dialnet”, o la “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”. Por lo que a fuentes jurisprudenciales, desde la página web del Ministerio de Justicia he accedido a las Sentencias del TEDH, y he utilizado el buscador de jurisprudencia constitucional del TC, así como el buscador del Centro de Estudios de Documentación Judicial del CGPG “Cendoj”.

II.- DELIMITACIONES CONCEPTUALES: DELITO DE ODIO. DISCURSO DE ODIO

2.1.- Delito de odio en general:

El art. 510 CP concreta en nuestro Derecho el delito de odio con palabras, y éste es una especie del género más amplio delito de odio, por ello parece adecuado referirse a éste último.

2.1.1.- Delito de odio: Origen del término

El origen del término se encuentra en la discriminación étnica, racismo en general y antisemitismo en particular que se produjeron durante la II Guerra Mundial y tras la misma. La comunidad internacional adoptó instrumentos jurídicos tendentes a luchar contra ello, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, que obligaba a los estados parte a incorporar a su legislación penal «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»⁴. Esta exigencia, se siguió de modo diferente a uno y otro lado del Atlántico:

La vía americana *hate crime*: La moderna legislación anti-odio de Estados Unidos parte del movimiento de derechos civiles que tiene lugar en la década de los 60 del S. XX para conseguir la igualdad y no discriminación de la población afroamericana; dado que el arma principal de este movimiento fue la libertad de expresión, el legislador federal y los tribunales decidieron no limitar la misma (de hecho, como señala Landa⁵, la Corte Suprema declaró contraria a la primera enmienda de la Constitución la prohibición del discurso del odio). El instrumento usado para luchar contra los delitos de odio fue agravar la pena del delito base cuando se cometiera por motivos raciales (en un primer momento), ampliándose posteriormente esa motivación (orientación sexual, personas con discapacidad, etc...)

La vía europea: Las tendencias totalitarias, nazismo y fascismo, que condujeron a la II Guerra Mundial y los horrores del comunismo-estalinista soviético, llevaron a los países europeos a tratar de blindarse frente a esas ideologías, usando como instrumento para

⁴ Art. 4 de la Convención Internacional sobre Eliminación de las Formas de Discriminación Racial de 21-XII-1965.

⁵ LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. “Los delitos de odio”. Tirant Lo Blanch, Valencia 2018. Pág 44.

ello la prohibición de la apología y la propaganda de las mismas, y criminalizando las expresiones que conculcaran tal prohibición; en este contexto aparece el llamado delito de odio con palabras *hate speech* o también discurso de odio. La prohibición del discurso de odio como protección de determinados colectivos (vinculados por razones étnicas inicialmente, aunque ampliados posteriormente), implica que algunos derechos y, fundamentalmente, la libertad de expresión deban ser limitados.

2.1.2 Concepto de delito de odio

No existe en el CP un concepto de delito de odio y no es fácil definirlo, pues el odio no es un término jurídico sino que expresa un sentimiento humano, y aunque el odio en sí mismo no puede ser criminalizado («El odio es un sentimiento y el Derecho Penal no penaliza sentimientos», señala la Audiencia Provincial –AP- de Madrid⁶), existe cierto consenso en el uso de este término que se caracteriza, siguiendo la definición de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) por la concurrencia de estos elementos: 1º.-El hecho debe constituir delito conforme a la legislación de la nación de que se trate. 2º.- El sujeto pasivo debe ser una persona o grupo que presente alguna característica (raza, lengua, sexo...) que le confiera unidad como tal grupo. 3º.- El sujeto activo elige a la víctima por su pertenencia a ese grupo.⁷

Para un sector doctrinal⁸ el elemento angular del delito de odio es la pertenencia del sujeto pasivo a un grupo o colectivo caracterizado por unas notas comunes (raza, sexo, religión...) y que, por su vulnerabilidad o marginación, debe protegerse. Para otro sector⁹, lo esencial es el ánimo del sujeto activo que actúa movido por la aversión o por prejuicios que se basan en diversas razones (identidad sexual, lenguaje, raza...). Ambas posiciones reflejan los dos modelos teóricos en los que se basa este delito, según señala Díaz López J.A¹⁰ : a) El modelo de «discriminación selectiva» pone el acento en la

⁶ SAP de Madrid (Sección 29) de 9-XII-2021, FJ 3º. ECLI:ES:APM:2021:15128

⁷ Decisión nº 4/2003 del Consejo de Ministros de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, tomada en Maastrich, de fecha 2-XII-2003. En concreto, la definición de la OSCE es «cualquier infracción penal ...donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo que debe estar basado en una característica común de sus miembros, como su raza, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual u otro factor similar»

⁸ GÜERRI FERNÁNDEZ, Carmen «La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso del odio en España», en In Dret, 1/2015, p. 10

⁹ AGUILAR GARCIA, Miguel Angel, “Manuel práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación”, Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, 2015. P 33.

¹⁰ DIAZ LOPEZ, Juan Alberto, “Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio” de 14 de marzo de 2018, páginas 28 y 29

intimidación sobre el grupo discriminado del que forma parte la víctima b) El «animus model», tiene en cuenta la animadversión del sujeto activo hacia una condición personal de la víctima, sin que sea relevante la pertenencia al colectivo.

Este último modelo ha recibido críticas¹¹ por entender que es contrario al Derecho Penal de acto, propio de nuestro sistema, y se aproxima al Derecho Penal de autor en el que se sanciona o agrava la conducta tanto por lo que haces como por lo que eres; además, este modelo permite que pueda ser condenado como autor de un delito de odio cualquier persona marginada o perteneciente a un colectivo o grupo discriminado o marginado cuando el ofendido sea un grupo social dominante o una persona de ese grupo (podría ser condenado por delito de odio un afroamericano por agredir y lesionar a un blanco, por el hecho de ser blanco y ello en un entorno como el nuestro en el que la raza blanca ostenta una posición dominante).

Por ello, considero más adecuado definir el delito de odio desde una simbiosis de ambas posturas, considerando como tal a toda expresión y toda acción realizada contra un colectivo socialmente dominado o vulnerable o contra personas que lo integran, y que tengan motivación prejuiciosa: la aversión u hostilidad hacia un rasgo propio de ese grupo. Esta posición de simbiosis la adopta nuestra jurisprudencia: así la STS 646/2018¹² (sobre publicación de mensajes en red Twitter alusivos al asesinato de Miguel Angel Blanco), en cuyo FJ único se señala que «El bien jurídico protegido ... es la dignidad de las personas, y colectivos de personas, a los que por su especial vulnerabilidad se otorga protección específica» (se recoge en este párrafo el modelo de discriminación selectiva); en ese mismo FJ recoge el animus model cuando expresa «El elemento que caracteriza a los delitos de odio es el ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión del hecho agresivo... ánimo que consiste en la animadversión hacia la persona, o hacia colectivos», en los que concurren determinadas circunstancias».

2.1.3.- El delito de odio en la legislación penal española.

¹¹ GARCIA ALVAREZ, Pastora, “El efecto perverso de la recepción del fenómeno de los delitos de odio en el sistema penal español”, en “El odio como motivación criminal”, Teijón (dir.), Wolters Kluwer, 2022, p 66.

¹² STS 646/2018 de 14-XII-2018; ECLI:ES:TS:2018:4133

Dejando de lado algunos hitos legislativos como La Ley 44/1971 de 15-XI¹³ que introdujo en el CP de 1944 el delito de genocidio o la LO 8/1983 de 25-VI¹⁴, que amplió el concepto de asociación ilícita a «las que promuevan la discriminación racial o inciten a ella», el paso firme en la regulación de los delitos de odio lo dio la Ley Orgánica 4/1995¹⁵ que se adelantó varios años a las previsiones de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de Europa¹⁶, pues por un lado introducía la figura del *hate speech* sancionando la provocación, «a la discriminación de personas o grupos por motivos referentes a su origen racial, étnico o nacional, o a su ideología, religión o creencias»; y de otro lado plasmaba el *hate crime* introduciendo una nueva agravante consistente en la cometer delitos contra las personas y la propiedad por esos mismos motivos, añadiendo los motivos antisemitas; además, la Ley introducía como delito la apología del genocidio, recogiendo la doctrina sentada en la STC 214/1991¹⁷ que otorgaba amparo a Violeta Friedmann, frente a las declaraciones de Leon Degrelle, (ex-jefe nazi) quien negaba el holocausto; esta Sentencia señalaba que «el derecho a la libertad de expresión no garantiza el derecho a expresar un determinado entendimiento de la Historia con el ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier circunstancia personal, étnica o social»

La anterior ley tuvo una vida breve, pues la LO 10/1995 aprobó un nuevo CP en el que se criminalizaba la negación o justificación del genocidio (Art. 607.2 CP), y mantenía la misma estructura que la LO anterior en cuanto a los delitos de odio al recoger la figura del *hate speech* (Art 510), y la figura del *hate crime* (Art. 22.4).

La LO 1/2015 introdujo importantes modificaciones en cuanto a los delitos de odio con palabras se refiere. La regulación de los delitos de odio es heterogénea, hallándose dispersos por todo el CP (en el que curiosamente no aparece ninguna mención a la locución delitos de odio); pese a ello, entiendo que tales delitos pueden agruparse distinguiendo entre:

¹³ Ley 44/1971 de 15 de noviembre sobre reforma del Código Penal (BOE 274 de 16-XI-1971).

¹⁴ LO 8/1983 de 25 de junio de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal (BOE 152 de 27-VI).

¹⁵ Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio (BOE 113 de 12-V).

¹⁶ Decisión Marco 2008/913/JAI de 28-XI-2008 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el proceso penal (Diario Oficial Unión Europea 6-XII-2018)

¹⁷ FJ 8º STC 214/1991 de 11-XI-1991 (BOE 301 de 17-XII-1991)

-La figura del *hate speech* se regula, genéricamente en el art. 510 CP y en el art. 510 bis (este último cuando el sujeto activo es persona jurídica); y, específicamente, en los arts. 578 y 579 (Enaltecimiento o justificación del terrorismo, e incitación a su comisión).

-La figura del *hate crime* se concreta en la agravante regulada en el art. 22.4CP que se aplica cuando el delito se comete por motivos prejuiciosos y discriminatorios, motivos que son coincidentes con los previstos en el delito de odio con palabras del art. 510, salvo la aporofobia (odio a los pobres o desvalidos), introducida en la circunstancia agravante por LO 8/2021 de 4-VI de «protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia», pero no en el art. 510 CP.

-Delitos específicos en los que el odio forma parte del tipo penal; dentro de este grupo (en el que perfectamente podrían integrarse los delitos de odio con palabras), se encontrarían, siguiendo la Circular 7/2019 de la FGE¹⁸, la denegación de servicios públicos y prestaciones privadas, las amenazas a determinados colectivos, las torturas discriminatorias, la discriminación laboral, la asociación ilícita para la promoción de la discriminación, las vejaciones del 525 CP, y contra los sentimientos religiosos. Algunos autores¹⁹ añaden a esta lista el delito de genocidio y lesa humanidad, y los delitos de clonación para selección de raza, revelación de secretos si se trata de condiciones personales y delitos de segregación racial.

2.2 Discurso de odio

2.2.1.- Concepto

No existe en nuestro derecho penal un concepto de discurso de odio, ni hay acuerdo sobre si tal expresión se adecúa al ámbito jurídico: así, el TS²⁰ entiende que es «equivoca» y puede obstaculizar la labor interpretativa de los tribunales.

La expresión discurso de odio se creó por instituciones internacionales: fue la Recomendación (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 20 de octubre, quien le dio carta de naturaleza al instar a los Estados a actuar contra expresiones incitadoras, propagandistas o promotoras del «odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluida...la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de

¹⁸ Circular 7/2019 FGE citada, pag BOE 55657

¹⁹ DIAZ LOPEZ, Juan Alberto. Ob. citada 2018, paginas 37-38.

²⁰ STS 4/2017 de 18-I-2017 - ECLI:ES:TS:2017:31

origen inmigrante». Sobre la base de este concepto, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, en su Recomendación nº 15²¹, construyó su propia definición y consideró discurso de odio al que tuviera los siguientes elementos:

-Forma de expresión del discurso: cabe todo tipo de expresión (oral, escrita, fotografías, dibujos, símbolos, música, vídeos, soportes tecnológicos...).

-Finalidad del discurso o acción: debe ser «la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona, el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo y la justificación de esas manifestaciones» (punto 9 de la Recomendación).

-Motivación del discurso: Debe estar basado en una serie de características propias de la persona o grupo contra el que el discurso se dirige. La Recomendación señala algunas como «la raza, color, idioma, religión o creencias, origen nacional o étnico, discapacidad, sexo, género, identidad de género, orientación sexual» (punto 9), si bien la propia Recomendación se encarga de señalar que tal lista no es cerrada.

El término fue usado por primera vez por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en Sentencia (STEDH) de 8-VII-1999, en la que, sin precisar el concepto, se hacía referencia al mismo al indicar que los medios de comunicación incurren en responsabilidad si sirven de cauce para difundir el discurso de odio; señalaba la Sentencia, que la libertad de expresión no puede cobijar al discurso de odio si éste conlleva «incitación directa» a la violencia.²² En Sentencias posteriores²³, el TEDH sí que definió el concepto de discurso de odio entendiendo por tal a las «expresiones tendentes a incitar, justificar, difundir o promover el odio o la discriminación contra personas o grupos por motivos de intolerancia, así como las ofensas por tales motivos».

En nuestro ámbito, el TC definió el concepto (de forma similar a la del TEDH), entre otras, en STC 112/2016²⁴ en la que, analizando la fricción entre libertad de expresión y discurso de odio, lo definió de forma, a mi modo de ver, concisa pero clara y elocuente, como «forma de expresión que propague, promueva o justifique el odio basado en la intolerancia».

²¹ Recomendación General nº 15 relativa a la lucha contra el discurso del odio, adoptada el 8-XII-2015

²² STEDH 8-julio-1999 Erdogdu e Ince contra Turquía

²³ STEDH 4-diciembre-2003, Gündüz contra Turquía: el TEDH consideró que no podía considerarse como delito de odio el haber defendido la sharia –ley islámica-, pues no se usó violencia para tal defensa.

²⁴ STC 112/2016 20-junio-2016, FJ 2º. BOE 181 de 28-7-2016.

2.2.2 Confusión discurso de odio-delito de odio

Señala Díaz²⁵ que en España se usa el concepto discurso de odio para referirse a los ilícitos tipificados en el CP. En mi opinión, ambos conceptos son distintos, y la premisa de la que se ha de partir para delimitarlos es que si bien todo delito de odio con palabras es discurso de odio, no todo discurso de odio es delito, de modo que en el discurso se incluyen conductas que están extramuros del ámbito penal, tal como señala el Plan de Acción de Rabat²⁶, que distingue:

-Expresiones delictivas; según la Recomendación de la ECRI citada, el discurso de odio solo debería perseguirse penalmente en circunstancias graves, y cuando se den dos elementos: que la expresión se realice en entornos públicos y que incite a cometer actos violentos, intimidatorios o discriminatorios contra personas o colectivos con características específicas.

-Expresiones que pueden ser susceptibles de reproche jurídico, pero no penal, sino civil (acción para la protección civil del derecho al honor) o administrativo (pensemos en sucesos de racismo en recintos deportivos con insultos a deportistas que implican importantes sanciones impuestas por los órganos administrativos).

-Expresiones que si bien pueden ser de mal gusto y reprobables, no tienen trascendencia jurídica. En palabras de Cámara²⁷, «existe una parcela de permisividad amparada en la libertad de expresión».

La tesis de que no todo discurso de odio es delito de odio viene sustentada por la jurisprudencia constitucional: así, la STC 235/2007²⁸ señala que no cabe tipificar como delito el hecho de transmitir ideas, aunque «sean execrables para la dignidad», salvo que inciten a la violencia.

La jurisdicción ordinaria se pronuncia en igual sentido: la STS 95/2018²⁹ (relativa a tweets sobre el asesinato del presidente del Gobierno Carrero Blanco), sentaba que los mensajes inaceptables o que ocasionan rechazo en gran parte de las personas «no tienen

²⁵ DIAZ LOPEZ, Juan Antonio “Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio”, de la Secretaría de Estado de Migraciones. Madrid. Revisado en 2020, p 49

²⁶ Plan de Acción de Rabat adoptado el 5 de octubre de 2012, consultado en https://www.ohchr.org/sites/default/files/Rabat_draft_outcome_FR.pdf el 3-V-2022

²⁷ CAMARA ARROYO, Sergio “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso”, ADPCP, Vol LXX, 2017, pag. 165.

²⁸ STC 235/2007 de 7 de noviembre de 2007 (BOE 295 de 10-XII-2007).

²⁹ STS 95/2018 de 26 de febrero ECLI:ES:TS:2018:493

que ser necesariamente delitos por el solo hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión». Y la SAP Madrid 656/2021³⁰ (relativa a un tweet publicado por un ¿cómic? en el que se leía: «el otro día me hicieron la mejor mamada de mi vida. El secreto fue que la chica usó muchas babas. Alguna ventaja tenía que tener el síndrome de Down») caminó en la misma dirección al señalar que esa expresión era dañina, dolorosa y rechazable, pero que hace falta un plus más que un sentimiento de rechazo para que pueda apreciarse la existencia de delito.

2.2.3.- Discurso de odio y libertad de expresión.

La libertad de expresión es uno de los cimientos en que se sustentan los sistemas democráticos y así se reconoce en la normativa internacional (Art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o Art. 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), en la normativa europea (Art. 10 CEDH), y en el art. 20 CE. Incluso se le llega a dar un carácter preeminente sobre otros derechos y libertades (carácter puesto de manifiesto, entre otras, en STC 112/2016³¹). Pese a su carácter preeminente no es un derecho absoluto, sino que puede ser limitado tal como se refleja en el art. 10.2 CEDH y en el art. 20.4 CE; este último establece que la libertad de expresión «tiene su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

Un análisis jurisprudencial revela que la libertad de expresión tiene un amplio cauce por donde discurrir: Tanto el TEDH como el TC (STEDH 24-II-1997, caso de Haes y Gijssels contra Bélgica, STC 177/2015 de 22-VII), sostienen que dicha libertad «vale no solo para las ideas inofensivas o acogidas favorablemente, sino también para aquellas que perturban al Estado o a una parte importante de la ciudadanía». Igual línea mantiene el TS, entre otras en SSTs 646/2018 ya citada y 259/2011³² (caso librería Kalkhi), de las que se colige la amplitud del derecho a la libertad de expresión lo que permite «asumir cualquier ideología, por deplorable que resulte, y además, permite difundirla» y ello porque nuestro sistema democrático no es un sistema de adhesión absoluta a sus postulados, no es una «democracia militante» en palabras del TC³³, sino que los mismos

³⁰ SAP Madrid (Sección 29ª) de 9-XII-2021. ECLI:ES:APM:2021:15128

³¹ STC 112/2016 de 20 junio (BOE 181 de 18-VII-2016)

³² STS 259/2011 de 12 abril. ECLI:ES:TS:2011:3386

³³ STC 12/2008 de 29-I-2008 (BOE 52 de 29-II-2008). FJ6º

pueden ser atacados, siempre que ello se realice por los cauces constitucionales; pero también se concluye con la posibilidad de limitar dicha libertad y dar paso a la intervención penal cuando se produzca un resultado dañino o se lesionen los bienes jurídicos de relevancia constitucional.

Dicho lo anterior, surgen dos preguntas: ¿Cuándo las expresiones se convierten en discurso de odio? ¿Cuándo el discurso de odio se convierte en delito de odio? El TEDH nos da la respuesta en dos Sentencias (16-VII-2009 Feret contra Bélgica y 16-VII-2009 Vejdeland contra Suecia); de la lectura de las mismas aparece que las expresiones vertidas en uso de la libertad de expresión, serán constitutivas de discurso de odio cuando concurren dos elementos:

1º.- Que la persona o grupo receptor de la expresión, tenga unas características que le confieran una unidad grupal; en este punto, el TEDH fue, inicialmente, bastante restrictivo, y sólo admitía como discurso de odio las expresiones que tuvieran que ver con la raza, la xenofobia o la religión, ampliándose posteriormente el ámbito de los colectivos protegidos (homosexuales y origen nacional,...). 2º.- Que el mensaje propague, incite, justifique o promueva el odio basado en la intolerancia; o bien que contenga expresiones injuriosas o que ridiculicen a personas y grupos, o inciten a la discriminación.

Tales mensajes serán discurso de odio, pero para que, además, sean merecedores de reproche penal, el TEDH exige un plus y es que las expresiones deben incitar a la violencia o a cometer actos delictivos o atacar el honor de las víctimas.

En el ámbito interno, tanto el TC como el TS han tenido ocasión de pronunciarse sobre el choque discurso de odio versus libertad de expresión; la STC 112/2016³⁴ (asunto Erkicia) señala que, desde luego, la libertad de expresión está limitada por aquellas expresiones que son alentadoras de la violencia y, remitiéndose a su STC 177/2015, también señala que pueden ser sancionables las expresiones propagadoras o justificadoras del «odio basado en la intolerancia». Por su parte, el TS concreta más el límite de la libertad de expresión en su STS 4283/2020³⁵ (relativa al grupo musical Batallón de Castigo por un concierto de contenido nazi), cuyo FJ 3º, señalaba que la libertad de expresión debe ser limitada ante expresiones que «intimidan o amenazan y

³⁴ STC 112/2016 de 20-VI-2016 (BOE 181 de 27-VII-2016).

³⁵ STS 4283/2020 de 11-XII-2020 ECLI:ES:TS:2020:4283

que tienen un contenido discriminatorio por motivaciones étnicas, religiosas, ideológicas», y de otro tipo, y también debe ser limitada cuando esas expresiones «impliquen una exclusión política social, cultural o racial». Una vez fijado qué es discurso de odio, el TS en su STS 185/2019³⁶ criminaliza el mismo cuando la acción sea lo suficientemente grave, lo que ocurre si se genera «un resultado de lesión o la generación de un peligro» que no tiene por qué ser concreto, pero sí real; y, en la misma resolución, se reafirma en esta tesis al señalar que lo punible debe reservarse para cuando se transgrede, en uso de la libertad de expresión, un bien jurídico de relevancia constitucional, debiendo ir acompañada esa transgresión de «aditamentos referidos a la generación de peligro para la convivencia».

En cualquier caso, en mi opinión, debe señalarse que los parámetros utilizados para determinar cuándo las expresiones se convierten en delito de odio pecan de inconcreción y son en exceso generalistas, lo que puede conducir al denominado por algún autor³⁷ efecto desaliento o censura que se autoimponen los ciudadanos que pueden dejar de expresar determinadas ideas por miedo a la sanción lo que, obviamente, es un lastre para la libertad de expresión.

Por último, señalar que ante la tensión entre los derechos de naturaleza constitucional en juego (libertad de expresión, de un lado, igualdad, no discriminación y respeto a la dignidad, por otro), los tribunales a la hora de enjuiciar el discurso de odio criminalizado, y antes de realizar el análisis de la tipicidad de la conducta, es decir, si el hecho constituye o no delito, deberán realizar una tarea de ponderación entre esos derechos, tal como señala el FJ 3º de la STS 675/2020³⁸, teniendo en cuenta no solo las expresiones realizadas sino otros elementos de juicio (indicados por la ECRI en su citada Recomendación nº 15), a saber: el contexto general del discurso (si la expresión se realiza cuando en la sociedad en la que se emite el discurso hay tensiones sobre el contenido del mismo); el contexto específico de la expresión (por ejemplo, si es reiterada o aislada); la influencia que tiene quien se expresa; el lenguaje utilizado (si es provocador, engañoso...); los medios usados (por ejemplo, prensa, medios audiovisuales, pasquines...; la audiencia a la que se dirige el discurso. Si tras esta

³⁶ STS 185/2019 de 2-IV-2019. ECLI:ES:TS:2019:1070

³⁷ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Opiniones constitucionales”, Indret, Revista para el análisis del derecho. 2018. Pag 33. Consultado en <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/05/1350.pdf> el 28-IV-2022

³⁸ STS 675/2020 de 11-XII-2020. ECLI:ES:TS:2020:4283 (caso concierto Batallón de Castigo)

función de ponderación, el tribunal penal entiende que las expresiones usadas atentan contra los bienes jurídicos protegidos, entrará a enjuiciar la tipicidad de la conducta, tal como señala el TC (SSTC 177/2015 y 35/2020).³⁹ Ejemplo de esta labor de ponderación es el Auto de la AP de Madrid⁴⁰ relativo a cartelería electoral del partido VOX en el que se indicaba que los menores no acompañados tenían un coste mensual de 4700€, mientras que algunas pensiones tenían una cuantía de 426€. La AP denegó la pretensión de retirada de los carteles, sin entrar en si los mismos constituían delito, al realizar la previa labor de ponderación y entender que los mismos respondían a una simple lucha ideológico-partidista en el marco de los comicios electorales en la Comunidad de Madrid.

³⁹ STC 177/2015 de 22-VII y 35/2020 de 25-II

⁴⁰ Auto 631/2021 de la AP de Madrid (sección 2ª) de 1-VII-2021; ECLI:ES:APM:2021:3302A

III JUSTIFICACION DE LA REFORMA

3.1.- Situación anterior a la reforma.

Antes de la LO 1/2015 el discurso de odio criminalizado se regulaba en dos preceptos del CP: el art. 510 CP (que sancionaba la provocación a la discriminación, al odio y a la violencia por motivos de intolerancia, y el difundir ideas de naturaleza injuriosa), y el art. 607.2 CP (que sancionaba la negación y justificación del genocidio, aunque el TC descriminalizó la negación).

Esta regulación fue criticada por la doctrina como pone de manifiesto Alastuey⁴¹ y ello por dos razones: primera, al tratarse de delitos de palabra, podían producirse fricciones con la libertad de expresión y, segunda, se adelantaban en demasía las barreras de intervención del Derecho Penal, lo que supone un choque con el principio de intervención mínima que rige este Derecho. Estas razones justificaron la interpretación restrictiva de ambos preceptos, utilizándose para ello varios argumentos:

-Dado que el término provocación formaba parte del tipo del art. 510.1 CP, un sector doctrinal⁴² entendía que debían ser aplicables al precepto los elementos constitutivos del acto preparatorio de provocación regulado en el art. 18 CP, es decir, la publicidad (requisito no recogido en el antiguo 510.1), la incitación directa (en el art. 510.1 cabía la incitación indirecta), y que ésta se dirigiera a la comisión de un delito. Otros autores, como Landa⁴³, entendían que el art. 510.1 era un delito autónomo que nada tenía que ver con la provocación regulada en el art. 18 CP; también desde esta posición, se interpretaba restrictivamente el precepto, al entender que si la seguridad de los colectivos vulnerables era el bien jurídico protegido, el tipo penal del art. 510.1 debería tender a prevenir «conductas que ponen en marcha un proceso de agresión colectiva» contra esos grupos y ello solo podía lograrse si se estaba «en presencia de una amenaza directa de la comisión de un delito grave», y no de una simple provocación al odio, discriminación o violencia que señala el precepto.

⁴¹ ALASTUEY DOBÓN, Carmen. "Consideraciones político-criminales sobre el castigo del discurso del odio", en "El odio como motivación criminal" (Dir. Teijón Alcalá). Wolters Kluwer. Madrid. 2022, p.139

⁴² BERNAL DEL CASTILLO, J. "La discriminación en el Derecho Penal". Comares, Granada, 1999, p76

⁴³ 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, Zarautz, 1999, p 224,238.

-Por lo que respecta al art. 607.2 CP parte de la doctrina⁴⁴ abogaba por la inconstitucionalidad del precepto porque la negación suponía una limitación injustificable a la libertad de expresión, pues el precepto no exigía incitación a cometer delitos. Otro sector⁴⁵ interpretaba restrictivamente el precepto afirmando que la negación del genocidio no debería ser objeto de reproche penal, salvo que ello viniera con un plus añadido que es la expresión de un juicio valorativo humillante para las víctimas del genocidio.

Si bien la gran mayoría de propuestas doctrinales interpretaban restrictivamente ambos preceptos, algún autor⁴⁶ se pronunció en sentido contrario y postulaba que el debatido término provocar fuera sustituido por el de incitar, promover y fomentar, que la incitación debía ser tanto directa como indirecta y que junto a los términos odio, discriminación y violencia se introdujera el de hostilidad, propuestas que acogió el legislador.

El TC se sumó a la línea restrictiva y en su STC 235/2007 ya citada, declaró inconstitucional la negación del genocidio por considerar que dicha negación únicamente supone difundir conclusiones sobre la existencia o no de un hecho histórico, pero no implica la emisión de juicios de valor sobre tal hecho, de modo que la «la mera transmisión de ideas, aunque sean execrables», no puede constituir delito. En cuanto al delito de justificación del genocidio, el TC llegó a una solución diferente al entender que dicha justificación iba más allá de la afirmación de un hecho histórico y exigía un juicio valorativo sobre el mismo, por lo que declaró su constitucionalidad.

Igual línea restrictiva siguió la jurisdicción ordinaria: La STS 259/2011 (caso Kalkhi) ya citada, interpretó ambos preceptos: respecto del art. 607.2 CP señalaba que las actividades de orientación nazi imputadas a los acusados no indicaban que el delito de genocidio fuera justo, ni se originaba un ambiente que pudiera derivar en violencia hacia los colectivos protegidos (FJ1º). Y en relación con el art. 510, seguía la postura de interpretar el mismo a tenor de lo dispuesto en el art. 18 CP referido al acto preparatorio de provocación por lo que para que el delito se entendiera cometido debería mediar una

⁴⁴ RAMOS VAZQUEZ, J.A.; “La declaración de inconstitucionalidad del negacionismo”, 2019. P 124. Consultado en <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/11962/Declaraci%c3%b3n.pdf?sequence=2> el 6-V-2022.

⁴⁵ LAURENZO COPELLO, Patricia “La discriminación en el Código Penal”, en: Estudios Penales y Criminológicos (nº 19), 1996. p268.

⁴⁶ AGUILAR GARCIA, M.A. “La reforma del art.510 CP” Revista la Ley Digital nº 86. 2011.

«incitación directa a actos con contenido discriminatorio». Dado que no concurrían tales circunstancias, el TS absolvió a los condenados.

En igual sentido, destacar la SAP de Barcelona 787/2012⁴⁷ que absolvía del delito del art. 510.1 a una persona que había repartido en la ciudad de Vic unos pasquines con posible contenido xenófobo; La AP consideró que no se daban los elementos de la provocación contenidos en el art. 18 CP, pues no existía incitación directa, sino que los panfletos tenían un contenido irónico que habría de servir como «ejercicio de reflexión ciudadana».

3.2.- Motivación de la reforma y visión crítica de la misma

El legislador de 2015, a través de la LO 1/2015, modificó la regulación del discurso de odio criminalizado agrupando los anteriores artículos 510 y 607.2 (agrupación debida a que el TC, definió que la negación del genocidio solo puede ser delito «como forma de incitación al odio o a la hostilidad», tal como señala el punto XXVI del Preámbulo de la LO), en un único precepto al que se añadían nuevos tipos penales, y motivó la reforma en dos fundamentos:

-De un lado, la regulación española sobre la materia debía adaptarse a la Decisión Marco 2008/913/JAI que obligaba a los estados a criminalizar la incitación pública a la violencia o al odio contra un colectivo o una persona del mismo por razones de raza, color, religión, ascendencia y origen nacional o étnico, y la difusión de escritos, imágenes, etc... que tuviera por objeto esa incitación, así como la apología, negación o trivialización del genocidio, crímenes contra la humanidad y de guerra, si incitan a la violencia o al odio.

-De otro lado, debía recogerse la doctrina sentada en la STC 235/2007 citada que, si bien había descriminalizado el delito de negación del genocidio, consideraba que la negación podía criminalizarse si la conducta «implicaba una incitación a la violencia o al odio».

Con estos parámetros, el legislador construyó una reforma de los delitos de odio que, aunque aplaudida por algún autor⁴⁸, ha recibido críticas severas por la doctrina⁴⁹

⁴⁷ SAP Barcelona (Sección 5ª) de 29-6-2012 ECLI:ES:APB:2012:9580

⁴⁸ GÓMEZ MARTÍN, V.: «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 18-20, 2016, p. 2. Señala que el art. 510 es uno de los instrumentos más destacados para la lucha contra toda forma de discriminación.

(«engendro penal» para Teruel o «desprecio por la libertad de expresión» para Portilla o «incomprensible» para Alastuey). Entre las críticas a la reforma (sin perjuicio de profundizar en las mismas a la hora de analizar los tipos penales o de formular las conclusiones), destacan las siguientes:

1ª).- Se vuelve a criminalizar el negacionismo; aunque dicha criminalización se produce únicamente cuando «se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación», su introducción en el CP es innecesaria pues para crear el clima no basta con la simple negación (que es algo neutro y amparado en la libertad científica), sino que hará falta un mínimo juicio valorativo, es decir, una justificación, y ésta ya estaba penalmente reprochada.

2ª).- Se amplió el contenido de la Decisión Marco 2008/913/JAI a la hora de trasponerla a nuestro derecho: Así, a título de ejemplo, la Decisión nada decía en relación a si la incitación tenía que ser directa o indirecta, acogiendo el legislador español la fórmula más amplia; o, tal como pone de manifiesto Quintero⁵⁰, se incorporó el concepto hostilidad al art. 510 CP, concepto que no figuraba en la Decisión.

3ª).- La Decisión Marco citada contiene elementos restrictivos según los cuales los Estados «podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes». Sin embargo, en el CP no se han recogido tales restricciones.

4ª).- El legislador utilizó una fórmula expansiva a la hora de criminalizar el discurso de odio, lo que se observa básicamente en dos cuestiones: 1ª).- Se introdujeron nuevos tipos penales, como la producción o la tenencia o difusión de documentos y material que puedan servir a los fines de incitación o de lesión de la dignidad; y también el enaltecimiento o justificación de cualquier delito que se hubiera cometido contra un grupo o persona y por motivación prejuiciosa. 2ª).- Se introducen nuevos motivos prejuiciosos como la identidad sexual.

⁴⁹ TERUEL LOZANO, G.M. “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo, de provocación al odio y a la violencia”. Indret 4/2015; p.32. PORTILLA CONTRERAS G, “La represión penal del discurso del odio” en Comentario a la reforma del CP de 2015 (Dir Quintero Olivares); Aranzadi, 2015,p 717. ALASTUEY DOBON C, obra citada 2022, pag.151

⁵⁰ QUINTERO OLIVARES, G. “Comentario a la reforma penal de 2015”. Thomson Reuters, Aranzadi. 2015. P 737

IV.- EL ART. 510 DEL CÓDIGO PENAL

4.1 Estructura del precepto

El art. 510 CP distingue seis diferentes tipos penales, que pueden agruparse de este modo:

-Los tipos básicos de base incitadora (incitación, promoción y fomento), al odio, hostilidad, violencia y discriminación a un grupo o persona por motivaciones discriminatorias e intolerantes, cuando las conductas se realicen públicamente (Art. 510.1a); en este grupo, se integrarían aquellas conductas cuyo objeto es el difundir materiales adecuados para llevar a cabo la conducta incitadora (510.1b); por último, conductas que niegan, trivializan o enaltecen delitos contra la comunidad internacional (510.1c). Los delitos integrados en este grupo llevan aparejada pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses.

-De otro lado -y siguiendo la misma estructura que el grupo anterior-, los tipos atenuados (de base injuriosa, en palabras de Landa⁵¹), conductas cuyo fundamento es lesionar la dignidad de las personas a través del menosprecio, humillación o descrédito de los colectivos protegidos y por la misma motivación discriminatoria (510.2a); conductas tendentes a difundir escritos y soportes de cualquier naturaleza propicios para llevar a cabo la anterior conducta lesiva (510.2a in fine); por último, una manera específica de lesión a la dignidad consistente en enaltecer o justificar delitos cometidos contra colectivos o personas por motivaciones discriminatorias (510.2b). La penalidad de estos tipos es de 6 meses a 2 años de prisión y multa de 6 a 12 meses.

Todos los tipos son susceptibles de dos agravaciones, una en función de la comisión de los hechos a través de medios de comunicación social, internet o usando tecnologías de la información, y otra en función de que se altere la paz pública o se cree un sentimiento de inseguridad en el colectivo discriminado (Art. 510.3 y 4).

Finaliza el precepto recogiendo dos previsiones comunes a todos los tipos: por un lado, la imposición obligatoria de una pena de inhabilitación especial para ejercer labor educativa; por otro, la destrucción de documentos o soportes a través de los que se cometió el delito, o la retirada de contenidos si se cometió a través de las nuevas

⁵¹ LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. “Los delitos de odio”; Tirant lo Blanch, Valencia 2018. Pag.65

tecnologías de la información y comunicación, e incluso el bloqueo de los portales de acceso a internet. (510.5 y 6).

4.2 Elementos comunes

4.2.1 Bien jurídico protegido.

El art 510 CP inicia la Sección del CP cuya rúbrica es «De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución». Tal ubicación indica que el objeto de protección del delito habrá de tener, al menos, la misma relevancia que los derechos cuyo ejercicio pueden llevar a la comisión del delito; y dado que estamos ante derechos fundamentales reconocidos en la CE (esencialmente, la libertad de expresión), el bien jurídico protegido deberá tener relevancia constitucional. Ahora bien, la amplitud conceptual de la rúbrica no aclara cuál es ese bien y aviva un debate que ya existía antes de la reforma.

Los puntos de confrontación doctrinal se centran en si estamos en presencia de un único bien jurídico o de varios, y si el bien jurídico protegido es de naturaleza individual o supraindividual.

Entre quienes defienden la existencia de un único bien jurídico, podemos citar a Cancio y a Díaz⁵² para quienes el bien jurídico es la igualdad, entendiendo estos autores que la misma es atacada cuando se agreden las características de identidad personal (raza, religión, sexo...) de cualquier ciudadano, y «aunque esas características no concuerden con las de identidades colectivas que históricamente han sido discriminadas». Para De Pablo⁵³, el bien jurídico es el honor entendiendo como tal la expectativa que todo ciudadano tiene de pertenecer con todos los derechos a una comunidad. Landa⁵⁴, por su parte, entiende que el bien jurídico protegido es la «seguridad existencial de colectivos vulnerables» y ello se debe a que el discurso de odio criminalizado lo que busca es enfrentar a unos grupos con otros y, en última instancia, acabar con tales grupos o excluirlos socialmente; para este autor, además, en función de la agresión odiosa que se produzca pueden resultar afectados otros bienes jurídicos individuales como la vida o la

⁵² CANCIO M. y DÍAZ J. A. ¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Pamplona. Aranzadi. (2019). P86

⁵³ DE PABLO, A.L. “Honor, injurias y calumnias”. Ediciones Universidad de Valladolid. 2018. P238.

⁵⁴ LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. Ob citada 2018. Pag.63.

integridad física. Para Portilla⁵⁵ hay un solo bien jurídico, aunque este es diferente según la conducta a enjuiciar: si la conducta tiene que ver con la violencia, el bien jurídico será la seguridad, y si tiene que ver con aspectos discriminatorios, el bien jurídico será la igualdad.

En cuanto a la existencia de una pluralidad de bienes jurídicos, tal posición es sostenida por Gómez Martín⁵⁶ quien considera como bienes jurídicos a proteger la igualdad (bien jurídico de naturaleza individual) y la protección de minorías vulnerables (de naturaleza colectiva). También Laurenzo⁵⁷ parte de la existencia de una duplicidad de bienes jurídicos: la no discriminación, bien individual, que se refiere al derecho a ser tratado como una persona igual al resto, y el modelo de convivencia reflejado en la CE, bien colectivo.

Aún existiría otro punto de debate y es si realmente existe en alguno de los tipos previstos en el art. 510 algún bien jurídico que proteger: En este sentido, Portilla⁵⁸ niega la existencia de bien jurídico protegido en el tipo penal de incitación al odio, pues para este autor tal conducta no constituye delito, sino «una excusa para reprimir la libertad de expresión». Entiendo que no anda descaminado Portilla, puesto que si el odio, y también la hostilidad, no son delitos ¿Cómo puede serlo la incitación al odio o a la hostilidad?

Para la FGE en su Circular 7/2019 citada, el bien jurídico es la dignidad; por ello tal Circular señala que para apreciar si estamos ante conductas típicas del art 510, ha de tenerse el trato desigual o discriminatorio, y además si existe «el desprecio a la dignidad intrínseca que todo ser humano posee por el mero hecho de serlo». Para dicho órgano, la dignidad tiene naturaleza supraindividual y, por ello el art. 510 se ubica entre los delitos contra la CE y no entre los delitos que protegen bienes jurídicos individuales.

⁵⁵ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “La represión penal del discurso de odio”, en Tratado de Derecho Penal Español, parte especial. Alvarez FJ. (dir). Manjón-Cabeza, A. (coord.). Tirant lo Blanch. Valencia 2016, p. 379-412.

⁵⁶ GOMEZ MARTIN, V. “Incitación al odio y género” en Revista electrónica de ciencia penal y criminología nº 18-20. 2016. Pag 12

⁵⁷ LAURENZO COPELLO, Patricia “La discriminación en el Código Penal”, en: Estudios Penales y Criminológicos (nº 19), 1996, p 235 y 241.

⁵⁸ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. La figura de la provocación al odio: una agresión a la libertad de expresión. Páginas 1 y 3. Consultado en <https://www.ficp.es/wp-content/uploads/Ponencia-Prof.-Portilla1.pdf> el 12-IV-2022.

Los Tribunales, en general, se decantan por entender como bien jurídico protegido, la dignidad humana. Así resulta de la STS 185/2019 citada que, aun referida a delito de enaltecimiento del terrorismo, su doctrina es aplicable al bien jurídico protegido en los delitos de odio con palabras; en ella se predicaba la dignidad como bien jurídico siempre que la acción se dirigiera contra personas o colectivos vulnerables. En igual sentido la SAP Madrid 656/2021 (ya referida, nota 34) en la que se indicaba que el bien jurídico es la dignidad, a la que considera cualidad inherente de las personas, subrayando el aspecto individual de dicho bien jurídico. Algunas resoluciones, como la SJP 3 de Valladolid 1/2022⁵⁹ (condenatoria de dos personas al proferir reiteradamente las expresiones «maricón, maricón de mierda» dirigidas al sujeto pasivo) consideran como bien jurídico la igualdad entendida desde una perspectiva no discriminatoria pues tiende a «proteger individuos pertenecientes a minorías vulnerables».

En mi opinión, y siguiendo a Tapia⁶⁰, el bien jurídico será la no discriminación, pero entendida esta desde una doble perspectiva: por un lado, la individual pues la acción típica recae sobre una persona que la sufre o bien sobre un colectivo integrado por un conjunto de personas que soportan, individualmente, la acción; y por otro lado, la perspectiva colectiva, conforme a la que las expresiones sancionables lo son por ir dirigidas a una persona o grupo con determinadas circunstancias discriminatorias grupales poniendo en riesgo la seguridad de ese grupo y, consecuentemente, el propio sistema de convivencia en el que se integra tal grupo.

4.2.2 Sujeto activo y pasivo:

En cuanto al sujeto activo estamos, en mi opinión, ante un delito común, por lo que cualquier persona podrá ser sujeto activo del delito. Esta posición se sustenta en la propia terminología usada por el art. 510 CP que utiliza la expresión genérica «quienes» para encabezar los diversos apartados del precepto. No es esta, sin embargo, la posición que sostiene la AP de Barcelona que en auto 419/2019⁶¹ exige como uno de los requisitos del delito que las manifestaciones sean proferidas «por un grupo o persona integrada en él cuyo posicionamiento ideológico sea menospreciar, humillar o

⁵⁹ SJP 3 de Valladolid 1/2022 de 10-I-2022. ECLI: ES:JP:2022:1

⁶⁰ TAPIA BALLESTEROS, Patricia. “El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un Caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación”. Pag 290. Consultado en [<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2021/07/Vol16N31A11.pdf>] el 6-V-2022.

⁶¹ AAP Barcelona (Sección 5ª), de 28-V-2019. ECLI:ES:APB:2019:4262A

desacreditar a otras personas o grupos» por razón de sus características (FJ 2º,párrafo 13).

Sin embargo, el resto de resoluciones, nada dicen en el sentido expuesto por la AP de Barcelona: en general, en tales resoluciones no hay una labor de análisis relativa a si el sujeto activo pertenece o no a un grupo dominante y ello, según entiendo, por considerar que no es éste requisito necesario del tipo. Y cuando este análisis existe, es contrario al expuesto por dicha AP: así en ATSJ Cataluña 72/2018⁶² se indicó que el motivo prejudicial (en ese caso era el ideológico) se encuentra en quien sufre la expresión odiosa, «con independencia de la que pueda ostentar el autor de la expresión».

Por lo que respecta al sujeto pasivo, comenzar diciendo que no cualquiera puede serlo, sino que el mismo es seleccionado, señala Abadías⁶³, «más por lo que representa, que por lo que es o por quién es»; esto significa que el sujeto activo escoge a su víctima porque ostenta características propias del grupo al que pertenece y al que aquél, por sus prejuicios, rechaza. Esta postura es importante para entender que en estos delitos de odio se habla en ocasiones de sujeto pasivo cuando en realidad nos referimos al objeto material del delito: así, será objeto material siempre, el grupo o colectivo agraviado o al que pertenece la persona agraviada; será sujeto pasivo la persona o personas sobre las que, individualmente, recae la conducta ofensiva.

El actual 510 CP ha ampliado el concepto de sujeto pasivo en relación con el existente antes de la reforma, y ello en doble sentido:

-Es sujeto pasivo un grupo, parte del grupo o persona perteneciente al mismo (la regulación anterior omitía a las personas individuales), los llamados colectivos diana⁶⁴

-Se amplían las características discriminatorias, que exceden igualmente de las previstas en la Decisión Marco de 2008 citada. Estas características son una lista cerrada de modo que no constituirá una conducta típica aquella en que se dirijan expresiones odiosas basadas en motivos ajenos a la misma, como la gerontofobia (animadversión a ancianos).

⁶² ATSJ Cataluña 72/2018 de 28-VI-2018. ECLI:ES:TSJCAT:2018:393A

⁶³ ABADIAS SELMA; A. “Hablo en castellano porque así parezco más malo”. En El odio como motivación criminal. Teijón M (Dir). 2022. P 114.

⁶⁴ LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena. Obra citada 2018. P 15.

El sujeto pasivo del delito de odio, debe pertenecer a un colectivo vulnerable, aunque no es esta la tesis que sostiene la Circular 7/2019 de la FGE cuando manifiesta que la incitación al odio hacia el colectivo nazi puede ser constitutiva de delito de odio. En mi opinión, tal tesis, sería sostenible si se considerase que el único bien jurídico protegido por el tipo es la igualdad, desprovista de cualquier otro aditamento (entonces cualquier persona o colectivo podría ser sujeto pasivo del delito de odio siempre que hubiera una motivación prejuiciosa prevista por el legislador, y dado que la ideología está entre el listado de motivaciones, un grupo de ideología nazi podría ser ese sujeto pasivo); ahora bien, considero que junto a la libertad aparece como objeto de protección el no ser discriminado y este bien jurídico tiene una naturaleza colectiva que afecta a grupos marginales, dominados o perseguidos, y un grupo nazi no puede considerarse como tal.

La jurisprudencia interpreta que el delito de odio del 510 CP se dará cuando los mensajes odiosos supongan un ataque «contra colectivos o personas especialmente vulnerables»⁶⁵. En igual sentido el AAP Barcelona 419/2019 (citado), señala que no cualquier persona o grupo puede ser sujeto pasivo, sino «sólo aquellos que pueden considerarse vulnerables».

Igualmente consideran que el sujeto pasivo debe ser una persona o grupo marginal o discriminado, determinados sectores doctrinales: Lorenzo⁶⁶ sostiene así que los delitos de odio tienen como fin el generar o mantener «situaciones de marginación de colectivos socialmente subordinados». Y en sentido similar García⁶⁷ para quien solo puede hablarse de delito de odio si el «sujeto pasivo pertenece a colectivos marginados».

4.2.3. Naturaleza jurídica.

El delito de odio se configura como un delito de peligro abstracto en el que no se exige que se produzca un resultado de peligro concreto, sino que la peligrosidad deriva de la conducta, de la acción realizada, y no del resultado; es decir, la propia actividad es generadora del peligro. La doctrina⁶⁸ muestra una posición concordante a la hora de entender que los delitos de odio con palabras son delitos de peligro abstracto. Lo dicho es válido para todos los tipos penales comprendidos en el art. 510 CP, salvo para el

⁶⁵ STS 646/2018, de 14-XII-2018 citada.

⁶⁶ LAURENZO CAPELLO, P. “La manipulación de los delitos de odio”, en Un juez para la democracia. Portilla/Velásquez (dir). Pomares/Fuentes (Coord). Dykinson 2019. P 463

⁶⁷ GARCIA ALVAREZ P. Ob citada 2022. P 66.

⁶⁸ ABADIAS SELMA, Alfredo. Obra citada 2022, pag 123.

delito regulado en el art 510.2.a, inciso primero del CP (lesión de la dignidad a través de acciones), que es un delito de resultado. En cuanto delitos de peligro abstracto, los delitos de odio revisten estas características:

-El delito se consuma aunque no haya resultado de peligro. Basta con la ejecución de la acción (emisión de expresiones constitutivas de discurso de odio), adelantándose, consecuentemente, la barrera de protección penal al momento de esa ejecución.

-La propia peligrosidad de la acción es lo que motiva su tipificación como delito; es decir, el peligro va anudado a la acción, no es su resultado; en los delitos de odio ese peligro son los propios mensajes que contienen el discurso de odio.

Además de ser delitos de peligro abstracto, los tipos penales del 510 CP se configuran como delitos dolosos en los que el sujeto activo actúa con la conciencia y voluntad de realizar la acción típica; se descarta la comisión imprudente de estos delitos dado que, conforme al art 12 CP, para que la comisión imprudente fuera constitutiva de delito debería estar expresamente prevista, lo que no sucede.

4.2.4 Elementos objetivo y subjetivo del tipo

Del análisis conjunto de las STS 72/2018⁶⁹, 396/2018⁷⁰ y STS 675/2020⁷¹, podemos afirmar que estos delitos se completan cuando concurren dos elementos:

-Uno objetivo (tipicidad objetiva): El mensaje contenedor del discurso de odio que por su gravedad provoca violencia, discriminación o humillación y menosprecio para quien lo recibe y para el colectivo al que pertenece y son hirientes «para los sentimientos comunes a la ciudadanía». Ejemplo de ello lo encontramos en SAP Madrid 421/2022⁷², condenatoria por proferir insultos a una persona, por su condición homosexual, que entrañan doble humillación: por un lado constituyen una «burla descarnada» hacia quien sufre el insulto, y por otro «estigmatizan sectariamente al colectivo homosexual».

-Otro subjetivo (Tipicidad subjetiva): la voluntad de emitir el mensaje conociendo el emisor su contenido odioso.

⁶⁹ STS 72/2018 de 9-II-2018. ECLI:ES:TS:2018:396 (sobre publicación en twitter de mensajes misóginos e incitadores al odio).

⁷⁰ STS 396/2018 de 9-II-2018. ECLI:ES:TS:2018:396 (sobre tweets expresivos de odio a las mujeres)

⁷¹ STS 675/2020 de 11-XII-2020 ECLI:ES:TS:2020:4283 (concierto del grupo Batallón de Castigo)

⁷² SAP Madrid (Sección 6ª) de 17-I-2022. ECLI:ES:APM:2022:421

En cuanto a esta tipicidad subjetiva, y dado que estamos ante un delito doloso, tanto las STS citadas como la Circular de la FGE señalan que es suficiente con el dolo básico consistente en que el sujeto activo conoce el contenido odioso del mensaje y tiene voluntad de emitirlo; no se requiere, por tanto, ningún dolo específico. Estas resoluciones sí que señalan que el dolo decae cuando se trata de expresiones «puntuales» o cuando se trata de una «reacción momentánea, no controlada por el sujeto». Entiendo que por ello el TS no apreció la circunstancia agravante del art. 22.4CP, por motivación ideológica en la STS que resolvió el llamado caso de los tirantes⁷³ (si bien no estamos ante un delito del art. 510 CP, la fundamentación de dicha STS es perfectamente aplicable a lo que estamos señalando); tal Sentencia señala (FJ3º) que, si bien al principio de la acción hubo insultos que reflejaban discriminación ideológica, en un momento posterior de la acción no constan tales insultos, por lo que no se aprecia continuidad en los mismos.

Desde la perspectiva subjetiva, se exige igualmente la presencia de un elemento normativo del tipo, y es el ánimo que mueve al sujeto activo a la emisión del mensaje odioso, ánimo que viene definido por la jurisprudencia⁷⁴ como animadversión hacia colectivos o hacia personas, pero no individualmente consideradas sino como parte del grupo que ostenta rasgos comunes, rasgos o características que mueven al sujeto pasivo, por su prejuicio a los mismos, a la comisión de la acción típica y que vienen listados en el art. 510 CP: «motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad». Nuevamente el legislador español expande el tipo penal en relación con los motivos previstos en la Decisión Marco de 2008, citada, en las que únicamente se hace referencia a «la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico».

A mi modo de ver, estas motivaciones pueden agruparse en bloques: En un primer bloque encontraríamos las motivaciones étnicas en general comprensivas de la etnia, la raza, las motivaciones racistas y antisemitas; en un segundo bloque las motivaciones relativas al sexo (sexo en sentido estricto basado en la pura biología; género, o roles tradicionalmente atribuidos a cada sexo; orientación sexual, referida a la atracción por

⁷³ STS 155/2022 de 22-II-2022. ECLI:ES:TS:2022:843

⁷⁴ STS 646/2018 citada (FJ Único)

uno u otro sexo, por ambos o por ninguno; e identidad sexual, para la protección de personas en las que su sexo biológico no se corresponde con su identidad sexual); un tercer bloque se correspondería con el concepto nación y en el mismo se incluirá junto con tal concepto el origen nacional, para referirnos al lugar de nacimiento o al de procedencia que, según señala la Circular 7/2019 de la FGE, no tiene por qué ser el mismo de la nación a que se pertenece. En el cuarto y último bloque entrarían el resto de motivos discriminatorios que son heterogéneos, aunque alguno de ellos podría formar parte de los otros bloques (la religión como motivo discriminatorio podría formar parte del bloque étnico, tal como señala Landa⁷⁵).

Quizá el motivo que más polémica genera es el de la ideología⁷⁶ y ello porque esta motivación es la que usan en ocasiones los partidos políticos para atacar al adversario o la que se usa para proteger a las instituciones de los discursos hirientes que pueden producirse contra las mismas.

En el ámbito político, se han producido hechos que han desembocado en denuncias de partidos y organizaciones políticas por la supuesta comisión de delitos de odio, y el TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la ideología como motivadora de tal delito, teniendo en cuenta fundamentalmente dos aspectos: si las expresiones constituyen realmente discurso de odio o bien son solo reflejo de la contienda política, y si los partidos políticos deben ser considerados como colectivos sujetos de la protección que otorga el art. 510 CP. Así, el ATS 31/2022⁷⁷ se refiere al archivo de la querrela por delito de odio ideológico presentada por VOX contra una Ministra del Gobierno que había llamado nazi a dicho partido; el TS fundamentó el archivo en dos razones, la primera que los hechos son más bien un insulto que demuestra un «inapropiado comportamiento de descalificación del adversario», y la segunda que el delito de odio tiene como sujeto pasivo un colectivo discriminado o marginado y no concurre tal circunstancia en un partido político.

Desde la perspectiva institucional, se ha utilizado la motivación ideológica para justificar un delito de odio cuando se han proferido determinadas expresiones contra instituciones del Estado: Ejemplo de ello es el llamado caso Alsasua en el que dos guardias civiles y sus parejas fueron agredidos e insultados en dicha localidad; el TS, no

⁷⁵ LANDA GOROSTIZA, JM. Obra citada 2018. P 15

⁷⁶ TAPIA BALLESTEROS P. Obra citada 2021 p.300. Califica a la ideología como Caballo de Troya infiltrado entre las causas de discriminación.

⁷⁷ ATS 31/2022 de 10-I-2022. ECLI:ES:TS:2022:31A

aplicó la agravante de odio ideológico del art. 22.4CP porque entiende que el motivo discriminatorio, en este caso la ideología, debe referirse a la víctima y en el caso no constaba la ideología de las mismas; además indicó que el sujeto pasivo debe ser un colectivo vulnerable, lo que desde luego no se da en el caso de la Guardia Civil.

4.2.5 La penalidad

Antes de la reforma operada por la LO 1/2015, los diversos tipos penales compresivos del discurso de odio criminalizado llevaban aparejada igual pena, de uno a tres años de prisión y multa de seis a doce meses, una pena elevada si pensamos que estábamos ante una acción incitadora y no ante el delito al que se incita, según señala Tapia.⁷⁸

Pues bien, con la reforma se han establecido dos penas diferentes (al margen de las posibles agravaciones): Una pena de 1 a 4 años de prisión para las conductas de base incitadora y una pena de 6 meses a 2 años de prisión para las conductas de base lesiva de la dignidad; para ambas se prevé igual multa, de 6 a 12 meses.

Estos límites máximos aún podrán ampliarse por razón de las circunstancias agravantes obrantes en los nº 3 y 4 del 510 CP, pudiendo llegar hasta los 6 años de prisión en el caso de las conductas de base incitadora (al poderse elevar la pena hasta la superior en grado).

Una primera apreciación respecto de la penalidad de las conductas es que se observa como el límite mínimo de un año de prisión concuerda con el que se establece en la Decisión Marco de 2008 citada, si bien el límite máximo excede, en cuanto a conductas de base incitadora, del establecido en dicha Decisión que es de tres años, aún cuando la misma se encarga de remarcar que estos tres años son «como mínimo».

Otra segunda cuestión a apreciarse es que pueda producirse una lesión al principio de proporcionalidad de las penas, como se indicará al analizar los tipos concretos.

4.3 Los diversos tipos

4.3.1 Primer tipo básico. Artículo 510.1 CP apartado a.

Se sanciona a «quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por

⁷⁸ TAPIA BALLESTEROS, P. Obra citada 2021. P 312.

motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad».

Respecto de la anterior regulación se aprecia que el verbo provocar se ha sustituido por fomentar, promover o incitar, de lo que resulta que cualquier relación que pudiera existir con la provocación del art. 18 CP desaparece y ello tiene como consecuencia que la conducta a la que se incita, o se promueve o fomenta, no tiene por qué ser constitutiva de delito (que sí es un requisito de la provocación). Además, el uso de esos tres verbos, fomentar promover o incitar, como definitorios de la acción, se presta a confusión pues tal como señala Andrés⁷⁹ son sinónimos y expresan la misma acción, impulsar a alguien para hacer algo, por lo que, para dicha autora, la acción típica sería únicamente la de incitar al odio, violencia, discriminación y hostilidad por los motivos ya reseñados. Otros autores⁸⁰ entienden que si bien existen similitudes entre las tres acciones, las expresiones fomentar y promover son actos de favorecimiento más indirectos. A mi modo de ver, el uso de estos verbos que son similares choca con el principio de seguridad jurídica que exige claridad y determinación conceptual.

El precepto admite tanto la incitación directa como la indirecta, lo que supone una expansión del tipo y se aparta de lo dispuesto en la STC 235/2007 citada, pues la misma solo justificaba la incitación indirecta cuando ésta «represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación»; sin embargo, el actual precepto no exige ningún plus adicional, no exige que se genere el peligro de crear un clima violento. Buen ejemplo de ello es la STS 675/2020 de 11-XII⁸¹ (en la que se enjuiciaba al grupo musical “Batallón de Castigo” que en un concierto había cantado sobre la supremacía de la raza blanca), en la que se indica, que da lo mismo que «la incitación al odio sea directa o indirecta», basta con que sea eficaz.

Se exige que la conducta para ser típica se realice públicamente, excluyéndose las conductas que se realicen en el ámbito privado pues las mismas no suponen lesión para

⁷⁹ ANDRES DOMINGUEZ, Ana C. “Los denominados delitos de odio: análisis dogmático y jurisprudencial”. En Estudios Penales y Criminológicos, vol. XLI (2021). P605

⁸⁰ GÓMEZ MARTÍN, “Comentarios al Código Penal”, en: CORCO/MIR (Dirs.) 2015, p. 1602

⁸¹ STS 675/2020 de 11-XII, ECLI: ES:TS:2020:4283

los bienes jurídicos protegidos: Así, el ATS 16459/2021⁸² archivó la causa contra una senadora de VOX por razón de expresiones emitidas en un chat privado del que formaba parte («vamos a tragar moros por cojones», ...), expresiones que accedieron a un foro digital. El TS consideró que, si bien esas expresiones podían tildarse de despectivas, las mismas se vierten en un chat privado compuesto por pocas personas y «cuyo destino no era su difusión a terceros».

Se sigue criminalizando la incitación al odio, pero además se introduce como delito la incitación a la hostilidad. Ambos conceptos no son estrictamente jurídicos (a diferencia de la violencia y la discriminación) y expresan sentimientos por lo que, en realidad, lo que se está sancionando penalmente es, en palabras de Portilla⁸³, la simple «gestación de antipatía hacia determinados colectivos», lo que es contrario a la libertad de expresión.

En definitiva, el nuevo artículo 510.1 a) tiene un alcance sancionatorio más amplio que el reflejado en la Decisión Marco 2008/913/JAI, observándose que la voluntad del legislador ha sido clara: eliminar aquellos elementos que pudieran servir de fundamento para restringir la aplicación del delito de incitación al odio, en favor de una interpretación expansiva del mismo.

4.3.2- Segundo tipo básico. Artículo 510.1 apartado b).

Se sanciona a «quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad».

⁸² ATS 16459/2021 de 14-XII-2021. ECLI:ES:TS:2021:16459A

⁸³ PORTILLA CONTRERAS, G. “El retorno de la censura y la caza de brujas de anarquistas”, en Miró, F. (Dir.) Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho Penal ante el odio y la radicalización en Internet, ed. Marcial Pons, Madrid, 2017. P96.

Este apartado tipifica conductas (que no tenían equivalente en el CP anterior a la reforma) destinadas a que puedan realizarse las conductas incitadoras previstas en el apartado anterior, es decir, conductas preparatorias de la incitación.

Tales conductas pueden agruparse en dos bloques: Uno se refiere a la transmisión de material que sirva a los fines incitadores (hacer llegar el material a terceros que lo utilizaran para incitar); el otro bloque se refiere a conductas tendentes a producir dicho material. La distinción no es baladí, puesto que las conductas del primer bloque serían la antesala de la incitación, mientras que las conductas del segundo bloque serían previas a las conductas del primero, es decir, serían la antesala de la antesala de la incitación, adelantándose doblemente la barrera de protección del Derecho Penal.

Entiendo que, por lo expuesto, el hecho de que las conductas descritas en este apartado y las conductas descritas en el apartado a) tengan la misma penalidad, quebranta el principio de proporcionalidad de la pena, pues las conductas del apartado b) tienen un menor desvalor de la acción y, en concreto, las conductas de producción del material se encuentran bien alejadas del delito que se pueda cometer como consecuencia de la incitación.

También se conculca el principio de proporcionalidad, según Roig⁸⁴, porque están sujetas a igual pena la distribución que ya ha llegado al público, que la distribución que no se ha efectuado y que, en consecuencia, no ha podido causar lesión jurídica; esta posición es combatida por Gascón Cuenca⁸⁵ para quien, al estar ante un delito de peligro abstracto, el mismo se completará al realizarse la conducta que el CP prevé, sin necesidad de resultado lesivo posterior. En esta materia, la FGE, en la Circular 7/2019 ya citada plantea una interpretación de carácter restrictivo, puesto que entiende que habrán de extremarse las cautelas en los casos de posesión de materiales para el fin de ser distribuidos; en estos supuestos no siempre deberá existir reproche penal, sino solo cuando «sea factible generar un clima de odio, hostilidad, discriminación o violencia contra determinados colectivos».

En relación con este precepto, el legislador se ha excedido a la hora de trasponer la Decisión Marco 2008/913/JAI a nuestro CP, y tal exceso se observa en dos cuestiones:

⁸⁴ ROIG TORRES, M. «Los delitos de racismo y discriminación». En Comentarios a la reforma del Código penal de 2015; González Cussac (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. P 1257.

⁸⁵ GASCON CUENCA A. La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español. CEFD nº 32. 2015. P.77

-En la Decisión se insta a los Estados a sancionar la incitación al odio y a la violencia realizada a través de la «difusión o reparto»⁸⁶, pero en dicha Decisión nada se dice sobre la elaboración o producción.

-La Decisión habla de incitación al odio y a la violencia realizada mediante la difusión o reparto de documentos...; es decir, considera la difusión como una modalidad de comisión del propio delito de incitación; sin embargo, nuestro legislador considera la difusión como acto previo a la incitación.

Es por ello por lo que Alastuey⁸⁷ señala que «la pretensión del legislador ha sido asegurar la criminalización de conductas que hasta el momento eran consideradas impunes por nuestros tribunales».

4.3.3 Tercer tipo básico. Artículo 510.1 apartado c).

Se sanciona a «quienes públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos».

Esta figura delictiva resucita la negación del genocidio y se corresponde con los apartados c) y d) del artículo 1 de la Decisión Marco 2008/913/JAI, aunque se aprecian diferencias con las previsiones de dicha Decisión, pues el nuevo apartado castiga, junto a la negación, el enaltecimiento, en lugar de la apología, a que alude la Decisión. Así mismo, la conducta de trivialización se califica en nuestra legislación como grave, en vez de flagrante, como hace la Decisión. Además, desaparece de nuestro CP el término justificación, lo que para Landa⁸⁸ resulta sorprendente pues con dicho término se expresa de forma más clara la «adhesión valorativa» al hecho criminal que se pretende justificar.

⁸⁶ Art. 1.1.b de la Decisión Marco 2009/913/JAI

⁸⁷ ALASTUEY DOBON, Carmen. “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en RECPC, nº 18-14, p. 23

⁸⁸ LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. Obra citada 2018. P 78.

Nuevamente, el legislador ha utilizado un criterio expansivo a la hora de trasponer la Decisión Marco a nuestro Código Penal: Así, en el CP el tipo se completa cuando la negación, trivialización grave o enaltecimiento de los delitos a que el precepto alude y de sus autores, promuevan o favorezcan un «clima de violencia» contra los grupos o personas especialmente protegidos; sin embargo, la Decisión Marco va más allá y exige un plus: que las conductas solo serán sancionables cuando, conforme al art. 1.1.c de la Decisión, «puedan incitar a la violencia o al odio» contra esas personas o grupos».

En relación con las conductas que el precepto sanciona debe precisarse que, siguiendo la Recomendación 15 ECRI, ya citada, enaltecer significa alabar o ensalzar a alguien; trivializar significa restar importancia a algo; y en cuanto a la negación, tal Recomendación la circunscribe al hecho del Holocausto y genocidio del pueblo judío durante la II Guerra Mundial.

La norma señala que el objeto de la negación, trivialización o enaltecimiento no es sólo el delito de genocidio (como antes de la reforma), sino los delitos de lesa humanidad y delitos contra personas y bienes en caso de conflicto armado, es decir, Derechos contra la Comunidad Internacional, delitos que habrán de entenderse en sentido técnico como aquellos que hayan sido ya sentenciados

El tipo exige también que las conductas y manifestaciones se lleven a cabo públicamente, lo que a mi modo de ver es una obviedad, pues de lo contrario sería complicado imaginar cómo se crea el clima de odio, hostil y violento que caracteriza a estos delitos.

Se ha reprochado⁸⁹ al precepto que se resucite el delito de negación del genocidio, que había sido expulsado ya del CP a través de la STC 235/2007, y aunque dicha Sentencia salvaba el delito de negación del genocidio si éste implicaba la generación de un clima de hostilidad y violencia (presupuesto recogido en el actual precepto), lo cierto es que considerar como delito la negación puede chocar con el derecho a la libertad de expresión dado que la conducta que simplemente niega el genocidio es incapaz por sí misma de generar un clima hostil, y sólo muestra una visión histórica falsa.

⁸⁹ GASCON CUENCA, A. Obra citada P.78-79.

Asimismo se ha reprochado al precepto⁹⁰ la utilización de términos de escasa concreción como la referencia al «clima», expresión que no respeta el principio de seguridad jurídica. La propia FGE, en su citada Circular, asume dicha posición cuando señala que tal concepto peca de indeterminación y por ello, lo que habrá de valorarse es si la conducta concurrente en cada caso puede generar «una situación objetiva de peligro o riesgo de que se puedan cometer actos de violencia, hostilidad, discriminación u odio».

4.3.4.- Primer y segundo tipo atenuado. Artículo 510.2 CP apartado a).

Se sanciona a «quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos»

Las conductas previstas en este apartado suponen un tipo atenuado de las enumeradas en los apartados a) y b) del 510.1 del CP, y encuentran su fundamento en el valor de la dignidad de las personas, considerada por la STC 53/1985⁹¹, como el núcleo sobre el que giran los derechos inherentes de las mismas.

Este apartado encierra dos tipos de conductas delictivas: El primero, contiene una infracción de resultado, no de riesgo abstracto, concretado en la lesión de la dignidad de las personas a través de acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito⁹². El segundo tipo de conductas se relaciona con la cadena de transmisión

⁹⁰ TAMARIT SUMALLA JM. : “Artículo 510”, en Quintero (Dir.)/Morales (Coord.): Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2016. p. 1669,

⁹¹ STC 53/1985 de 11-IV-1985 (BOE 18-V). ECLI:ES:TC:1985:53

⁹² STS 656/2007 de 17 de julio ECLI:ES:TS:2007:4936, define el descrédito como “disminución o pérdida de reputación de las personas o del valor y estima de las cosas”. El menosprecio equivale “a poco

(difusión en sentido estricto, y elaboración) de materiales y soportes que sean adecuados para llevar a efecto esa lesión de la dignidad; este segundo tipo de conductas deben considerarse como delitos de peligro abstracto para la dignidad de las personas, pues será suficiente que el material sea idóneo para la lesión del bien jurídico protegido, sin que ello suponga la distribución o facilitación efectiva de los materiales.

Ninguna de tales conductas se encuentra prevista en la Decisión Marco 2008/913/JAI, pero sí en la STC 235/2007 cuando en su FJ 5º señalaba que la libertad de expresión no puede amparar expresiones que impliquen humillación o menosprecio «a la dignidad de las personas por razón de determinadas condiciones o circunstancias personales, étnicas o sociales».

Considero que este apartado es contrario al principio de la proporcionalidad de las penas, y ello en un doble sentido:

-Por un lado se sancionan con la misma pena los dos tipos de conductas reguladas en el apartado, cuando lo cierto es que el contenido de lo injusto de ambas es diferente pues el primer tipo de conductas producen el resultado de la lesión de la dignidad, mientras que el segundo tipo de conductas (vinculadas a la cadena de difusión) no son más que un acto previo, preparatorio de esa lesión.

-Por otro lado, si comparamos el primero de los tipos de conducta regulado en este apartado con las conductas que sanciona el art. 510.1.a CP observamos que éstas últimas llevan aparejada mayor pena, cuando en realidad éstas conductas son simplemente incitadoras al odio, discriminación, violencia y hostilidad por motivos discriminatorios, sin que se exija que la incitación produzca un resultado; mientras que las conductas previstas en el art. 510.2.a, sí que producen un resultado, la lesión efectiva en la dignidad de las personas.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este tipo delictivo: En SAP de Madrid (Sección 6ª) 26/2022⁹³ se condenó a dos personas por proferir repetidamente expresiones de «marica, maricón, se estaba pajeando con su amigo» dirigidas hacia el sujeto pasivo. La AP de Madrid consideró que tales expresiones encerraban humillación y menosprecio y generaban una doble victimización: la burla descarnada hacia el sujeto

aprecio, poca estimación, desprecio o desdén”. Y humillación como “herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo”.

⁹³ SAP Madrid (Sec. 6) 26/2022 de 17-I-2022. ECLI:ES:APM:2022:421

pasivo y la estigmatización sectaria hacia un colectivo o sus integrantes por su orientación sexual. No apreció la existencia de este delito la STJ de Cataluña 1619/2022⁹⁴ que enjuició diversos comentarios como «Estoy en mi país y me quiere echar de mi país. ¿Tú quién eres? India de mierda», y consideró que los mismos no constituían delito y que sólo se incardinaban en conflictivas relaciones vecinales.

4.3.5- Tercer tipo atenuado. Artículo 510.2 CP apartado b).

Se sanciona a «quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución».

«Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos».

La finalidad de este apartado, en su primer párrafo, es dar cobertura penal al enaltecimiento o justificación de cualquier delito (salvo genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, cuyo enaltecimiento o justificación formará parte del tipo del apartado 1 c del 510 CP), cometido contra un grupo o personas pertenecientes al mismo por motivación discriminatoria.

Si bien existe una cierta similitud estructural entre lo previsto en este apartado y lo previsto en el apartado 1 c, existe diferencia entre ambos pues este último sanciona el enaltecimiento, trivialización o negación de los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, cuando «se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación» contra los colectivos protegidos por el tipo o contra persona integrante de los mismos; mientras que el apartado 2b, sanciona las conductas de enaltecimiento o justificación de otros delitos sin exigir que se favorezca ese clima.

⁹⁴ STJC 1619/2022 de 15-III-2022. ECLI:ES:TSJCAT:2022:1619

Bien es cierto que en el párrafo segundo del apartado existe una agravación de la pena privativa de libertad si el clima odioso, hostil, discriminatorio o violento se favorece, pero lo cierto es que el tipo general del precepto no exige tal circunstancia.

Considero que puede inducir a error la expresión utilizada de que el enaltecimiento o justificación se realice por cualquier medio de expresión pública o de difusión: Podría parecer que tal expresión se refiere a medios de comunicación como prensa, radio, redes sociales..., pero esta interpretación chocaría lo dispuesto en el propio art. 510.3 CP que agrava la pena si los hechos se ejecutan «a través de un medio de comunicación social, internet...»; por ello entiendo que tal expresión tendrá el mismo significado que la expresión «públicamente» a que se refiere el delito de incitación del art. 510.1.a, y que alude a que las expresiones se viertan ante una colectividad de personas (como charlas, conferencias, ...)

En todo caso, y a mi modo de ver, este apartado es otra buena prueba de que el legislador obró expansivamente en materia de delitos de odio, apartándose de lo dispuesto en la Decisión Marco 2008/913/JAI, puesto que en la misma no se contempla la sanción del enaltecimiento o justificación de delitos en general, sino únicamente de los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra.

Igualmente a mi entender, considero que se quiebra el principio de proporcionalidad de la pena, pues la sanción penal es la misma (cuatro años de prisión), para el delito previsto en el apartado 1.c de negación, trivialización o enaltecimiento de los crímenes contra la humanidad, que para el delito previsto en el párrafo segundo del apartado 2.b, de enaltecimiento o justificación de delitos en abstracto siempre que ese enaltecimiento o justificación promueven un clima hostil o violento. Considero que el reproche penal debería ser mayor para la primera de las conductas descritas porque los delitos concretos objeto del enaltecimiento o trivialización revisten una especial gravedad.

Considero asimismo que este tipo penal es un nuevo bofetón a la libertad de expresión pues lo que se sanciona es el enaltecimiento o justificación de cualquier delito (incluso los leves), cometido por motivación discriminatoria sin que se exija ningún aditamento como la incitación a la violencia o, al menos, la generación de un clima hostil.

4.3.6.- Primer tipo cualificado. Artículo 510.3

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

Dos son los elementos de este tipo cualificado:

-El primero de ellos hace referencia al medio utilizado para la difusión del mensaje odioso: medios de comunicación social, internet o cualesquiera de las tecnologías de la información; se establece por el legislador un catálogo de medios abierto lo que, en mi opinión, resulta adecuado dados los continuos y rápidos avances en estas tecnologías.

-El segundo, hace referencia a la accesibilidad del mensaje a un elevado número de personas. Determinar cuál será el número de personas que se considera elevado, será algo que los Tribunales habrán de fijar en el caso concreto y atendidas las circunstancias concurrentes (no será lo mismo emitir el mensaje por la red social Twitter que tiene millones de seguidores que por otra red local con un número de seguidores relativamente escaso). En cualquier caso, y tal como señala la Circular 7/2019 de la FGE lo importante no será el probar cuántas personas han leído el mensaje, sino el determinar «cuántas personas han podido acceder a su contenido».

Respecto de las redes sociales y tal como pone de manifiesto dicha Circular, debe señalarse que a través de las mismas puede aumentar el número de personas que difundan el mensaje, de modo que encontraremos la figura del emisor primario del mensaje y del emisor secundario o derivado, siendo todos ellos responsables penales pues el CP no hace distinción entre ambos tipos de emisores. Ejemplo de ello lo encontramos en la STS 185/2019⁹⁵ en la que se hace referencia a la emisión de mensajes vía twitter y en la que se señalaba que «la potencialidad de riesgo abstracto de las expresiones vertidas aparece del propio mensaje», y añade, «sin que afecte a ello el que éste sea retuiteado».

4.3.7- Segundo tipo cualificado. Artículo 510.4.

La agravación de la pena se produce en este caso «cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento

⁹⁵ STS 185/2019 de 2-IV-2019. ECLI:TS:2019:1070 (relativa a condena por enaltecimiento del terrorismo pero aplicable en la cuestión que nos ocupa).

de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo»; se impone la pena en su mitad superior, y podrá elevarse hasta la superior en grado.

Se discute si en esta agravación hay un desvalor de la acción o hay un desvalor del resultado: Para Vicente⁹⁶ existe mayor desvalor de resultado puesto que se exige que la paz pública se encuentre afectada; para Gómez⁹⁷, existe mayor desvalor de la acción, puesto que es suficiente, según la literalidad del precepto, «que la conducta sea idónea para alterar la paz pública o crear un sentimiento de inseguridad», pero no se exige que se haya producido la alteración o creado el sentimiento.

Con la utilización del concepto de paz pública se aparta el precepto de la Decisión Marco de 2008 que utiliza el concepto de orden público, conceptos que no son concordantes. El TC⁹⁸ delimita ambos conceptos al señalar que «orden público es la ordenación formal y material de la convivencia, y paz pública es el desarrollo de esta convivencia de forma pacífica»; de modo, que la alteración del desarrollo de la convivencia será el motivo de la agravación.

Por lo que respecta al uso de la expresión sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo como elemento de agravación, se plantea por algún autor⁹⁹ el problema de que al aplicar la agravación podrá generarse una cierta confusión entre las conductas incitadoras del apartado 1 del precepto y las conductas del apartado 2, y ello será debido a que lo que distingue unas de otras es que las primeras conductas se caracterizan por que incitan de forma directa o indirecta al odio, violencia, hostilidad o discriminación; pues bien, si a las conductas reguladas en el apartado 2 se les aplica la agravación por el sentimiento de inseguridad o temor, esa diferencia se difumina.

4.3.8 Disposición común del art. 510.5

«En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la

⁹⁶ DE VICENTE MARTINEZ, Rosario. «El discurso del odio». Valencia 2018. P 168

⁹⁷ GOMEZ MARTIN, V. “Comentarios al Código Penal Reforma LO 1/2015” Corcoy/Mir (Dir). Valencia 2015. P 1605

⁹⁸ STC 59/1990, de 29 de marzo, Fº Jº 4º; STC 305/1993, de 25 de octubre.

⁹⁹ GASCON CUENCA, Andrés. Ob citada. Pag.84.

gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente»

Introduce esta norma una pena que debe imponerse preceptivamente, que se acumula a la pena privativa de libertad y que consiste en una inhabilitación para la docencia en los ámbitos que el precepto señala. La pena encuentra su justificación en un principio que envuelve a todo el ordenamiento jurídico y que es el del beneficio del menor y su protección, pues son los menores los destinatarios del mensaje odioso o discriminatorio. Esta justificación fue la que llevó al Grupo Mixto a introducir una enmienda¹⁰⁰ en el proyecto de ley de reforma del CP en la que se aconsejaba otorgar protección cualificada de los menores para evitar, en esta materia, influencia en su desarrollo y formación.

Lo que se trata en definitiva con este precepto, a mi modo de ver, es el cercenar de raíz la posibilidad de que el condenado como autor de uno de los delitos incluidos en el art. 510, pueda servirse de la influencia que puede tener sobre menores, para imbuirles ideas discriminatorias o ejercer una labor de adoctrinamiento sobre los mismos.

Si bien este precepto parece acertado por lo expuesto, no todos los autores opinan igual; en este sentido para Portilla¹⁰¹ esta pena «aniquila la libertad de expresión» y es una manera de introducir la censura en este ámbito.

4.3.9 Disposición común del art. 510.6

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

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

¹⁰⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso. X Legislatura; proyectos de Ley, nº 66-2 de 10-XII-2014; p 73

¹⁰¹ PORTILLA CONTRERAS, G. «Retorno de la censura y caza de brujas anarquistas» Univ. De Jaén. 2017. P22

Las medidas previstas en este precepto no pueden quedar al arbitrio de lo que disponga el órgano judicial, sino que éste deberá acordarlas imperativamente cuando se den los supuestos previstos en el precepto; este carácter imperativo deriva del uso de los términos usados por el legislador «acordará y ordenará».

Si bien la medida puede parecer coherente al implicar la destrucción de elementos (tanto en soporte físico como digital) que sirvan para expandir el odio, no es una medida unánimemente aceptada y, de nuevo Portilla¹⁰² la rechaza de manera furibunda: «retorno a las hogueras, a la caza de brujas, ... irradia el hedor de los estados autoritarios, ...el mayor ataque a la libertad de expresión desde el franquismo».

No son muchos los supuestos en que los órganos judiciales han acordado este tipo de medidas; en concreto, la SJP nº 6 de Barcelona 108/2014¹⁰³ (condenatoria por delito de odio anterior a la reforma de 2015), dispuso el cierre de una página web de Facebook por el contenido nazi y genocida de la misma.

¹⁰² PORTILLA CONTRERAS, G. obra citada. 2017. P22

¹⁰³ SJP 6 de Barcelona nº 108/2014 de 11-III. ECLI:ES:JP:2014:144

V.- CONCLUSIONES

Primera: El legislador, apartándose de las propuestas doctrinales y jurisprudenciales, dio una nueva redacción al art. 510 CP que, en mi opinión, acota excesivamente el derecho de libertad de expresión, debido a la tendencia expansiva que se aprecia en el precepto, tendencia manifestada en una triple dirección:

-Se aumentan las conductas típicas, criminalizando, por ejemplo, la difusión y elaboración de documentos y soportes que sirvan de base a la incitación o a la lesión a la dignidad, así como el enaltecimiento o justificación de delitos de todo tipo cometidos por motivación prejuiciosa.

-Se aumentan los motivos discriminatorios, introduciéndose la nación, la identidad sexual y el género respecto de la regulación anterior.

-Se establecen límites a la posible interpretación por parte de los tribunales, definiendo aspectos que con la regulación anterior podían ser interpretados restrictivamente: así, antes de la reforma se entendía que la provocación al odio debía ser directa; con la reforma, el legislador ha dejado claro que la incitación puede ser tanto directa como indirecta.

Segunda: Considero que el actual precepto agrede principios esenciales del Derecho Penal, como el de intervención mínima o última ratio, al adelantarse sobremanera las barreras de protección de este derecho. Pensemos que el delito del 510.1 a, de incitación a o a la violencia, es considerado como un acto preparatorio de un posterior delito, una antesala del delito; pues bien, la difusión de documentos, por ejemplo, que sirvan a los fines de la incitación, aún estará más alejada de ese posterior delito que la propia incitación y no digamos de la producción de esos materiales, que terminarán por ser actos preparatorios de actos preparatorios.

Igualmente se vulneran los principios de taxatividad y de seguridad jurídica al utilizar conceptos como «hostilidad» o «sentimiento de inseguridad», de indudable indeterminación, lo que puede permitir una interpretación expansiva del precepto.

Tercera: Los argumentos que utilizó el legislador para justificar la reforma fueron dos: dar cumplimiento a lo previsto en STC 235/2007 y cumplir con los compromisos internacionales asumidos por España al firmar determinadas normas, en especial la Decisión Marco de 2008 citada.

Pues bien, ni lo uno ni lo otro:

En cuanto al cumplimiento de la STC referida, cabe señalar, por ejemplo, que la misma considera que la incitación indirecta, para que constituya delito, debe generar un clima hostil que pueda desembocar en actos violentos o discriminatorios; sin embargo, el art. 510.1 a nada dice sobre tal plus de exigencia.

En cuanto al cumplimiento de compromisos internacionales, es obvio que el legislador se ha excedido a la hora de trasponer tal Decisión pues en la misma nada se dice de criminalizar la producción de documentos que sirvan de soporte a la incitación; ni se señala que la incitación debe ser directa o indirecta sino únicamente pública; nada se dice del término hostilidad como algo a lo que incitar.

Cuarto: En mi opinión debería quedar más clara la figura del sujeto pasivo del delito y entender como tal únicamente a colectivos (o personas que pertenezcan a los mismos), marginados o discriminados.

En teoría, y ello lo pone de manifiesto la propia Circular de la FGE que analiza esta materia, cabría que una persona de ideología nazi fuera sujeto pasivo del delito, al ser agredida precisamente por razón de ese ideología; o cabría que varias mujeres agredieran verbalmente a un hombre por el único motivo de ser hombre y ser así sujeto pasivo de este delito. Ello es posible si consideramos que la piedra angular del delito de odio es el ánimo prejuicioso que mueve al sujeto activo (animus model), y que el bien jurídico protegido es la igualdad de todas las personas.

Ahora bien, entiendo que este no es el fundamento de los delitos de odio, sino que hay que buscarlo en sus orígenes, que es la opresión y represión de determinados colectivos dominados o marginados que han necesitado una especial protección; por esta razón, entiendo que no puede ser sujeto pasivo del delito esa persona de ideología nazi, porque el discurso de odio dirigido contra el mismo no pone en peligro el grupo al que pertenece; para proteger a esa persona ya están los tipos penales comunes (amenazas, injurias...), sin que sea necesario el plus de protección que otorga este tipo delictivo.

Quinto: La actual redacción del art. 510 CP es un reflejo de la intención del legislador de 2015 respecto del hate speech, y tal intención fue la de construir un arma en defensa de lo políticamente correcto, tratando de limitar lo máximo posible la libertad de expresión.

El actual legislador parece que camina en la misma dirección y buen ejemplo de ello son las propuestas en su momento formuladas por los grupos parlamentarios del PSOE y de Unidas Podemos para criminalizar como delito de odio la incitación contra las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo por su condición de tales o el enaltecimiento de este último. A mi entender (y partiendo de la base de que la época histórica a que las propuestas se refieren es deleznable y terrible, caracterizada por la muerte, represión y ausencia de libertades), y teniendo en cuenta que, como se ha expuesto, España no es una democracia militante, este tipo de delitos no deben tener cabida en el CP pues en última instancia suponen el tratar de acabar con el oponente ideológico a través del delito, y no de la confrontación política.

Séptima (a modo de propuesta): Atendidas las anteriores conclusiones y, en general, el contenido del trabajo, entiendo que el precepto debería ser más restrictivo y dejar margen a la libertad de expresión, para lo cual:

- En cuanto a la incitación debería ser pública y directa y únicamente a la comisión de delitos (acabando así con términos tan discutidos como el odio o la hostilidad), y dirigida no contra cualquier colectivo, sino únicamente contra colectivos discriminados o marginados (o personas pertenecientes a los mismos), siendo, además, relevante el ánimo prejudicioso del autor de la conducta.

- En cuanto a la difusión y elaboración de documentos y soportes destinados a llevar a efecto la conducta incitadora como la conducta lesiva a la dignidad, deberían descriminalizarse por tratarse de conductas alejadas del posible delito.

- En cuanto al enaltecimiento o justificación, y a fin de dar respuesta a los planteamientos del TC, sólo deberían criminalizarse cuando se refieran al genocidio y terrorismo y supongan una incitación, al menos indirecta, a cometer delitos, y no meramente a crear un clima violento u hostil como el precepto señala. Y en cuanto a la negación, debería despenalizarse en todo caso, pues no lleva aparejado el aspecto incitador. Por similar razón debería descriminalizarse el enaltecimiento o justificación de cualquier delito cometido (Art. 510.2b), y ello por dos razones: No se trata de uno de los delitos respecto de los que el TC permite el enaltecimiento o justificación (genocidio y terrorismo), y no se exige incitación indirecta a la comisión delictiva.

- Podría prescindirse de la circunstancia de agravación consistente en que los hechos creen un «grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo»,

pues en mi opinión la incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia, ya lleva implícita la sensación de temor o inseguridad entre quienes integran el grupo.

Bibliografía consultada:

ABADIAS SELMA, Alfredo. “Hablo en castellano porque así parezco más malo”. En El odio como motivación criminal Teijón (Dir). Wolters Kluwer. 2022

AGUILAR GARCIA, M.A. “La reforma del art.510 CP” Revista la Ley Digital nº 86. 2011.

AGUILAR GARCIA, Miguel Ángel, “Manual para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio” Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, 2015.

ALASTUEY DOBON, Carmen, “Consideraciones político criminales sobre el castigo del discurso del odio”, en “El odio como motivación criminal”, Teijón Alcalá (Dir.), Wolters Kluwer, 2022.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Opiniones constitucionales”, Indret, Revista para el análisis del derecho. 2018. Consultado en <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/05/1350.pdf>

ANDRES DOMINGUEZ, Ana C. “Los denominados delitos de odio: análisis dogmático y jurisprudencial”. En Estudios Penales y Criminológicos, vol. XLI (2021).

BERNAL DEL CASTILLO, J. “La discriminación en el Derecho Penal”. Comares, Granada, 1999

CAMARA ARROYO, Sergio “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso”, ADPCP , Vol LXX, 2017.

CANCIO M. y DÍAZ J. A. ¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Pamplona. Aranzadi. (2019).

Circular 7/2019 de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 del CP.

DE PABLO, A.L. “Honor, injurias y calumnias”. Ediciones Universidad de Valladolid. 2018.

DE VICENTE MARTINEZ, Rosario. «El discurso del odio». Valencia 2018.

DIAZ LOPEZ, Juan Alberto, “Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio” de 14 de marzo de 2018

GARCIA ALVAREZ, Pastora, “El efecto perverso de la recepción del fenómeno de los delitos de odio en el sistema penal español”, en “El odio como motivación criminal”, Teijón Alcalá (dir.), Wolters Kluwer, 2022.

GASCON CUENCA A. La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español. CEFD nº 32. 2015.

GÓMEZ MARTÍN, en: CORCOY VIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), Comentarios al Código Penal, 2015.

GÓMEZ MARTÍN, V.: «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 18-20, 2016.

GÜERRI FERNÁNDEZ, Carmen «La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso del odio en España», en In Dret, 1/2015,

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. “La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal” Comares, Granada 2001.

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, Zarautz, 1999.

LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena. “Los delitos de odio”. Tirant Lo Blanch, Valencia 2018.

LAURENZO COPELLO, Patricia “La discriminación en el Código Penal”, en: Estudios Penales y Criminológicos (nº 19), 1996.

LAURENZO CAPELLO, P. “La manipulación de los delitos de odio”, en Un juez para la democracia. Portilla/Velásquez (dir). Pomares/Fuentes (Coord). Dykinson 2019.

PORTILLA CONTRERAS, G. “El retorno de la censura y la caza de brujas de anarquistas”, en Miró, F. (Dir.) Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho Penal ante el odio y la radicalización en Internet, ed. Marcial Pons, Madrid, 2017.

PORTILLA CONTRERAS, “Guillermo. La figura de la provocación al odio: una agresión a la libertad de expresión”. Consultado en <https://www.ficp.es/wp-content/uploads/Ponencia-Prof.-Portilla1.pdf>

PORTILLA CONTRERAS G, “La represión penal del discurso del odio” en Comentario a la reforma del CP de 205 (Dir Quintero Olivares); Aranzadi, 2015

QUINTERO OLIVARES, G. “Comentario a la reforma penal de 2015”. Thomson Reuters, Aranzadi. 2015

RAMOS VAZQUEZ, J.A.; “La declaración de inconstitucionalidad del negacionismo”, 2019.En <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/11962/Declaraci%c3%b3n.pdf?sequence=2>

ROIG TORRES,M. «Los delitos de racismo y discriminación». En Comentarios a la reforma del Código penal de 2015; González Cussac (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

TAMARIT SUMALLA JM. : “Artículo 510”, en Quintero (Dir.)/Morales (Coord.): Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2016

TAPIA BALLESTEROS, Patricia. “El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un Caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación”. Consultado en [<http://politecrim.com/wp-content/uploads/2021/07/Vol16N31A11.pdf>]

TERUEL LOZANO, G.M. “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo, de provocación al odio y a la violencia”. Indret 4/2015

Fuentes Jurisprudenciales

Del TEDH

STEDH 8-julio-1999 Erdogdu e Ince contra Turquía.

STEDH 4-diciembre-2003 Müslüm Gündüz contra Turquía.

Del Tribunal Constitucional:

STC 53/1985 de 11-IV. ECLI:ES:TC:1985:53

STC 214/1991 de 11-XI; ECLI:ES:TC:1991:214

STC 235/2007 de 7-XI; ECLI:ES:TC:2007:235

STC 12/2008 de 29-I (BOE 52 de 29-II-2008).

STC 112/2016 20-VI. BOE 181 de 28-7-2016.

Del Tribunal Supremo:

ATS 16459/2021 de 14-XII. ECLI:ES:TS:2021:16459A

ATS 31/2022 de 10-I. ECLI:ES:TS:2022:31A

STS 656/2007 de 17 de julio ECLI:ES:TS:2007:4936

STS 2592011 de 12-IV. ECLI:ES:TS:2011:3386.

STS 4/2017 de 18-I. ECLI:ES:TS:2017:31.

STS 72/2018 de 9-II-2018. ECLI:ES:TS:2018:396

STS 95/2018 de 26-II. ECLI:ES:TS:2018:493

STS 396/2018 de 9-II-2018. ECLI:ES:TS:2018:396

STS 646/2018 de 14-XII. ECLI:ES:TS:2018:4133

STS 185/2019 de 2-IV. ECLI:ES:TS:2019:1070

STS 675/2020 de 11-XII ECLI:ES:TS:2020:4283

STS 155/2022 de 22-II. ECLI:ES:TS:2022:843

Otras resoluciones:

Auto AP Barcelona (Sección 5ª) 419/2019 de 28-V. ECLI:ES:APB:2019:4262A

Auto 631/2021 de la AP de Madrid (sección 2ª) de 1-VII; ECLI:ES:APM:2021:3302A.

Auto del TSJ Cataluña 72/2018 de 28-VI-2018

SAP Barcelona (Sección 5ª) de 29-6-2012 ECLI:ES:APB:2012:9580

SAP de Madrid (Sección 29) de 9-XII-2021, FJ 3º. ECLI:ES:APM:2021:15128

SAP Madrid (Sección 6ª) de 17-I-2022. ECLI:ES:APM:2022:421

SJP 6 de Barcelona nº 108/2014 de 11-III. ECLI:ES:JP:2014:144

SJP 3 de Valladolid 1/2022 de 10-I-2022. ECLI: ES:JP:2022:1

STJC 1619/2022 de 15-III-2022. ECLI:ES:TSJCAT:2022:1619