

LOS DENOMINADOS DELITOS DE ODIO¹: ANÁLISIS DOGMÁTICO Y TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL²

Ana Cristina Andrés Domínguez*

“... los delitos de “odio” simbolizan el desprecio por la libertad de expresión, creencia e ideología, que hubiera llevado a la hoguera la “Incitación al Nixonicidio y alabanza a la Revolución Chilena” y a Pablo Neruda a la cárcel”³.

Recibido: marzo 2021. Aceptado: mayo 2021

- 1 LANDA GOROSTIZA, J - M.: *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 23 y ss: “Frente a la denominación de normativa penal antidiscriminatoria o protectora del principio de igualdad la denominación “delitos de odio” y “discurso del odio” va ganando presencia social y mediática de una forma notoria. <...> Discurso del odio se contraponen así a delito de odio aunque éste último también se puede producir en forma de aquella parte del discurso del odio que es tan grave que acaba por criminalizarse. El discurso del odio, en la línea indicada, es el género y los delitos de odio vía propaganda, o que se materializan vía discurso (con “nudas” palabras), serían la especie. <...>, es la óptica de la libertad de expresión y la de sus eventuales límites la que pone el marco de discusión de hasta dónde puede llegar el ámbito del discurso libre en una sociedad democrática y cómo debe enfrentarse – y configurarse – el combate de discursos extremos para proteger a la democracia, a las minorías o a determinados colectivos y a la dignidad de las personas que los integran. Dentro por tanto del discurso de odio como género, habrá

Resumen: Uno de los derechos fundamentales de la persona, por el mero hecho de serlo, es la no discriminación por razón del nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. En nuestro Ordenamiento jurídico, el principal instrumento para la lucha contra la discriminación por móviles racistas, ideológicos, religiosos, lo constituye el artículo 510 del Código penal, modificado por la L. P. 1/2015, de 30 de marzo. En el presente estudio se analiza la compatibilidad del art. 510 con la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008 y la doctrina del Tribunal Constitucional, así como la aplicación que de los citados delitos efectúan la Jurisprudencia.

Palabras clave: no discriminación; aplicación jurisprudencial.

THE DENOMINATED HATE CRIMES: DOGMATIC ANALYSIS AND JURISPRUDENTIAL TREATMENT

Abstract: One of the fundamental rights of the person, by the mere fact of being one, is the non-discrimination based on birth, race, sex, religion, opinion or any other personal or social condition or circumstance. In our legal system, the main instrument for the fight against discrimination for racist, ideological, and religious motives is constituted by article 510 of the Penal Code, modified by L. P. 1/2015, of

una parte que puede ser susceptible de legítima criminalización siempre que se respete, según las diferentes tradiciones constitucionales, el contenido de los derechos fundamentales: particularmente, el de la libertad de expresión”.

2 Este trabajo se ha realizado en el seno del Proyecto de Investigación del Ministerio de ciencia, Innovación y Universidades, PID2019-107974RB-I00, “DERECHO PENAL Y DISTRIBUCIÓN DE LA RIQUEZA EN LA SOCIEDAD TECNOLÓGICA”.

* Profesora titular de Derecho Penal. ORCID: 0000-0003-2886-3070. Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos. Dirección Calle Don Juan de Austria s/n, 09001, Burgos. Email: acandres@ubu.es

3 PORTILLA CONTRERAS, G.: “La represión penal del “discurso del odio””, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (DIR), MANJÓN - CABEZA OLMEDA, A. / VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.) *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. IV Delitos contra la Constitución. Actualizado con las Leyes Orgánicas 1 y 2 /2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 381.

March 30. This study analyzes the compatibility of art. 510 with the Framework Decision 2008/913 / JAI of the Council of November 28, 2008 and the doctrine of the Constitutional Court, as well as the application of the aforementioned crimes by the Jurisprudence.
Keywords: non discrimination; legal application.

1. Introducción

Uno de los derechos fundamentales de la persona, por el mero hecho de serlo, es la no discriminación por razón del nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; complemento del mismo es el principio de igualdad que impide cualquier tipo de discriminación⁴. La no discriminación por móviles discriminatorios se encuentra recogida en todas las declaraciones de derechos fundamentales, tanto nacionales, como internacionales. A nivel interno, la Constitución Española de 1978 consagra, en su artículo 14, el principio de igualdad así como el derecho a la no discriminación⁵.

En el ámbito internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁶ recoge en su artículo 2 el

4 MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal P. E.*, 22ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2019 y 2/2019 con la colaboración de Carmen López Peregrín, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 7411: “ya que ni la raza, ni el nacimiento, ni el sexo, ni las creencias, etc..., pueden determinar diferente trato en las personas <...>. La condición humana aparece, pues, como un todo indivisible ante el Ordenamiento jurídico”.

5 “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón del nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

6 <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
PORTILLA CONTRERAS, G.: “La represión penal del “discurso del odio””, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR) *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, p. 718: “... primer texto que planteó la necesidad de proteger el derecho a la no discriminación a través de la discriminación efectiva y de la provocación a la misma...”.

derecho a la no discriminación⁷, reconociendo, a su vez, en el artículo 7, el principio de igualdad⁸. En el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales⁹, el mismo figura en su artículo 14¹⁰. Por su parte, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 21 de diciembre de 1965¹¹, condena “*toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación*”¹². Así mismo, el

7 “*Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía*”.

8 “*Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación*”.

9 https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

10 “*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*”.

En el ámbito europeo, es preciso destacar, así mismo, la Recomendación General n° 15 relativa a la lucha contra el Discurso del odio y Memorándum explicativo, adoptada por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia el 8 de diciembre de 2015 <https://rm.coe.int/cri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>

11 <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>

12 Artículo 4: “*y con este fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como*

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966¹³, declara prohibido por la ley, en su artículo 20.2, “*toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia*”.

Los distintos instrumentos internacionales acabados de citar permiten extraer una primera consideración. De su lectura parece deducirse que, en el Derecho internacional, la tendencia es reclamar la penalización de toda incitación directa a la discriminación y la violencia; no se solicita, por el contrario, la penalización de conductas que, únicamente, de una manera indirecta pueden desembocar en actos discriminatorios. Se busca la protección del derecho a la no discriminación a través de la prohibición de comportamientos lesivos o de comportamientos que se dirigen a incitar de manera directa a la discriminación o a la violencia con móviles discriminatorios. No se trata de penalizar el ejercicio de la libertad de expresión u opinión que sólo indirectamente pueda llegar a generar odio o animadversión hacia determinados colectivos¹⁴.

los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán entre otras las siguientes medidas: a. declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; b. declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley; c. No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella”.

13 <https://www.coe.int/es/web/compass/the-international-covenant-on-civil-and-political-rights>

14 En este sentido, PORTILLA CONTRERAS, G.: “La represión penal del “discurso del odio””, *ob. cit.*, p. 719: “No obstante, algún texto ha defendido la necesidad de ampliar las conductas (civiles, penales y administrativas) relacionadas con la discriminación a un ámbito previo a la

En nuestro Ordenamiento jurídico, el principal instrumento para la lucha contra el racismo, la xenofobia, la homofobia y, en general, cualquier discriminación basada en la ideología, religión, creencias, situación familiar, pertenencia a una raza o etnia, origen nacional, sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía lo constituye el artículo 510 del Código penal, cuyo precedente más inmediato es el art. 165 ter introducido en el Código penal de 1973 a través de la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo¹⁵. El precepto castiga la

misma provocación. En esta dirección se pronuncia la Recomendación núm. R (97) 20, sobre el “discurso del odio”, elaborada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y aprobada el 30 de octubre de 1997. En la misma se indica que el discurso del odio abarca “todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia <...>”. Eso sí, se reconoce que cualquier injerencia del Estado debe someterse a límites objetivos y control judicial. Pero, ulteriormente, la Recomendación de Política General núm. 7 de la Comisión Europea Contra el Racismo y la Intolerancia sobre la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial, de 13 de diciembre de 2002, retornó a la necesidad de sancionar exclusivamente la incitación pública a la violencia, al odio o a la discriminación, las injurias o la difamación públicas, o las amenazas contra una persona o un conjunto de personas, a causa de su raza, su color, su lengua, su religión, su nacionalidad o su origen nacional o étnico (apartado 18)”.

- 15 TAPIA BALLESTEROS, P.: “Art. 510”, en GÓMEZ TOMILLO, M. / JAVATO MARTÍN, A. (DIR) *Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo VI, Delitos contra la Constitución, el orden público. Delitos de Traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional. Delitos contra la Comunidad internacional. Arts. 472- 616 quáter*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, p. 183: “Esta regulación se fundamentó en la creciente ola de acontecimientos racistas y xenóforos que en nuestro país se produjeron en la década de los noventa, momento también en el que se consolidaron grupos organizados de ideología nacional socialista (tuvo especial importancia en la tipificación de este delito el caso de Violeta Friedman resuelto en STC 214/1991, de 11 de noviembre) (RTC 1991, 214)”; TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Art. 520”, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR), MORALES PRATS, F. (COORD) *Comentarios a la Parte Especial*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 1660: “La primera versión de lo que ha acabado siendo una amplia serie de tipos delictivos partió de una iniciativa

incitación a la discriminación, el odio o la violencia, reflejando –en cierto modo– la tesis que se ha ido imponiendo, paulatinamente, en diversas legislaciones de que la lucha penal contra la discriminación ha de llevarse a cabo, preferentemente, mediante la tipificación de conductas dirigidas a incitar a la violencia, la discriminación o el odio por móviles discriminatorios¹⁶. Esta técnica legislativa de tipificar conductas de incitación a la violencia, odio y discriminación se debe, en cierta medida, a la necesidad de cumplir con los compromisos internacionales asumidos por los distintos Estados en la lucha contra el racismo y la xenofobia¹⁷, y, se contrapone

parlamentaria del Grupo Popular, la cual recibió el respaldo prácticamente unánime de todos los grupos. En la exposición de motivos de la LO 4/1995, se justificaba la necesidad de la reforma aludiendo a la proliferación de episodios de violencia racista y antisemita protagonizados por grupos de ideología nazi y por la reaparición de prácticas genocidas en la guerra de Bosnia”.

- 16 En este sentido, GÓMEZ MARTÍN, V.: “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicación al discurso sexista”, en MIRÓ LLINARES, F. (DIR) *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 178: “Tal es el caso, por ejemplo, de algunos Estados pertenecientes a nuestro ámbito de cultura, como, por ejemplo, Francia, Alemania, Austria o Suiza. Así, por ejemplo, en el caso de *Francia* el art. 24.6 de la Ley sobre Libertad de Prensa de 1972 tipifica el delito de provocación a la violencia, la discriminación o el odio racial. Por lo que hace a *Alemania*, en el & 130.1 y 2 StGB se halla recogido el llamado delito de “incitación al odio” (*Aufstacheln zum HaB*). Por su parte, en el & 283.1 ÖStGB se tipifica el delito de provocación (*Verhetzung*). Por último, el delito de discriminación racial (*Rassendiskriminierung*) también se castiga como delito en *Suiza* a través del art. 261 bis del Código Penal suizo. Lo mismo sucede en otros países integrantes del ámbito anglosajón. Tal es el caso, por ejemplo, del Reino Unido”.
- 17 GÓMEZ MARTÍN, V.: “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicación al discurso sexista”, en *RECPC*, 18-20, 2016, pp. 3-4: “Particularmente importantes son, en este contexto, el art. 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); y el art. 1. a) de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas

a la técnica empleada en otros Estados que únicamente prevén supuestos de agravación de la pena para delitos cometidos por motivos discriminatorios, sin tipificación expresa de la incitación al odio. En la lucha contra la discriminación coexisten, pues, dos modelos: un modelo intervencionista, caracterizado por la tipificación de los delitos de incitación al odio, modelo por el que parece haber optado la normativa europea; y, un modelo de carácter más liberal, que prevé una agravación de la pena en los delitos comunes cometidos por motivos discriminatorios, modelo que predomina en los EEUU¹⁸.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ha llevado a cabo una profunda modificación del artículo 510 en el sentido, por un lado, de ampliar tanto las conductas típicas como los móviles discriminatorios que conducen a realizarlas, y, por otro, de fusionar este precepto con el tipo previsto en el anterior artículo 607. El nuevo

y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. De la lectura de ambos preceptos cabe extraer una conclusión común: <...>, ninguno de los dos instrumentos internacionales limita la discrecionalidad del legislador de los Estados hasta el punto de condicionar por completo el contenido de la correspondiente legislación interna”; TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Art. 520”, *ob. cit.*, p. 1663.

- 18 TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Art. 520”, *ob. cit.*, p. 1663; GÓMEZ MARTÍN, V.: “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicación al discurso sexista”, *ob. cit.*, p. 181: “Como puede comprobarse, la lucha penal contra la discriminación se construye sobre la base de una *doble precomprensión hermenéutica alternativa*. Por una parte, la *colectiva*, que persigue la evitación de situaciones de genocidio mediante la prohibición de conductas que podría provocar situaciones de antesala del mismo. Se corresponde con aquellas legislaciones que optan por reservar a la tipificación de conductas de incitación a la violencia, la discriminación o el odio el espacio central del sistema penal antixenofobo (Francia, Alemania, Austria, Suiza). Por otra, la *individual*, en la que el Derecho penal no es sino un instrumento de promoción de la igualdad. Es la representada por el modelo de agravación de la pena en caso de comisión del delito por motivos discriminatorios (Estados Unidos)”.

artículo 510¹⁹ regula conjuntamente, a la par que amplía, el ámbito típico de los delitos de incitación a la discriminación, al odio y a la violencia y de justificación del genocidio, e incorpora nuevos tipos penales²⁰. Se trata de una reforma que se caracteriza, en definitiva, por una expansión del ámbito de las conductas típicas, una expansión del Derecho penal que responde –como afirma TAMARIT SUMALLA²¹– “a una política criminal inspirada en una idea de “democracia militante”, auspiciada por grupos sociales que han venido exigiendo del Estado un compromiso más firme en la lucha contra los

19 PORTILLA CONTRERAS, G.: “La represión penal del “discurso del odio””, *ob. cit.*, p. 721: “...el Código Penal alemán ha sido el modelo empleado por el legislador español a la hora de configurar el delito del 510”.

20 ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *RECPC*, 18-14, 2016, p. 4: “Esta regulación, que ha sido calificada ya con toda la razón de “auténtico engendro penal”, resulta sencillamente incomprensible si se examina a la luz de la interpretación doctrinal de los preceptos derogados, de las propuestas de *lege ferenda* formuladas desde la crítica de los citados preceptos, así como de los criterios jurisprudenciales que comenzaban a asentarse al respecto. Y es que el legislador de 2015, prescindiendo por completo de estas consideraciones, al abordar la reforma de los delitos relativos al discurso del odio y al negacionismo ha ido en la dirección radicalmente opuesta a la que se venía demandando”; TERUEL LOZANO, G. M.: “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal”, en *InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, 4/2015, p. 32: “En una primera aproximación a la nueva redacción del art. 510 CP lo primero que llama la atención, si se logra superar la confusión que provoca su lectura, es que el legislador ha querido castigar de una forma más que exhaustiva toda forma de discurso del odio y negacionista identificando “discurso del odio” con “delito de odio””.

21 “Art. 520”, *ob. cit.*, p. 1661; ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *RECPC*, *ob. cit.*, p. 4: “Es indiscutible que sobre esta materia se aprecia desde hace tiempo en diversos textos internacionales de ámbito europeo una tendencia político criminal de carácter expansivo que ha encontrado reflejo en las legislaciones penales de varios países de nuestro entorno. Y tampoco puede negarse que el nuevo art. 510 CP es acorde con esta orientación”.

delitos de odio y discriminación y encuentra respaldo en la normativa de la Unión europea y en la evolución seguida por las legislaciones de otros Estados miembros”.

La modificación de la regulación de las conductas de incitación al odio y a la violencia encuentra su fundamento –según el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre– en un doble motivo. En primer lugar, adaptar la regulación, en relación con el delito de negación del genocidio, a las exigencias derivadas de la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, que *“impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías”*. En segundo lugar, ajustar la regulación de estas figuras a la Decisión Marco 2008/913/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre –*“que debe ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico”*²²– que exige el castigo por los Estados miembros de una serie de conductas relacionadas con delitos de carácter racista y xenófobo.

22 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S.: “Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación penal de la incitación al odio”, en MIRÓ LLINARES, F. (DIR) *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho Penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Madrid, 2017, pp. 155-156: “...uno se pregunta por qué una norma comunitaria en materia de racismo y xenofobia que había sido aprobada cinco años antes (tomando como referencia la fecha de envío del Proyecto de Ley Orgánica a las Cortes Generales, que fue septiembre de 2013) todavía no había sido “traspuesta” a nuestro Código Penal <...>, y más teniendo en cuenta que se aprobó otra reforma de gran calado en el año 2010 que se podría haber aprovechado para ello...”.

2. Las conductas típicas del artículo 510 del Código Penal

A) Las conductas típicas del artículo 510.1 del Código Penal

a) Art. 510. 1 a): “*Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad*”.

La redacción otorgada al apartado 1. a) del artículo 510 del Código penal por la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, suprime el término “provocar”, desapareciendo, así, cualquier atisbo de vinculación con la provocación como acto pre - ejecutivo punible definido en el artículo 18. 1 del Código penal²³, que tantos problemas había planteado en la doctrina científica.

El apartado primero a) del artículo 510 del Código penal tipifica ahora el fomentar, promover o incitar pública y directa o indirectamente a la discriminación, la violencia,

23 PORTILLA CONTRERAS, G.: “La represión penal del “discurso del odio””, *ob. cit.*, p. 388: “La razón espuria por la que el Código penal vigente hace desaparecer aquel término es que de realizarse una estricta interpretación, como acto preparatorio del artículo 18, sólo podrían castigarse supuestos de incitación directa al delito y entonces no podría sancionarse ni la incitación al odio (por no ser delito) ni el ensalzamiento, negación, justificación, incitación indirecta, fomento, promoción de estos delitos. Tales figuras quedarían fuera del ámbito penal si realmente se cree en el principio de legalidad”; en el mismo sentido, ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *RECPC, ob. cit.*, p. 16: “...la voluntad del legislador parece clara: su objetivo ha sido ampliar el ámbito de aplicación del precepto y evitar los posibles resquicios de interpretaciones restrictivas de su tenor literal”.

el odio o la hostilidad. Con esta tipificación el Código penal español se aparta, sin embargo, de lo demandado por la Decisión Marco 2008/913/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal²⁴, al ampliar la conducta objeto de sanción penal. En efecto, la citada Decisión Marco, teniendo en cuenta el hecho de que el racismo y la xenofobia “*son violaciones directas de los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, así como del Estado de Derecho*”²⁵, y, constituyen, al mismo tiempo, “*una amenaza contra los grupos de personas que son objeto de dicho comportamiento*”, estima necesario “*definir un enfoque penal del racismo y la xenofobia que sea común a la Unión Europea con el fin de que el mismo comportamiento constituya un delito en todos los Estados miembros y se establezcan sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias contra las personas físicas y jurídicas que cometan tales delitos o que sean responsables de los mismos*”²⁶. A tal fin, señala una serie de conductas que deben ser objeto de sanción por los Estados Miembros, entre ellas y, en primer lugar, la “*incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico*”²⁷. Sin embargo, el artículo 510. 1 a) del Código penal va más allá, y, extiende el castigo al fomento y la promoción, directa o indirecta, e incluye, junto a la discriminación, la violencia y el odio, un nuevo concepto: la hostilidad²⁸.

24 <https://www.boe.es/doue/2008/328/L00055-00058.pdf>

25 Considerando Primero de la Decisión Marco 2008/913/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre de 2008.

26 Considerando Quinto de la Decisión Marco 2008/913/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre de 2008.

27 Artículo 1. 1 a) de la Decisión Marco 2008/913/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre de 2008.

28 Para ROIG TORRES, M.: “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (DIR),

Con la nueva redacción se tipifican conductas, en principio, diversas; a saber, fomentar, promover o incitar pública y directa o indirectamente a la discriminación; fomentar, promover o incitar pública y directa o indirectamente a la violencia; fomentar, promover o incitar pública y directa o indirectamente al odio y fomentar, promover o incitar pública y directa o indirectamente a la hostilidad. Ahora bien, si se analiza detenidamente, los términos fomentar y promover son sinónimos –cuyo uso en la descripción típica genera gran confusión a la hora de delimitar el ámbito de aplicación del tipo, vulnerando claramente el principio de seguridad jurídica²⁹– que equivalen a impulsar, incitar³⁰; en consecuencia, las conductas típicas quedan circunscritas a la incitación pública, directa o indirecta, a la discriminación, la violencia, el odio o la hostilidad.

MATALLÍN EVANGELIO, A. / GORRIZ ROJO, C. (COORD) *Comentarios a la Reforma Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1209 - 1210: “Esta ampliación es coherente con el art. 20. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, donde se determina que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. Así mismo, sigue la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que excluye de la libertad de expresión la propagación de ideas que inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiesten a través del nacionalismo y “la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes” <...>”; igualmente, TAPIA BALLESTEROS, P.: “Art. 510”, *ob. cit.*, p. 186: “En principio, parece una modificación positiva...”.

29 Igualmente, TAPIA BALLESTEROS, P.: “Art. 510”, *ob. cit.*, p. 186.

30 En este sentido, ROIG TORRES, M.: “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)”, *ob. cit.*, p. 1210: “...fomentar y promover son términos equivalentes que significan impulsar, de forma similar al verbo incitar, por lo que su superposición resulta perturbadora...”; Para PORTILLA CONTRERAS, G.: “El retorno de la censura y la caza de brujas de anarquistas”, en MIRÓ LLINARES, F. (DIR) *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho Penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Madrid, 2017, p. 97, los supuestos de fomentar (sinónimo de promover) y promover (impulsar el desarrollo de una acción) son “participaciones impunes en tentativas”.

La incitación directa a la discriminación y a la violencia implica la puesta en peligro – la creación de un riesgo de lesión – del bien jurídico protegido de determinados colectivos; supone, por lo tanto, impulsar de manera directa a la realización de actos concretos de discriminación o de violencia contra colectivos determinados³¹.

Junto a la incitación directa, el artículo 510. 1 a) del Código penal tipifica también la incitación pública indirecta a la discriminación y a la violencia. La STC 235/2007, de 7 de noviembre³² –en relación con el delito de negación y justi-

31 GARROCHO SALCEDO, A. / PORTILLA CONTRERAS, G.: “Delitos de incitación al odio, la discriminación o la violencia”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (DIR), DOPICO GÓMEZ – ALLER, J. (COORD) *Estudio crítico al Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 934: “... debe mantenerse la incitación directa como expresión de un acto de provocación, ligada exclusivamente a la discriminación y violencia discriminatoria, siendo punibles la incitación directa a la comisión de uno de los delitos de discriminación –artículos 511 y 512– y la provocación de actos violentos con móviles discriminatorios <...>. Sólo así se respeta la doctrina del TEDH que, al interpretar que la libertad de expresión, no puede dar cobertura al “discurso del odio”, lo concibe como incitación directa a la violencia contra ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias”.

32 Sentencia que resuelve la Cuestión de inconstitucionalidad núm. 5152-2000, planteada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante Auto de 14 de septiembre por la posible colisión del art. 607, párrafo segundo, del Código penal 1995 –en la actualidad derogado– con el derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 20.1 CE. Sin embargo, el fallo no se limita sólo a declarar la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio; por el contrario, efectúa también un análisis del discurso del odio a la luz del art. 20 CE que incidía en la interpretación del art. 510 en su redacción anterior a la reforma de 2015 y hace que la misma deba ser tomada en consideración a la hora de efectuar una exégesis del art. 510 actual; en este sentido, ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *RECPC, ob. cit.*, p. 8; LANDA GOROSTIZA, J - M.: *Los delitos de odio, ob. cit.*, pp. 50 - 51: “... de la STC 235/2007 se derivan los criterios que pueden determinar qué discursos salgan de la zona libre y puedan ser legítimamente objeto de castigo penal sin que ello merezca reproche de inconstitucionalidad. Y dichos criterios son además los elementos “tendenciales” que permiten

ficación del genocidio— declara la constitucionalidad de la incitación indirecta siempre y cuando la misma “represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación”³³. Sin embargo, el Código penal sanciona la incitación indirecta a

configurar indirectamente los criterios materiales de la antijuridicidad de la conducta y orientar por tanto el sentido general de interpretación de los tipos penales <...>. El alcance de la STC 235/2007 va, sin duda, mucho más allá de la mera expulsión del ordenamiento penal del castigo de la nuda negación del genocidio e implica consecuencias interpretativas para el conjunto de la normativa de protección antixenófoba y antidiscriminatoria pero, particularmente, para todo el campo de los delitos de propaganda en esta materia entre los que el artículo 510 CP, sin duda ocupa un lugar central”.

- 33 Fundamento Jurídico nº 9 STC 235/2007, de 7 de noviembre: “... será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación. <...> resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP). Tal comprensión de la justificación pública del genocidio, y siempre con la reseñada cautela del respeto al contenido de la libertad ideológica, en cuanto comprensiva de la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas, permite la proporcionada intervención penal del Estado como última solución defensiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas protegidos, cuya directa afectación excluye la conducta justificativa del genocidio del ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), de manera que, interpretada en este sentido, la norma punitiva resulta, en este punto, conforme a la Constitución”.

la discriminación y a la violencia sin demandar requisito alguno, sin añadir ningún elemento dirigido a acotar el alcance del tipo; en ningún momento se exige que dicha conducta implique el riesgo de crear un clima de violencia que puede llegar a cristalizar en actos concretos de discriminación. En este sentido, el apartado primero a) del artículo 510 no respeta la línea emprendida por la citada sentencia³⁴ –y no se debe olvidar que uno de los fundamentos de la reforma, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica

Para ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *RECPC, ob. cit.*, pp. 28 - 29, “... resulta criticable la equiparación que realiza el Tribunal en sus conclusiones entre la incitación indirecta al genocidio y la provocación mediata a la discriminación, al odio o a la violencia. Si entendemos la justificación del genocidio como ensalzamiento del crimen y de su autor y exigimos, además, como hace el Tribunal, la intención de incitar indirectamente a su comisión, nos estamos refiriendo claramente a un supuesto de apología *strictu sensu*. El TC vendría a sí a declarar conforme a la Constitución, excepcionalmente, dada la gravedad del delito de genocidio, un supuesto de apología desvinculado de los requisitos de la provocación. Sin embargo, no quedaba claro si estaba haciendo referencia a un criterio distinto con la alusión a la justificación del genocidio que suponga una provocación al odio hacia determinados grupos. En mi opinión, podía considerarse que el TC no pretendió adelantar las barreras de la intervención penal a una fase previa a la apología del genocidio y, por tanto, que el art. 607.2 había de interpretarse como justificación del genocidio realizada con intención de incitar indirectamente a su comisión”.

- 34 En este sentido, PORTILLA CONTRERAS, G.: “El retorno de la censura y la caza de brujas de anarquistas”, *ob. cit.*, p. 97: “El tribunal admite la constitucionalidad de la incitación indirecta cuando la justificación o negación del delito genere o incremente el riesgo de lesión del bien jurídico, esto es, forje un peligro cierto de generar un clima de hostilidad que pueda desembocar en actos discriminatorios o violentos. Sin embargo, el CP actual no respeta ese límite...”; ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *RECPC, ob. cit.*, p. 17, califica de discutible “la punición de una incitación indirecta a la violencia o discriminación sin que se añada ningún elemento que permita limitar el alcance del tipo”. Por el contrario, lo estima plenamente congruente con la STC 235/2007, de 7 de noviembre, ROIG TORRES, M.: “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)”, *ob. cit.*, p. 1209.

1/2015, de 30 de marzo, es la interpretación que el Tribunal Constitucional efectúa, en la referida sentencia, del delito de negación y justificación del genocidio del suprimido artículo 607. 2 del Código penal– lo que permite plantear importantes dudas sobre su constitucionalidad.

Pero, sin duda, de las conductas tipificadas en este apartado primero a) del artículo 510 del Código penal, la que mayores críticas suscita es la relativa a la incitación pública, directa o indirecta, al odio y la hostilidad. El odio y la hostilidad³⁵ son actitudes o sentimientos que no representan un peligro relevante para los colectivos protegidos. El odio es simplemente un sentimiento que ni siquiera está vinculado a la realización de actos lesivos; incitar al odio es intentar generar una opinión de animadversión por medio de la opinión misma³⁶. Al castigarse la incitación directa o indirecta al odio y la hostilidad, se está sancionando con pena la mera creación de un sentimiento de antipatía o aversión fundado en motivos discriminatorios, sin ninguna capacidad para crear o

35 GARROCHO SALCEDO, A. / PORTILLA CONTRERAS, G.: “Delitos de incitación al odio, la discriminación o la violencia”, *ob. cit.*, p. 934: “... la hostilidad, interpretada como gestación de un contexto de abuso o de conductas de carácter agresivo por móviles discriminatorios, concuerda con el concepto de incitación al odio como proceso durante el que se engendra o incrementa la hostilidad hacia otros. Por esa razón consideramos que es un concepto superfluo”.

36 En este sentido, ALCÁCER GUIRAO, R.: “Discurso del odio y discurso político: en defensa de la libertad de los intolerantes”, en *RECPC*, 14 – 02, 2012, p. 17: “Lo que el legislador prohíbe no es sino la difusión de opiniones despectivas o desvalorativas acerca de determinados colectivos con la pretensión de convencer al auditorio para que comparta tales opiniones”; TERUEL LOZANO, G. M.: “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal”, *Indret (Revista para el análisis del Derecho)*, *ob. cit.*, p. 32: “Mientras que los actos de “violencia” y “discriminación” pueden interpretarse restrictivamente como actos delictivos, no ocurre lo mismo con el “odio” y tampoco con las “hostilidades”, términos vagos y que, además, en principio no tienen por qué implicar actos delictivos. Especialmente el acto de “odiar” no es un delito; incluso, no es ni siquiera un ilícito”.

incrementar el peligro de lesión del bien jurídico³⁷. El castigo de la incitación directa o indirecta al odio u hostilidad representa, en definitiva –y como afirma PORTILLA CONTRERAS– “la censura de opiniones, hechos, que podrían llegar a ser un germen de actos preparatorios relativos a la discriminación o violencia por móviles discriminatorios. En realidad, se está sancionando la gestación de antipatía hacia determinados colectivos porque en un futuro, cercano o no, puede generar condiciones tendentes a la incitación de comportamientos discriminatorios o violentos por móviles discriminatorios”³⁸. Se

37 GARROCHO SALCEDO, A. / PORTILLA CONTRERAS, G.: “Delitos de incitación al odio, la discriminación o la violencia”, *ob. cit.*, p. 933: “...la penalización del germen de una intención infringe los principios de lesividad, al no lesionar ni crear un peligro relevante para la dignidad, igualdad o seguridad, quebranta la libertad ideológica, de pensamiento, expresión y supone un retorno a un Derecho penal de autor”.

38 “El retorno de la censura y la caza de brujas de anarquistas”, *ob. cit.*, p. 96: “Cuando se sanciona como incitación al odio la emisión de opiniones que contienen cierta animadversión hacia determinado colectivo <...>, no se está sancionando la puesta en peligro de la igualdad o la seguridad del grupo sino el peligro de peligro abstracto para la igualdad y seguridad del grupo. Se está penando la presunta peligrosidad de ciertas expresiones y hechos que pueden llegar a ser asumidas por quienes, probablemente, pueden llegar a desencadenar una situación de riesgo para aquellos bienes, esto es, pueden potencialmente representar una puesta en peligro del derecho a no ser discriminado o de la seguridad de los grupos”. También considera rechazable el castigo de la incitación al odio y la hostilidad, ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *RECPC*, *ob. cit.*, pp. 17-18: “Es de lamentar que después de veinte años hayamos vuelto al punto de partida, y que tengamos la necesidad de plantearnos las mismas preguntas, a las que no conseguimos encontrar mejores respuestas: si nos preguntamos qué pretende evitar el legislador castigando incitaciones implícitas a que otros lleven a cabo actos o desarrollen sentimientos hostiles hacia determinados grupos de personas, la respuesta tiene que ser que su intención es impedir la creación de un “caldo de cultivo”, una “situación de crispación”, en definitiva, un clima favorable a la potencial realización de actos hostiles, violentos o discriminatorios hacia determinadas personas por razón de su pertenencia a ciertos grupos. Pero repárese en que no se castigan aquí esos actos de hostilidad, violencia o discriminación, que ya son sancionados en otros preceptos

produce una clara vulneración del derecho a la libertad de expresión, puesto que “*nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político*”³⁹.

La tipificación de esta conducta vulnera no solo el derecho fundamental a la libertad de expresión, sino, también, los principios más básicos y fundamentales del Derecho penal, en especial, los principios de intervención mínima y de lesividad, ya que se han elevado a la categoría de delito conductas que ni siquiera implican una puesta en peligro del bien jurídico, dando lugar a un adelantamiento excesivo de las barreras de protección penal⁴⁰. Pero la crítica no solo se

del Código (delitos contra el honor, contra la integridad moral, lesiones, denegación de prestaciones, etc.), y ni siquiera se castiga la creación del clima que pueda favorecer esos actos –por la sencilla razón de que una incitación individual no puede crearlo, a no ser que el contexto social sea propicio–, sino que es objeto de intervención penal la mera promoción del clima o, dicho de otra manera, la antesala del clima. En consecuencia, podemos afirmar que los tan criticados “delitos clima” entran en nuestra legislación penal, y sin ningún criterio restrictivo que los compense”; LAURENZO COPELO, P.: “La manipulación de los delitos de odio”, en PORTILLA CONTRERAS, G. /VELASQUEZ VELASQUEZ, F. (DIR), POMARES CINTAS E. / FUENTES OSORIO, J. L. (COORD), *Un juez para la democracia: Libro homenaje a Perfecto Andrés Dykinson*, Madrid 2019, p. 458: “... estamos asistiendo al renacer de la censura <...> bajo el paraguas de los delitos de odio...”.

Por el contrario, para ROIG TORRES, M.: “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)”, *ob. cit.*, p. 1210, la tipificación de la incitación directa o indirecta a la hostilidad se adecúa a la STC 235/2007, siempre y cuando sea idónea “para provocar actuaciones discriminatorias”.

39 Fundamento Jurídico nº 6 STC 235/2007, de 7 de noviembre.

40 PORTILLA CONTRERAS, G.: “La represión penal del “discurso del odio””, *ob. cit.*, p. 387: “... se convierte en delito autónomo lo que no son más que actos preparatorios de delitos, actos preparatorios de sentimientos y otros actos de complicidad en delitos y sentimientos sin inicio de la tentativa que no llegan a la categoría de actos preparatorios”;

dirige a las conductas tipificadas en el artículo 510. 1 a) del Código penal, sino que la misma se extiende a la pena señalada en el precepto; se castigan con la misma sanción comportamientos de distinta naturaleza y con distintos niveles de ofensividad, lesionando así el principio de proporcionalidad.

En definitiva, el apartado primero a) del artículo 510 del Código penal suscita muchas e importantes dudas sobre su constitucionalidad⁴¹, por cuanto el mismo colisiona con el derecho fundamental a la libertad de expresión, así como con los principios fundamentales del Derecho penal –tanto en relación con la tipificación de las conductas como con la determinación de la pena– como son los principios de intervención mínima, lesividad, taxatividad o proporcionalidad⁴².

En el mismo sentido, ALCÁCER GUIRAO, R.: “Discurso del odio y discurso político: en defensa de la libertad de los intolerantes”, en *RECPC*, *ob. cit.*, p. 17: “... con la sanción penal de la mera incitación al odio cualquier exigencia mínima de lesividad se diluye: estaríamos, por expresarlo gráficamente, ante la prohibición de realizar actos preparatorios de un acto preparatorio, de modo que no se justificaría la necesidad de la restricción de libertad”.

- 41 ALCÁCER GUIRAO, R.: “Discurso del odio y discurso político: en defensa de la libertad de los intolerantes”, en *RECPC*, *ob. cit.*, p. 18: “... el precepto no satisfaría el test constitucional de proporcionalidad, por cuanto la amplitud con que aparece recogida la descripción de lo prohibido es susceptible de generar un *efecto desaliento* sobre el ejercicio protegido de la libertad de expresión. El efecto desaliento –*chilling effect*– <...>, constituye un parámetro de control de la proporcionalidad de una norma en la limitación de un derecho fundamental –y, por tanto, de su constitucionalidad–. El efecto desaliento –particularmente asociado a la libertad de expresión–, parte de la vertiente institucional de los derechos fundamentales y del consiguiente fomento de los mismos, y se plantea si una determinada regulación legal, ya por su vaguedad, ya por su amplitud aplicativa, puede disuadir o desalentar el ejercicio de un derecho fundamental. No se trata de si la norma prohíbe ya conductas protegidas por el derecho fundamental, sino de que, al abarcar la norma conductas *muy próximas* al ámbito protegido por el derecho – o al permitir su indeterminación que un órgano judicial así la interprete –, puede desalentar el ejercicio mismo”.
- 42 Entre otros, ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *RECPC*, *ob. cit.*,

b) Art. 510. 1 b): “*Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad*”.

El apartado primero b) del artículo 510 del Código penal recoge una serie de conductas –carentes de precedente en el texto anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo– dirigidas a la realización del comportamiento descrito en el apartado primero a). Se castiga la venta, distribución y difusión de escritos, materiales o soportes idóneos para fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia⁴³. Ahora bien, la intervención penal no se limita exclusivamente a la venta o distribución, sino que se adelanta al momento mismo de la producción, elaboración e, incluso, la posesión con la finalidad de distribución o facilitación del

p. 23: “...ahora existen, más que nunca, sólidas razones para dudar de la constitucionalidad del precepto”.

43 TERUEL LOZANO, G. M.: “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal”, en *InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, ob. cit., p. 33: “Lo que no exige el tipo es que se tenga que hacer de forma “pública”, sino que puede tratarse de actos de distribución privados, es decir, por medios de acceso restringido y entre un grupo limitado de personas. Este dato es relevante ya que es precisamente la “publicidad”, como capacidad de que un elevado número de personas tenga acceso al mensaje incitador, aquello que dota de una cierta peligrosidad y que justifica el contenido de injusto a las figuras delictivas de provocación”.

material a terceros⁴⁴. El precepto declara punibles, pues, actos preparatorios de otros actos preparatorios, dando lugar a un adelantamiento excesivo de las barreras de protección⁴⁵.

El apartado primero b) del artículo 510 del Código penal excede –como ya ocurriera en relación con la conducta tipificada en el artículo 510. 1. a)– de lo previsto en la Decisión Marco 207/913/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre, en dos aspectos distintos. En primer lugar, la Decisión Marco insta a los Estados miembros a castigar la incitación pública al odio y la violencia realizada “*mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales*”⁴⁶, de manera que la difusión de escritos, imágenes u otro tipo de material es considerada, en la normativa europea, como una modalidad comisiva de incitación pública a la violencia. Por el contrario, en el artículo 510. 1 b) del Código penal, la difusión de escritos, imágenes o cualquier otro tipo de material o soporte idóneo para promover, favorecer o incitar directa o indirectamente a la discriminación, violencia, odio u hostilidad, constituye una conducta anterior punible⁴⁷, no un medio de comisión del delito previsto en la letra a) del mismo apartado. En segundo lugar, la Decisión Marco solo se refiere a la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales; en ningún caso habla de la producción, elaboración o posesión con la finalidad de distribución, conductas que –por el contrario– el

44 TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Art. 520”, *ob. cit.*, pp. 1665-1666: “... la LO 1/2015 ha creado un nuevo tipo delictivo que supone todavía un mayor adelantamiento respecto de los hechos típicos descritos en la letra anterior”.

45 Igualmente, entre otros, TAPIA BALLESTEROS, P.: “Art. 510”, *ob. cit.*, p. 187.

46 Artículo 1. 1 b) Decisión Marco 2008/913/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre de 2008.

47 ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *RECPC, ob. cit.*, p. 23: “... una conducta anterior, idónea para que esa incitación tenga lugar”.

apartado primero b) del artículo 510 del Código penal declara punibles⁴⁸.

A todo ello hay que añadir que el precepto tampoco respeta lo manifestado en la STC 235/2007, de 7 de noviembre. En efecto, en esta resolución, el Tribunal Constitucional declara que *“el art. 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas. Consecuencia directa del contenido institucional de la libre difusión de ideas y opiniones es que <...>, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues ‘así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe ‘sociedad democrática’. <...> nuestro ordenamiento constitucional se*

48 GÓMEZ MARTÍN, V.: “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicación al discurso sexista”, en *RECPC, ob. cit.*, p. 13: “Con el nuevo apartado tendrán un más cómodo encaje en este apartado, por ejemplo, supuestos como los de las Librerías Europa y Kalki, que antes de la reforma sólo podían subsumirse (aunque forzosamente) en los arts. 510. 1 (antecedente del actual art. 510. 1 a) CP y 607. 2 (antecedente del actual art. 510. 1 c) CP”); ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *RECPC, ob. cit.*, p. 23: “De nuevo, la pretensión del legislador ha sido asegurar la criminalización de conductas que hasta el momento eran consideradas impunes por nuestros tribunales, al entender que no reunían los requisitos típicos del art. 510. 1 de acuerdo con la exégesis restrictiva del tipo que venía realizándose”.

sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional. Como se sabe, en nuestro sistema –a diferencia de otros de nuestro entorno– no tiene cabida un modelo de «democracia militante», esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. <...> el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución <...> a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional”⁴⁹. En definitiva, entiende el Tribunal Constitucional que el derecho a la libertad de expresión e ideológica ampara las meras opiniones subjetivas e ideológicas sobre acontecimientos históricos “por probables o tergiversadas que sean”.

Sin embargo, entre las conductas que el artículo 510. 1 b) del Código penal declara punibles figura la producción, elaboración y posesión con la finalidad de distribución, previsión que permite considerar punibles comportamientos como los del editor, el librero o el director de una publicación que se limitan a difundir comentarios a favor de actividades discriminatorias realizadas por un tercero, o, a publicar libros o revistas donde se recogen alabanzas, ideas y opiniones favorables hacia dichas conductas discriminadoras⁵⁰. En ningún momento se requiere la adhesión al contenido del mensaje que se refleja en los textos, sino que se les castiga, única y exclusivamente, por actuar conforme a su profesión⁵¹. Se

49 Fundamento Jurídico nº 4 STC 235/2007, de 7 de noviembre.

50 En este sentido, PORTILLA CONTRERAS, G.: “La represión penal del “discurso del odio””, *ob. cit.*, p. 402: “... actuaciones que hoy día resultaban impunes, salvo que los autores se identificaran expresamente con los delitos cometidos, con la aprobación del nuevo texto penal dejan de serlo”.

51 Así, ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *RECPC*, *ob. cit.*, p. 24.

castiga la mera publicación o reproducción de un escrito con vocación discriminatoria sin que se haya asumido su contenido, su posesión con el fin de difundirlo, conductas previas a la difusión o venta que implican un peligro de lesión infinitamente menor que estas últimas. Se produce, en definitiva, una clara vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión, olvidando de nuevo que la STC 235/2007, de 7 de noviembre, consagra la imposibilidad de tipificar como delito la simple transmisión de ideas por muy execrables que sean⁵².

A la vulneración del artículo 20 CE, hay que añadir la clara infracción de principios básicos de Derecho penal –en concreto, el principio de proporcionalidad de las penas– en la que incurre este precepto. En efecto, el artículo 510. 1 del Código penal castiga la conducta tipificada en el apartado b) con la misma pena que la conducta prevista en el apartado a) –prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses⁵³;

52 Fundamento Jurídico nº 4 STC 235/2007, de 7 de noviembre: “*El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas*” y Fundamento Jurídico nº 6 STC 237/2007, de 7 de noviembre. En el mismo sentido, TAPIA BALLESTEROS, P.: “Art. 510”, *ob. cit.*, p. 187; ROIG TORRES, M.: “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)”, *ob. cit.*, p. 1213: “... la conducta punible se encuentra en una fase anterior a lo que el Tribunal Constitucional consideró como punto de arranque para poder castigar penalmente en la regulación anterior”; PORTILLA CONTRERAS, G.: “El retorno de la censura y la caza de brujas de anarquistas”, *ob. cit.*, p. 99: “... este precepto es un emblema de la censura, no sólo criticable por la inseguridad de sus fundamentos, su imprecisa delimitación y la utilización de demasiados conceptos indeterminados que sancionan participaciones no delictivas sino por presentar uno de los mayores ataques a la libertad de expresión que se conocen”.

53 ROIG TORRES, M.: “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)”, *ob. cit.*, p. 1212: “De hecho, en el Anteproyecto se aplicaba a estas conductas una penalidad inferior a la prevista en la letra anterior (prisión de seis meses a dos años y multa de seis a 12

se ha previsto idéntica sanción para las conductas de fomento, promoción o incitación directa o indirecta a la discriminación, violencia, odio y hostilidad, que para las relativas a la venta, distribución, producción, elaboración o posesión para la difusión de escritos, materiales o soportes idóneos para fomentar, promover o incitar directa o indirectamente a la discriminación, la violencia, el odio y la hostilidad⁵⁴. Se considera, pues, equiparable a efectos de pena la conducta de incitar al odio, la discriminación o la violencia, con la relativa a producir, poseer o difundir materiales siempre que sean idóneos para dar lugar a dicha incitación⁵⁵. La infracción del

meses). Sin embargo, esta previsión se cambió a raíz del informe del Consejo General al Anteproyecto, donde recomendaba incluir en el apartado 1 esta disposición, que en el texto original figuraba en el apartado 2, donde se sancionaba con una pena menor. A su juicio, “al menos, los comportamientos consistentes en la efectiva distribución, venta, difusión o facilitación a terceros de los materiales o soportes deben ser sancionados como lo que en realidad son: actos que fomentan, promueven o incitan al odio, la hostilidad, violencia o discriminación o, en su caso, lesionan la dignidad personal”⁵⁴.

- 54 PORTILLA CONTRERAS, G.: “El retorno de la censura y la caza de brujas de anarquistas”, *ob. cit.*, p. 97: “Se equipara la creación de un peligro abstracto para la igualdad o seguridad de los grupos con la capacidad potencial para poner en peligro abstracto tales bienes jurídicos”.
- 55 TERUEL LOZANO, G. M.: “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal”, en *InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, *ob. cit.*, pp. 33 - 34: “La diferencia no es baladí: el castigo de las conductas de la letra a) requerirá el enjuiciamiento en concreto de la conducta provocadora, es decir, del discurso en cuestión, para comprobar que *efectivamente* se haya provocado al odio o a la violencia. Es un delito que se consume con la “mera conducta” y no exige un resultado, pero esa conducta al menos requiere que públicamente se haya provocado al odio o a la violencia. No ocurre lo mismo con la figura castigada en la letra b), donde también se recoge un delito de mera conducta pero, a diferencia del anterior, bastará con que el material difundido o producido *potencialmente* sea susceptible de provocar al odio o a la violencia. Por eso se habla en este caso de “idoneidad” por su contenido”. En opinión de PORTILLA CONTRERAS “solo tendría sentido aplicar la misma sanción si, eludiendo el principio de legalidad, se interpreta que el apartado 1^a, b) del 510, es una modalidad expresa y

principio de proporcionalidad⁵⁶, tiene lugar de nuevo dentro del mismo apartado 1 b), ya que se sancionan con igual pena comportamientos distintos y con diverso grado de lesividad como son la venta, difusión y distribución de materiales o soportes idóneos para fomentar, promover o incitar directa o indirectamente a la discriminación, violencia, odio y hostilidad, por un lado, y la producción, elaboración y posesión con la finalidad de distribuir de materiales o soportes idóneos para fomentar, promover o incitar directa o indirectamente a la discriminación, violencia, odio y hostilidad, por otro⁵⁷.

La conclusión a la que conduce este apartado es idéntica a la que se ha llegado al analizar el apartado primero a) del artículo 510 Cp: El apartado primero b) vulnera claramente el derecho a la libertad de expresión así como principios esenciales del Derecho penal⁵⁸, planteando las mismas dudas sobre su inconstitucionalidad.

c) Art. 510 I. c): “Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por

concreta del 1º, a). <...> De sostenerse que las figuras del 510, 1º, b), están contenidas en la letra a), del núm. 1 del art. 510, sería una previsión superflua...”, “La represión penal del “discurso del odio””, *ob. cit.*, pp. 401 - 402.

56 TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Art. 520”, *ob. cit.*, p. 1665: “En todo caso, la preocupación del legislador no ha sido esta sino que ha optado por una decisión pragmática que permita asegurar la punibilidad de aquellos hechos respecto a los que resulta más fácil conseguir una prueba en juicio”.

57 Entre otros, GARROCHO SALCEDO, A. / PORTILLA CONTRERAS, G.: “Delitos de incitación al odio, la discriminación o la violencia”, *ob. cit.*, p. 937.

58 En el mismo sentido, ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *RECPC*, *ob. cit.*, p. 23.

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”.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, tipifica en el apartado 1 c) del artículo 510 del Código penal, la negación, trivialización grave y enaltecimiento de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado o de sus autores⁵⁹.

En principio, el precepto parece adaptarse a lo dispuesto en el artículo 1. 1 c) y d) de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre⁶⁰; no obstante, es preciso realizar una serie de matizaciones. En primer lugar, la Decisión

59 TERUEL LOZANO, G. M.: “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal”, en *InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, ob. cit., p. 34: “Su reubicación parece lógica, toda vez que el castigo de estas conductas se encuentra en nuestros países más relacionado con la lucha contra la xenofobia, como prevé la Decisión marco europea, que con los delitos contra la Comunidad Internacional”.

60 “Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen: c) “la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo”. d) “la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo”.

Marco hace referencia a la apología pública, la negación y trivialización flagrante, mientras que el artículo 510. 1 c) del Código penal tipifica la negación, el enaltecimiento y la trivialización grave⁶¹. Por otro lado, la Decisión Marco otorga a los Estados la posibilidad de sancionar estas conductas solo si los crímenes a los que hacen referencia han sido establecidos por resolución firme de un tribunal nacional de dicho Estado miembro o un tribunal internacional, o mediante resolución firme exclusiva de un tribunal internacional⁶², sugere una no contemplada por el artículo 510. 1 c) a diferencia del Anteproyecto de Código Penal de 2012⁶³.

61 ROIG TORRES, M.: “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)”, *ob. cit.*, pp. 1213 - 1214: “En realidad, esta disposición ha experimentado cambios sustanciales desde el Anteproyecto de reforma. En este texto se sancionaba la apología, pero el Consejo General del Poder Judicial en su informe señaló que de acuerdo con el art. 18 CP, la gravedad de esta conducta era cualitativamente superior a la negación o trivialización de tales crímenes. En el Proyecto se sustituyó la apología por el enaltecimiento reduciendo los presupuestos necesarios para realizar el tipo”.

62 Artículo 1. 4 Decisión Marco 2008/913/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre: “*Los Estados miembros podrán hacer, en el momento de la adopción de la presente Decisión Marco o posteriormente, una declaración en virtud de la cual la negación o la trivialización flagrante de los crímenes a los que hace referencia el apartado 1, letras c) y d), sean punibles solo si los crímenes a los que hacen referencia dichas letras han sido establecidos por resolución firme de un tribunal nacional de dicho Estado miembro o un tribunal internacional, o mediante resolución firme exclusiva de un tribunal internacional*”.

63 Art. 510. 2 c) Anteproyecto de Reforma Penal de 2012: “*Quienes nieguen, hagan apología, o trivialicen gravemente los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado que se hubieren cometido contra un grupo o una parte del mismo por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, y que hubieran sido declarados probados por los Tribunales de Nüremberg, por la Corte Penal Internacional o por otros Tribunales Internacionales, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos*”

Ahora bien, sin duda se puede afirmar que la principal diferencia entre el instrumento europeo y el artículo 510. 1 c) del Código penal radica en los requisitos exigidos para la sanción de estas conductas. La Decisión Marco insta a los Estados miembros a adoptar medidas para la sanción de estas conductas, siempre y cuando las mismas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo; por el contrario, el apartado primero c) del artículo 510 del Código penal considera suficiente que con la negación, trivialización grave o enaltecimiento de los crímenes mencionados se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación⁶⁴. El artículo 510. 1 c) sanciona la negación, el enaltecimiento y la trivialización⁶⁵ grave de delitos y autores⁶⁶, llevada a cabo públicamente, siempre y cuando se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación, sin requerir en ningún momento que las mismas puedan incitar a la violencia tal y como sí reclama la Decisión Marco, ni siquiera de manera indirecta; se sancionan únicamente actos previos a la incitación⁶⁷. Ninguno

64 PORTILLA CONTRERAS, G.: “La represión penal del “discurso del odio””, *ob. cit.*, p. 720: “... la DM sólo recomienda la persecución de tales supuestos cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra un grupo o miembro del mismo. Se sanciona la negación y la trivialización flagrante (restar importancia o menospreciar los delitos) pero no basta con negar, trivializar o enaltecer esos determinados delitos, sino que se demanda la existencia del germen previo a una incitación, se exige una incitación directa (apología pública) o indirecta (negación, enaltecimiento). Por lo que es necesario que tales conductas creen el designio delictivo o generen un peligro cierto de lesión del bien jurídico”.

65 GÓMEZ MARTÍN, V.: “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicación al discurso sexista”, en *RECPC, ob. cit.*, p. 14: “...cualquier conducta por la que se minimice o reste importancia a hechos tan graves como el genocidio, los delitos de lesa humanidad o los crímenes de guerra”.

66 PORTILLA CONTRERAS, G.: “El retorno de la censura y la caza de brujas de anarquistas”, *ob. cit.*, p. 100: “...resulta curioso que emplee el término enaltecimiento tanto para los autores como para el delito cuando en realidad debería hablarse de enaltecimiento de autores y

de los requisitos que figuran en el artículo 1. 1 c) y d) de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, son recogidos, pues, por el artículo 510. 1 c) del Código penal, que se limita a demandar, única y exclusivamente, que esas conductas promuevan o favorezcan un clima de violencia, odio, hostilidad o discriminación⁶⁸. La creación de un designio delictivo o de un peligro para el bien jurídico no es requisito necesario –en nuestro Ordenamiento Jurídico– para el castigo de estas conductas, es suficiente la realización de actos de enaltecimiento o trivialización que “*hipotéticamente puedan favorecer en un futuro la creación de un ambiente hostil, discriminatorio o violento hacia determinados colectivos*”⁶⁹. A ello hay que añadir que, si el apartado primero c) del artículo 510 del Código penal tipifica como delito la negación, enaltecimiento o trivialización grave de delitos y autores únicamente cuando ello favorezca la creación de un clima de violencia, odio o discriminación, tal previsión resulta ser innecesaria por cuanto el hecho de promover o favorecer un clima de hostilidad, violencia, odio o discriminación es una conducta ya definida como delito en el apartado primero a) del artículo 510 del Código penal⁷⁰.

justificación de los delitos (genocidio, lesa humanidad, contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado)”.

67 ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *RECPC*, *ob. cit.*, p. 30: “... nos encontramos aquí de nuevo ante un delito que castiga la promoción de un clima, ...”.

68 Para TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Art. 520”, *ob. cit.*, p. 1669, “los términos empleados, especialmente la referencia al clima, no ofrecen garantías de un adecuado control y no resultan respetuosos con las garantías del principio de legalidad, lo cual permite cuestionar su constitucionalidad...”.

69 PORTILLA CONTRERAS, G.: “El retorno de la censura y la caza de brujas de anarquistas”, *ob. cit.*, p. 101.

70 En este sentido, PORTILLA CONTRERAS, G.: “La represión penal del “discurso del odio””, *ob. cit.*, p. 405; ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *RECPC*, *ob. cit.*, p. 30: “... el enaltecimiento de estos delitos o

El artículo 510. 1 c) del Código penal no solo se aparta de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, sino también de la doctrina asentada en la STC 235/2007, de 7 de noviembre⁷¹. Al analizar el artículo 607. 2 del Código penal, el Tribunal Constitucional entendió que el mismo contenía un tipo independiente en el que no se requería el dolo específico de “destruir a un grupo social”, castigando la “mera difusión de determinadas ideas y doctrinas”. El tipo describía una serie de conductas “consistentes en difundir por cualquier medio ideas o doctrinas” que al no exigir “expresamente elemento suplementario alguno, hay que considerar que en principio se trata de una difusión en cierto modo «neutra», con independencia de la repulsión que determinadas afirmaciones puedan causar. <...> las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera transmisión de

de sus autores se configura como una modalidad de incitación indirecta al odio u hostilidad contra los grupos víctimas de aquellos delitos, por lo que su tipificación independiente resulta en realidad superflua, sin más valor que el meramente simbólico”.

- 71 Por el contrario, ROIG TORRES, M.: “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)”, *ob. cit.*, p. 1213, considera que la exigencia de que con las conductas descritas se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación se da cumplimiento a las pautas establecidas en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, si bien matiza que “ese ambiente ha de ser propicio para provocar actos reales de discriminación”; criterio que RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S.: “Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación de la incitación al odio”, *ob. cit.*, p. 165, califica de “muy certero y que hay que tener confianza en que será aplicado por la jurisprudencia...”. Para TERUEL LOZANO, G. M.: “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal”, en *InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, *ob. cit.*, p. 35, “el legislador ha incorporado la doctrina del TC”, si bien puntualiza que “podría haber optado por una construcción del tipo penal más adecuada. En particular, se ha advertido lo problemático que resulta construir tipos penales de peligro concreto en los que el resultado de peligro sea una situación macrolesiva con una delimitación vaga, como es el “clima de hostilidad”, lo que obligará a los jueces a tener que realizar valoraciones socio-políticas de difícil consistencia para justificar el castigo penal”.

opiniones, por más deleznable que resulten desde el punto de vista de los valores que fundamentan nuestra Constitución. La literalidad del ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, <...>. Las conductas descritas tampoco implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas. Lejos de ello, la literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por las libertades científica [art. 20.1. b)] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través <...>, constituye un límite infranqueable para el legislador penal”. En definitiva, no se trataba de “un supuesto de limitación de la libertad de expresión por parte del Código penal”, por el contrario, el mismo interfería “en el ámbito propio de la delimitación misma del derecho constitucional”⁷².

En la sentencia citada, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el delito de negación del genocidio por implicar una clara vulneración de la libertad de expresión e ideológica⁷³, admitiendo, únicamente, su conformidad con la Constitución en el supuesto de que dicha negación generase

72 Fundamento Jurídico nº 6 STC 235/2007, de 7 de noviembre: “... a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales. La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión...”.

73 ALCÁCER GUIRAO, R.: “Discurso del odio y discurso político: en defensa de la libertad de los intolerantes”, en *RECPC, ob. cit.*, p. 9: “Ello contrasta radicalmente con el tratamiento dado por Estrasburgo al fenómeno del negacionismo, considerado un abuso de derecho y tajantemente excluido, en virtud del art. 17 CEDH, del amparo de la libertad de expresión”.

un clima de hostilidad y violencia⁷⁴. Así mismo, admitió la constitucionalidad del delito de justificación del genocidio en la medida que implicara una incitación indirecta a su comisión⁷⁵.

74 Fundamento Jurídico n° 8 STC 235/2007, de 7 de noviembre: “*La mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane. Por lo demás, ni tan siquiera tendencialmente –como sugiere el Ministerio Fiscal– puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación sea per se capaz de conseguirlo. En tal caso, sin perjuicio del correspondiente juicio de proporcionalidad determinado por el hecho de que una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades <.>, la constitucionalidad, a priori, del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del art. 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado. Forzar desde este Tribunal una interpretación restrictiva en este aspecto del art. 607.2 CP, añadiéndole nuevos elementos, desbordaría los límites de esta jurisdicción al imponer una interpretación del precepto por completo contraria a su tenor literal. En consecuencia, la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE)*”.

75 Fundamento Jurídico n° 9 STC 235/2007, de 7 de noviembre: “*La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP <...>) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el*

El artículo 510. 1 c), como ya se ha indicado, en ningún momento exige, para el castigo de las conductas tipificadas en el mismo, la incitación –directa o indirecta (peligro de generar un clima de violencia que pueda cristalizar en actos concretos de discriminación)– a la violencia, conformándose con la mera promoción o favorecimiento de un clima de violencia u hostilidad, apartándose tanto de la Decisión Marco como de la doctrina asentada por el Tribunal Constitucional. En conclusión, estamos en presencia de un precepto superfluo que incurre en una clara vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión⁷⁶ a la par que implica un adelantamiento excesivo de las barreras de protección penal, infringiendo tanto el principio de intervención mínima como el de lesividad.

B) Las conductas típicas del artículo 510. 2 CP

El apartado segundo del artículo 510 castiga con pena de prisión de seis meses a dos años –pena inferior a la prevista en el apartado anterior– y multa de seis a doce meses –la pena de multa es la misma que la prevista para las conductas tipificadas en el apartado primero– una serie de conductas que lesionan el honor o la dignidad de los colectivos señala-

*art. 16 CE <...> y, en conexión, por el art. 20 CE". PORTILLA CONTRERAS, G.: "La represión penal del "discurso del odio"', *ob. cit.*, p. 393: "... la negación del genocidio no es una incitación directa ni indirecta a cometer el delito de genocidio. <...> no implica ensalzamiento de los genocidas ni menosprecio de las víctimas. <...> de no darse un elemento adicional, la negación solo castiga la mera transmisión de ideas amparadas en el derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE), científica (art. 20.1) y de conciencia (art. 16), al no representar un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados. Por el contrario, si considera punible la justificación del genocidio, concebida como el hecho de relativizar o negar la antijuridicidad o culpabilidad de los hechos, identificándose con sus autores. Esto es, se trataría de una incitación indirecta".*

76 PORTILLA CONTRERAS, G.: "El retorno de la censura y la caza de brujas de anarquistas", *ob. cit.*, p. 101, lo califica de "ataque permanente a la libertad de expresión".

dos en el apartado anterior por las mismas razones discriminatorias, equiparándose la pena de prisión a la prevista en el artículo 510. 1 si concurre la circunstancia agravante recogida en el párrafo final de este apartado segundo (“*cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionado grupos*”).

a) Art. 510. 2 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*”.

El precepto tipifica, por un lado, la realización de conductas lesivas de la dignidad de las personas por cuanto la mismas entrañan humillación, menosprecio o descrédito, y, por otro, la producción, elaboración, posesión para la distribución, distribución, difusión o venta de escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas⁷⁷. Se trata

77 ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *RECPC, ob. cit.*, p. 32: “Se trata de un delito que presenta menos problemas de legitimación que los demás, y al que probablemente podrían reconducirse la mayoría de las conductas negacionistas o caracterizadas como discurso del odio”; TAMARIT

de conductas que no se encuentran previstas en la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, pero que se acomodan a la doctrina del Tribunal Constitucional⁷⁸ recogida, entre otras, en la STC 235/2007, de 7 de noviembre: la libertad de expresión no ofrece cobertura a aquellas opiniones o ideas que supongan una humillación, menosprecio a la dignidad de las personas por razón de determinadas condiciones o circunstancias personales, étnicas o sociales⁷⁹.

SUMALLA, J. M.: “Art. 520”, *ob. cit.*, p. 1670: “... parece que el legislador haya tenido la intención de configurar esta modalidad típica a modo de “tipo de recogida” con el fin de reducir el riesgo de impunidad derivado de un control estricto de la idoneidad derivada del art. 510. 1 b) por parte de los jueces”.

78 ROIG TORRES, M.: “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)”, *ob. cit.*, pp. 1215 y ss: “... su introducción es consecuente con el papel cada vez más marcado que el Tribunal Constitucional ha atribuido a la dignidad humana en la regulación de estos delitos”.

79 Fundamento Jurídico nº 5 STC 235/2007, de 7 de noviembre: “... *el reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en su virtud carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas. <...> la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado «discurso del odio», esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. En este punto, sirve de referencia interpretativa del Convenio la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia. <...> el amplio margen que el art. 20. 1 CE ofrece a la difusión de ideas, acrecentado, en razón del valor del diálogo plural para la formación de una conciencia histórica colectiva, cuando se trata de la alusión a hechos históricos, encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquellas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables. <...>. Fundamentada en la dignidad es, pues, el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social el que, en estos casos, priva de protección*”.

Ahora bien, el apartado segundo a) del artículo 510, contraviene principios fundamentales del Derecho penal, en concreto, el principio de proporcionalidad de las penas, cuya infracción se produce en dos sentidos distintos. En primer lugar, se produce una clara vulneración del principio mencionado dentro de las dos conductas definidas en este mismo apartado segundo a). En efecto, se tipifican dos conductas distintas como son, por un lado, las dirigidas a lesionar la dignidad de las personas o grupos por entrañar humillación, menosprecio o descrédito, y, por otro, las relativas a la producción, elaboración, posesión para la distribución, distribución, difusión o venta de escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas o grupos. Se trata de conductas que, obviamente, no presentan el mismo contenido de lo injusto, pero que, sin embargo, se castigan con la misma pena; para el Legislador merecen, pues, la misma sanción conductas humillantes, conductas que efectivamente lesionan la dignidad de las personas, que aquellas otras conductas, meramente preparatorias, que únicamente implican un peligro de lesión⁸⁰. Sin olvidar, que dentro de estos actos preparatorios también se equiparan conductas con distinto grado de afectación al bien jurídico: la venta o distribución con la producción, elaboración o la simple posesión para la distribución, planteando los mismos problemas a los que se

constitucional a la expresión y difusión de un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo que, de no ser por ello, podría encuadrarse en el ámbito constitucionalmente garantizado por el art. 20.1 CE”.

- 80 En el mismo sentido, ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *RECPC, ob. cit.*, p. 32. ROIG TORRES, M.: “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)”, *ob. cit.*, p. 1217: “En este supuesto, en cambio, no es equitativo prever el mismo marco penológico que para quien efectivamente humilla a esos sujetos, puesto que se sancionan actos considerados peligrosos para el bien jurídico protegido, sin haberse producido su lesión efectiva”; PORTILLA CONTRERAS, G.: “La represión penal del “discurso del odio””, *ob. cit.*, p. 407.

hizo referencia con relación al apartado primero b) del artículo 510⁸¹.

En segundo lugar, la vulneración del principio de proporcionalidad de las penas se plantea de nuevo si se compara la pena prevista para las conductas tipificadas en este apartado segundo a) con la pena con que se sancionan las conductas del artículo 510. 1 a). Se está castigando con una pena inferior la realización de conductas que efectivamente lesionan la dignidad de las personas a través de acciones que entrañan humillación, menosprecio o descrédito por motivos discriminatorios, que a quien, por idénticos motivos, públicamente fomenta, promueve o incita, directa o indirectamente, al odio, hostilidad, discriminación o violencia; mientras que en el primer supuesto se ha producido efectivamente humillación, en el segundo es posible que los sentimientos no lleguen a materializarse en actos⁸², y sin embargo este último merece, en opinión del Legislador, mayor reproche penal que el primero⁸³.

- 81 TERUEL LOZANO, G. M.: “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal”, en *InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, *ob. cit.*, p. 36: “Se da un adelantamiento de la intervención penal difícilmente asumible toda vez que se castiga por elaborar, poseer con la finalidad de difundir unos escritos por su hipotética idoneidad para lesionar la dignidad”.
- 82 ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *RECPC*, *ob. cit.*, p. 32; Igualmente, ROIG TORRES, M.: “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)”, *ob. cit.*, p. 1217.
- 83 En el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012, esta conducta -prevista en el art. 510. 1 b) Anteproyecto – era sancionada con la misma pena que la conducta de fomento, promoción o incitación directa o indirecta al odio, la hostilidad, la violencia o la discriminación (art. 510. 1 a)). Cfr., GARROCHO SALCEDO, A. / PORTILLA CONTRERAS, G.: “Delitos de incitación al odio, la discriminación o la violencia”, *ob. cit.*, p. 936: “Con ello se inculpan con idéntica penalidad los actos preparatorios o previos a los actos preparatorios de conductas discriminatorias y las expresiones que lesionan de forma efectiva la dignidad de los miembros del colectivo protegido”.

b) Art. 510. 2 b): “*Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución*”.

El apartado segundo b) del artículo 510 tipifica el enaltecimiento o la justificación, a través de cualquier medio de expresión o difusión, de cualquier delito cometido contra los grupos o personas a los que se refiere el apartado primero y por los mismos motivos. Se trata de un precepto que presenta similitudes con la conducta tipificada en el artículo 510. 1 c) del Código penal, pero, también, importantes diferencias⁸⁴. En concreto, mientras que el apartado primero c) sanciona la negación, trivialización grave o enaltecimiento público de concretos delitos (genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en conflictos armados), siempre y cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación; el artículo 510. 2 b), por el contrario, castiga el enaltecimiento o justificación llevado a cabo por cualquier medio de expresión o difusión de delitos –no se limita el tipo de delitos⁸⁵– cometidos contra un grupo, parte del mismo o persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, sin exigirse en ningún momento que dichas conductas promuevan, o, de algún modo,

84 Entre otros, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S.: “Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación de la incitación al odio”, *ob. cit.*, p.168.

85 ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *RECPC*, *ob. cit.*, p. 33: “...resulta un despropósito la criminalización del enaltecimiento de todos los delitos que se cometan por móviles discriminatorios”.

favorezcan la creación de un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación⁸⁶. En consecuencia, el precepto no se ajusta a la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, que –como ya se ha indicado– únicamente insta a los Estados a adoptar medidas para sancionar la apología pública, la negación o la trivialización grave de determinados delitos (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o los definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945) siempre y cuando esas conductas inciten al odio o a la violencia⁸⁷.

A ello hay que añadir, que tampoco cumple con las exigencias establecidas en la STC 235/2007, de 7 de noviembre. No se puede olvidar que en esta resolución el Tribunal Constitucional declara que el delito de justificación del genocidio es conforme con la Constitución, siempre y cuando el mismo suponga una incitación indirecta a su comisión⁸⁸. El artículo 510. 2 b) no exige requisito alguno que permita restringir la tipicidad a supuestos en los que dichas conductas impliquen la incitación a la violencia o la discriminación⁸⁹.

86 En opinión de TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Art. 520”, *ob. cit.*, p. 1671: “Esta menor exigencia corresponde a la inferior penalidad prevista”.

87 Art. 1. 1 c) y d) Decisión Marco 2008/913/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre de 2008. Por otro lado, conviene recordar que el art. 1. 4 permite a los Estados limitar el castigo de esas conductas a los supuestos en que los crímenes a los que se hace referencia han sido establecidos por resolución firme de un tribunal nacional de dicho Estado miembro o un tribunal internacional, o mediante resolución firme exclusiva de un tribunal internacional. PORTILLA CONTRERAS, G.: “La represión penal del discurso del odio”, *ob. cit.*, p. 749: “Por tanto, lo que hace el Código penal actual es convertir en tipo autónomo el enaltecimiento o justificación sin exigir un elemento subjetivo respecto a los delitos discriminatorios, sin demandar la creación del clima de hostilidad, adoptando la excepcionalidad propia del Derecho penal de autor de los artículos 578 y 579 del CP”.

88 Fundamento Jurídico nº 9 STC 235/2007, de 7 de noviembre.

89 PORTILLA CONTRERAS, G.: “La represión penal del “discurso del odio””, *ob. cit.*, p. 409: “... basta con enaltecer al autor o justificar el

Es cierto que esta exigencia aparece en el párrafo final del artículo 510. 2, pero, la misma opera, única y exclusivamente, como una circunstancia agravante común a las dos conductas recogidas en el apartado segundo del artículo 510, que permite elevar la pena de prisión equiparándola con la prevista para las conductas del artículo 510. 1.

De nuevo nos encontramos ante un precepto que ignora el derecho a la libertad de expresión, vulnerando, al mismo tiempo, los principios más básicos y fundamentales del Derecho penal⁹⁰. Un precepto claramente inconstitucional⁹¹.

3. Aplicación jurisprudencial de los delitos de odio del artículo 510.1 y 2 del Código Penal

No son muchos los supuestos sobre los que se han pronunciado los tribunales en aplicación del artículo 510 CP en su redacción posterior a la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo⁹²; aun así, cabe citar alguno.

La SAN 2/2017, de 26 de enero, condena por un delito de enaltecimiento del terrorismo y por un delito de incitación al odio, al propietario de dos cuentas en la red social Twitter, que publicó entre diciembre de 2015 y enero de 2016 una serie de comentarios que hacían referencia a las mujeres

delito sin necesidad de demostrar que tales conductas tienen la capacidad de generar *ex ante* un clima de hostilidad, odio, violencia o discriminación contra determinados colectivos”.

90 En este sentido, en relación con el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012 y proponiendo su supresión, GARROCHO SALCEDO, A. / PORTILLA CONTRERAS, G.: “Delitos de incitación al odio, la discriminación o la violencia”, *ob. cit.*, p. 939.

91 En el mismo sentido, ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *RECPC, ob. cit.*, p. 32

92 LANDA GOROSTIZA, J - M.: *Los delitos de odio, ob. cit.*, p. 94: “Respecto del anterior artículo 510 CP las condenas se habían ido produciendo a “cuentagotas” lo que tampoco supone un fenómeno excepcional respecto de la figura de incitación al odio en otros países”.

asesinadas por violencia de género; así, en la primera de las cuentas, publicó los siguientes comentarios: En fecha de 17 de diciembre de 2015 “53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas”; el 31 de diciembre de 2015 “y 2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra, gracias”; el 31 de diciembre de 2015 “Ya tengo los explosivos preparados para esta noche liarla en Sol, Feliz Año, Alá es grande”; el 31 de diciembre de 2015 “Ahora solo falta un atentado en Madrid, unos cuantos españoles muertos y un 2015 de puta madre”. Como una de las cuentas fue suspendida por Twitter el día 7 de enero de 2016, lo siguiente publicado lo

Entre los pronunciamientos en aplicación del art. 510 en su redacción anterior a la reforma de 2015, cabe señalar, entre otros, los siguientes: SAP, Barcelona, 2ª, 259/2010, de 26 de abril (“Librería Europa”): absuelve del art. 510 y condena por el art. 607.2 al titular de una librería que vende libros y organiza conferencias que defiende el nazismo; STS 259/2011, de 12 de abril (“Librería Kalki”): absuelve del art. 510 a los responsables de librería que venden material de ideología nazi por ausencia de incitación directa a la realización de delitos de genocidio o provocación de discriminación, odio o violencia; SAP, Barcelona, 5ª, 787/2012, de 29 de junio: absuelve del art. 510 a un político - condenado por el Juzgado de lo Penal de Manresa en sentencia 307/2011, de 11 de noviembre - por la distribución durante la campaña política de panfletos propagandísticos contra el mundo musulmán; SAP, Baleares, 1ª, 312/2013, de 10 de diciembre: absuelve del art. 510 por colgar en la web del partido político “Agrupación social independiente” una animación en la que se muestran 20 maneras distintas de morir una mujer (el Juzgado de lo Penal de Palma de Mallorca había condenado en Sentencia 419/2012, de 10 de diciembre); SAP, Santa Cruz de Tenerife, 2ª, 107/2014, de 7 de marzo: condena por el art. 510 por publicar en un diario un poema de contenido xenófobo; SAP, Navarra, 2ª, 55/2017, de 21 de marzo: condena –confirmando la Sentencia 273/2016, de 11 de octubre, del Juzgado de lo Penal de Pamplona– por subir a su cuenta de Facebook un vídeo antisemita titulado «Asesina a todos los judíos» y Sentencia Juzgado de lo Penal de Barcelona, de 11 de diciembre de 2017: condena por el art. 510 a un neonazi por difundir a través de su página web, opiniones y documentos denigrantes y vejatorios contra personas inmigrantes, que profesan la religión musulmana, judíos y afrodescendientes, defendiendo a ultranza la supremacía de la «raza aria» sobre las demás.

llevó a cabo desde la segunda de las cuentas, volviendo también sobre su loa al terrorismo yihadista cuando lograba alcanzar a un amplio número de víctimas, siendo el contenido de los mensajes el que sigue: El 10 de enero de 2016 “Ya no se ven atentados como los del 11S, estos de la Yihad no valen, si van a masacrar a gente que lo hagan con estilo, vuelve Bin Laden”; el 14 de enero de 2016 “Patricia era feminista y se tiró al río porque las mujeres se mojan por la igualdad”; el 14 de enero de 2016 “A mí me gusta follar contra la encimera y los fogones, porque pongo a la mujer en su sitio por parte doble”; el 16 de enero de 2016 comparte la imagen de una mujer (no consta si fue víctima de maltrato o violencia de género), con el lema “Ya la he maltratado, tu eres la siguiente”.

Para la Audiencia, los contenidos de los twitts rezuman “*la discriminación hacia la mujer, en tanto trato diferente y por debajo que al hombre, con consecuencia negativa para las primeras. Partiendo de esa privación o desventaja en la que se ubica a la mujer, denigrándola así en algunos mensajes, acto continuo a esa consideración que le merecen al acusado, alimenta la explicación a los fatales desenlaces acontecidos a las mismas, que contabiliza, llegando a la conclusión de que se pueden aumentar*”, el proceder del acusado entra de lleno “*en la conducta definida en el artículo 510.1 del Código Penal toda vez que revelan hostilidad hacia la mujer, por la discriminación de las que las hace objeto*”. <...> *En el caso que nos ocupa, no encuentran amparo ni justificación en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión los mensajes emitidos por el acusado dado no ser de menor relevancia que ese derecho constitucionalmente amparado, el que preconiza la igualdad de las personas y por ende el respeto al otro, cualquiera que sea su sexo u otras connotaciones diferenciadoras. Ni que decir tiene que aquel derecho no ampara sino al revés, la prohibida alabanza de actividades terroristas al margen de su efectivo y actual acaecimiento*⁹³.

93 Fundamento de Derecho Segundo SAN 2/2017, de 26 de enero. LAN-DA GOROSTIZA, J-M.: *Los delitos de odio, ob. cit.*, p. 97: “Sorprende

Recurrida en casación, el Tribunal Supremo, en Sentencia 72/2018, de 9 de febrero, absuelve del delito de enaltecimiento del terrorismo, pero condena, sin embargo, por incitación al odio del artículo 510. 1 a) con la agravación prevista en el párrafo tercero del citado artículo, al haberse difundido las expresiones por Internet. Entiende el Tribunal Supremo que el elemento nuclear del hecho delictivo previsto en el art. 510 consiste en la “*expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica <...>*”. En otras palabras, en opinión del Tribunal Supremo, para la aplicación del artículo 510. 1 Cp es suficiente la utilización de expresiones que hieren los sentimientos de los ciudadanos pues eso ya supone provocar, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia o discriminación⁹⁴. Con relación al tipo subjetivo, considera suficiente “*la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar*”⁹⁵.

la parquedad con que se argumenta, en el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia, la condena del artículo 510 CP del párrafo primero sin explicar, dentro del mismo ni siquiera de qué letra se trataría”.

94 Fundamento de Derecho Único STS 72/2018, de 9 de febrero: “*El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad*”

95 Fundamento de Derecho Único STS 72/2018, de 9 de febrero: “*<...> el relato fáctico refiere la publicación de los mensajes en diversas fechas 10 enero, 14 enero, 30 diciembre 2015, 31 diciembre, 17 diciembre, es decir, pluralidad de fechas que hacen que la conducta sea voluntaria y no una reacción a un estímulo exterior. Por otra parte, el contenido de las frases revela el carácter agresivo de las expresiones y la constatación del odio al ir referidas a situaciones en las que desea encontrar a mujeres a las que se refiere en términos agresivos en un contexto de género (art. 510 1 a) Cp. Desde la perspectiva anteriormente expuesta analizamos la impugnación formalizada. El dolo, que el recurrente condenado cuestiona en la sentencia,*

En los mismos términos se pronuncia la STS, 675/2020, de 11 de diciembre, que condena⁹⁶ a varios miembros de dos grupos musicales (“Más que palabras” y “Batallón de Castigo”) que en un concierto –organizado por uno de los condenados y al que asistieron unas 200 personas que vestían estética skinhead, exhibiendo simbología propia del régimen nacional socialista como esvásticas y cruces gamadas, algunas de ellas con antecedentes policiales por agresiones a causa de motivación ideológica– interpretaron varias canciones con trasfondo común referidas a la supremacía de la raza blanca

concorre efectivamente en la medida en que no nos encontramos ante un acto puntual, incontrolado e involuntario. Por las razones antedichas el autor conoce y quiere la realización de las expresiones que vierte a las redes sociales con un contenido indiscutido de odio que merecen reproche contenido la norma. Consecuentemente, el motivo de la defensa del condenado se desestima, pues desde el relato fáctico surge la tipicidad subjetiva declarada por la expresión de términos que en sí mismo tienen un contenido odioso”. En sentido semejante se pronuncia la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, <https://www.boe.es/boe/dias/2019/05/24/pdfs/BOE-A-2019-7771.pdf>, 2.5. Tipo subjetivo de los delitos de odio: “... una primera aproximación al estudio del tipo subjetivo obliga a analizar los hechos en su contexto. En el caso, muy habitual, de expresiones vertidas por escrito en las redes sociales habrá que valorar, en primer lugar, que la propia escritura permite una cierta reflexión sobre lo que se escribe, por lo que no es asumible de forma acritica la alegación de la reacción espontánea o incontrolable; en segundo lugar, la propia conciencia de la utilización de un medio idóneo para alcanzar una mayor difusión del mensaje; en tercer lugar, la reiteración o no de la conducta, en la misma o en distintas fechas; y, finalmente, que se trate de expresiones objetivamente humillantes, agresivas o hirientes, que no admiten una posible interpretación racional diferente de una mera expresión de odio o discriminación. No obstante, habrá de tenerse en cuenta los supuestos en que el comentario es efectuado en foros o chats creados específicamente con la finalidad de publicar en ellos expresiones o manifestaciones contra los grupos de personas a que se refiere al art. 510 C.P. En estos casos, aun cuando sea un único comentario, puede y debe valorarse que aquél se ha publicado, precisamente, en un chat de estas características”.

96 Desestimando el recurso de casación interpuesto contra la SAP, Barcelona, de 8 de noviembre de 2018.

y consiguiente discriminación de personas que no pertenecían a dicha raza con la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la xenofobia y antisemitismo que dichas canciones implicaban, provocando y propagando dichos sentimientos entre los asistentes a los conciertos.

Partiendo de la consideración del delito del artículo 510. 1 como delito de peligro abstracto, potencial, para cuya perpetración son precisos dos elementos, la emisión o difusión del mensaje provocador, discriminatorio, de odio, y la voluntad de emitirlo, siendo conocedor de ese contenido, y cuya consumación tiene lugar con el potencial peligro que conlleva el mensaje difundido, con el hecho de que la conducta sea idónea para incitar a la actividad discriminatoria⁹⁷, estima el Tribunal que los mismos concurren en la actuación de los inculpados, por cuanto *“son compositores de unas canciones cuyas letras están dirigidas en un sentido y que, objetivamente consideradas, son ofensivas, ultrajantes, violentas y de claro sesgo discriminatorio por razones raciales e ideológicas, cuyo contenido, en sí mismo, es provocador; pero que, en el caso de estos dos condenados, no solo es que su actividad sea potencialmente provocadora, sino que ha quedado evidenciado que esa provocación ha surtido efecto, como lo demuestran las frases que*

97 Fundamento de Derecho Segundo, STS 675/2020, de 11 de diciembre: *“<...> basta que la conducta desplegada resulte idónea para incitar a la actividad discriminatoria que requiere el tipo, debido a que es el desvalor de la acción lo que ha querido sancionar el legislador, con más razón lo será si el mensaje ha reportado alguna consecuencia o tenido alguna eficacia”*. Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, <https://www.boe.es/boe/dias/2019/05/24/pdfs/BOE-A-2019-7771.pdf>, 2.3 Naturaleza jurídica de los delitos de odio: *“... los/las Sres./Sras Fiscales defenderán que este tipo penal, salvo en el caso de la infracción de resultado tipificada en el primer inciso del art. 510.2.a) CP, se estructura bajo la forma de peligro abstracto, que no requiere el fomento de un acto concreto sino la aptitud o idoneidad para generar un clima de odio o discriminación que, en su caso, sea susceptible de provocar acciones frente a un grupo o sus integrantes, como expresión de una intolerancia excluyente ante los que son diferentes”*.

consiguen que emita el público que asiste a su concierto, como “Sieg Heil, Sieg Heil, Sieg Heil”, o “ Jon libertad”, pidiendo la libertad de un individuo condenado a 26 años de prisión por un asesinato cometido por motivos ideológicos”⁹⁸.

En los dos casos, el Tribunal condena por el delito previsto en el artículo 510. 1 CP, la utilización voluntaria de frases, expresiones, agresivas, odiosas –desde luego de muy mal gusto– que hieren los sentimientos, al estimar que esto ya implica incitar, provocar al odio, la violencia o la discriminación: el mensaje que se difunde es potencialmente peligroso, idóneo, para incitar al odio, la discriminación, siendo estos los únicos requisitos que, en consideración del Tribunal, el precepto exige para su consumación⁹⁹.

Argumento similar es el empleado por la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona, 357/2017, de 10 de octubre, que condena al vicepresidente de Democracia Nacional por un delito de odio del art. 510. 1 a) CP. Los hechos se remontan al día 12 de octubre de 2015, día en el que, con motivo de la celebración del “Día de la Hispanidad”, tuvo lugar una manifestación autorizada con punto de partida en la Plaza España de Barcelona, convocada por los partidos “Democracia Nacional” (DN) y su sección juvenil “Democracia Nacional Joven” (DNJ) y grupos de ultraderecha como FE Falange, Movimiento Católico Español-Acción Juvenil. La manifestación se inició sobre las 11:15 horas, en la Plaza de España de Barcelona. En la cabecera de la manifestación se encontraban los militantes de Democracia Nacional; seguidos de un segundo bloque en el que se hallaban los militantes de FE, Falange Española y al final un grupo de Democracia

98 Fundamento de Derecho Segundo, STS 675/2020, de 11 de diciembre.

99 Argumento similar es el empleado por las SSTs 135/2020, de 7 de mayo (Caso Pablo Hasél), que desestima el recurso de casación contra la SAN 3/2018, de 2 de marzo, condenando por enaltecimiento del terrorismo, injurias y calumnias contra la corona y contra las instituciones del Estado; 47/2019 de 4 de abril y 185/2019, de 2 de abril.

Nacional Joven exhibiendo muchos de los asistentes todo tipo de banderas y camisetas vinculadas a movimientos de extrema derecha y neonazis. Entre los asistentes y en la cabecera de la marcha se encontraban el vicepresidente de “Democracia Nacional”. La manifestación estaba en todo momento controlada por los Mossos D’Esquadra quienes habían dispuesto agentes que acompañaban a la misma durante su recorrido para garantizar la seguridad de la misma y fue cubierta informativamente por diversos medios de comunicación y entre ellos se encontraba el fotoperiodista y reportero gráfico “freelance” J. B., colaborador habitual de diarios digitales La Directa, Nació Digital, Crític i Singular Digital y los periódicos “Ara Diari” y “ El Món”, especializado además en temática de extrema derecha cubriendo diferentes actos de grupos y colectivos de dicha ideología, habiendo publicado artículos en diferentes medios de comunicación relacionados con la extrema derecha española en Cataluña, tomando una posición crítica y beligerante con dicho movimiento político y con animadversión hacia los dos acusados. Finalizada la manifestación, parte de sus asistentes de congregaron sobre las 12:00 horas en la Plaza, en la que los diversos representantes de las organizaciones convocantes realizaron discursos en un escenario dispuesto para ello y ante una concurrencia de unas 200 personas aproximadamente, tomando la palabra el vicepresidente de “Democracia Nacional”, quien en el curso de su parlamento literalmente expuso: Antes, de todo quería hacerlos recordar lo que ocurrió hace dos años. Hace dos años hubo un periodista independentista que se chivó donde se encontraban unos jóvenes nacionales para que los independentistas fueran a apalizarlos antes en la marcha, antes en la marcha hemos visto por ahí a esta rata J. B., os pido a todos (-’fuera...” que miréis a vuestro lado y si está que le deis un capón, no muy violento no vaya a ser que os vayan a detener, pero darles una buena hostia y que se vaya”. Con posterioridad a estos hechos y por personas que no han sido identificadas, el periodista J. B. fue objeto de

una campaña contra él en diferentes perfiles de la red social Twitter con pintadas en diferentes lugares frecuentados por él usando las siglas de la organización “Democracia Nacional” y “Democracia Nacional Joven”.

Entiende la sentencia que *“la referencia al querellante como “rata”, la imputación a éste de ser el instigador de la paliza recibida por jóvenes de ultraderecha en el año 2013 junto a las expresiones coreadas ante un nutrido grupo de personas, unos 200 <...> suponen un discurso de odio con difusión de frases claramente encaminadas a agredir al denunciante, quedando claramente fuera del ámbito de dicho derecho de libertad de expresión, el comportamiento despectivo degradante, hacia una persona concreta, por sus ideas políticas, no puede encontrar, amparo en el ejercicio de las libertades garantizadas en el artículo 20.1 de la CE”. <...>. En consecuencia, considera acreditada “la tipicidad de la conducta desplegada por el acusado P. C. en su discurso del día 12 de Octubre de 2015 como discurso de odio <...> para lograr posteriores conductas violentas focalizadas en la persona de J. B., cuyo efecto posterior concreto - las pintadas y tuits-, que producen es independiente, de la voluntad de su autor“, por cuanto “la emisión del discurso, en un clima generador de odio, discriminación por ideas políticas diferentes y de violencia hacia un ciudadano en concreto, es precisamente el que exige la tipicidad del artículo 510 del Código penal <...>”, concluyendo que, “la conducta típica del artículo 510 no requiere por otro lado, que sea posible, como resultado del mensaje, un acto agresivo contra el receptor del discurso, pues la afrenta viene a constituir la acción difusora de expresiones que inciten al odio a la discriminación o a la violencia respecto de aquellos a los que se alude en el artículo 510”¹⁰⁰.*

Por su parte, la SAP, Madrid, 15ª, 676/2017, de 30 de octubre, condena por delito de odio del art. 510. 2 a) y por

100 Fundamento de Derecho Quinto, Sentencia Juzgado de lo Penal de Barcelona, 357/2017, de 10 de octubre.

un delito leve de lesiones del art. 147.2 del Código Penal. Los hechos enjuiciados tuvieron lugar el día 12 de febrero de 2017, sobre las 02:45 horas; los condenados –dos varones–, que formaban parte de un grupo de cuatro, iban caminando por la calle por la que también caminaban la víctima –varón– con varias amigas, acercándose los condenado a la víctima, al que no conocían previamente, y empezando a imitar su forma de hablar, momento en el cual uno de ellos, debido a su orientación sexual, le propinó un golpe con la mano y un puñetazo en la cara, cayendo aquella al suelo, y cuando intentó levantarse el otro condenado le propinó otro puñetazo en la cara, siendo ayudado por sus amigas, que consiguieron apartarle de sus agresores, y salir del lugar, encontrándose con una patrulla de la policía Municipal que procedió a la localización e identificación de los acusados en una calle cercana. Cuando las amigas de la víctima, en el momento de la agresión, preguntaron a los agresores que por qué le pegaban, contestando uno de ellos que “porque es un maricón de mierda y se lo merece”, y les advirtió de que no se metieran porque las iba a rajar y que iba a reventar a su amigo maricón.

La Audiencia condena por el art. 510. 2 a), precepto que castiga los atentados contra la dignidad de las personas a través de expresiones humillantes, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos protegidos, una parte de los mismos o cualquiera de sus miembros, al considerar que *“la agresión se produce precisamente a raíz de lo que los acusados entienden constituye la orientación sexual del agredido. Agresión que es objetivamente humillante, vejatoria y atenta gravemente contra la dignidad del atacado”*¹⁰¹.

101 Fundamento de Derecho Cuarto, SAP, Madrid, 15ª, 676/2017, de 30 de octubre. En mi opinión, perfectamente se podría haber acusado por delito leve de lesiones con la agravante nº 4 del art. 22 o delito de lesiones en concurso con delito contra la integridad moral.

En sentido contrario a las anteriores resoluciones, cabe citar la SAN 6/2018, de 4 de marzo, que absuelve del delito de enaltecimiento del terrorismo y del delito de incitación al odio del art. 510. 2 b) CP. En el presente caso se trataba también de la publicación de unos mensajes en la red social Twitter, con el siguiente contenido: el 26 de agosto de 2016, la acusada publicó “Rey muerto, abono para el huerto”; el 27 de agosto de 2016, publicó “Gora ETA” “Los que decís NO a Isidoro tengo que deciros una cosita “Euskadi Ta Askatasuna y la lucha sigue” y “Cuando vaya a votar preguntaré por la papeleta de los Grapo”; el 5 de septiembre de 2016, “Una bomba para estos no es una amenaza, es que se merecen al cielo”, en relación al comentario publicado en la cuenta del partido político Movimiento Social Republicano, del siguiente tenor: “Isidoro recurre al Constitucional... el tribunal cuyos jueces mataban él sus amigos de la ETA”; comentario denunciado por el partido político; el 11 de septiembre de 2016, “Soy de El Grapo, puta España”; el 15 de septiembre de 2016: “Mi coño es más pequeño que el maletero de Teodoro. Eso sí es igual tengo más agujeros que él, mucho piercing digo”. Asimismo, publicó una foto de Teodoro y le añadió “Con la muerte en los talones”. En la misma fecha, “Mi coño es más pequeño que el zulo de Bernardo “ y corrigió “...que es Pedro Jesús”. Asimismo, publicó la fotografía del momento en el que se produjo la liberación de Pedro Jesús y se refirió a “Los Goonies”. Por último, ese mismo día también publicó el siguiente comentario: “Tengo pendientes dos majestuosas obras de arte que os dejarán patidifusas, a ti no tanto”; el 16 de septiembre de 2016, “Tienes un tiro en la cara, espera que te lo quito”, “de verdad que tenemos que hablar, no quiero seguir así, te quiero”. “Muerto”, “Voy a ir y me voy a inmolar en la puerta, soy la pro etarra de aquél artículo de vuestra mierda de periódico@intereconomía” y “por cada cabeza que se corte una victoria y una comida de regalo”, en referencia a los integrantes de la formación política Movimiento Social Republicano. Además, la acusada

publicó un video en el que ella misma explicaba: “... la ETA, no hizo cosas bien, tenía que haber actuado de otros modos y haber atacado a otras personas y no a la gente de la calle... ETA en sus comienzos era necesaria, hizo cosas que estaban muy bien”.

La Audiencia absuelve al considerar que de las diligencias practicadas “no se desprende la existencia de algún dato o circunstancia que permita acreditar que la conducta de la acusada haya supuesto una situación de riesgo para las personas ni para los derechos de terceros, orden jurídico o para el propio sistema de libertades; ni tampoco haya supuesto incitación al odio contra grupos o sus miembros por alguno de los motivos recogidos en nuestra legislación penal (art. 510 CP), ni tampoco atentatoria contra los derechos y dignidad de las personas, evidenciándose por sí solas insuficientes para formular un pronunciamiento de condena respecto de los hechos objeto de enjuiciamiento, no quedando desvirtuada la presunción de inocencia, por lo que procede su absolución”¹⁰².

En este caso, la Audiencia no considera suficiente la emisión, difusión voluntaria de expresiones que hieren los sentimientos de la colectividad para estimar que se incita al odio o la violencia; se requiere algo más: datos que acrediten que dichos comportamientos suponen un riesgo para las personas o derechos.

Este mismo argumento aparece en el Auto 92/2021, de 11 de marzo de 2021, del Juzgado de Instrucción nº 2 de San Sebastián que archiva la querrela presentada por Vox contra el colectivo de víctimas del terrorismo (Covite), por un delito de calumnias, injurias y odio, por un artículo que se publicó en la web del Observatorio Internacional de Estudios sobre el Terrorismo, una iniciativa de Covite para estudiar y analizar

102 Fundamento Jurídico Primero, SAN 6/2018, de 1 de marzo. En sentido semejante, absolviendo del delito de enaltecimiento del terrorismo, la STS 646/2018, de 14 de diciembre.

el terrorismo en todo el mundo y el fenómeno de la radicalización violenta¹⁰³. Considera el Auto que *“el problema de la tipicidad de estos delitos surge a la hora de dar contenido a la provocación al odio o a la comisión de delitos en concreto. El tipo debe completarse con el riesgo que mantener ese tipo de comportamientos provoca para la colectividad social, dando lugar a que, por ellos mismos, o por otros sujetos, influenciados por ese mensaje, se originen actos que pongan en peligro valores esenciales del ser humano, como su vida, integridad física o su libertad. Es desde el punto de vista del riesgo, donde debe ponerse el acento de su tipicidad”*. La atribución a un grupo o colectivo *“de un pensamiento concreto o una ideología concreta, no puede considerarse que incita a la violencia ni a actos que impliquen un riesgo para la seguridad”*¹⁰⁴. El Auto concluye que las manifestaciones recogidas en la publicación objeto de la querrela no incitan ni a la violencia, descrédito o menosprecio del partido querellante; se trata de manifestaciones de los firmantes de la publicación referentes a extremos con los que el querellante puede estar o no de acuerdo, pero que, en modo alguno, constituyen el delito tipificado en el artículo 510 del Código penal.

103 Los autores del artículo, Cristina Ariza y Rogelio Castro, analizaban la evolución del terrorismo de corte nacionalista y de extrema derecha en todo el mundo, como la masacre cometida por un terrorista supremacista blanco en Utoya (Noruega), o la matanza en una mezquita de Christchurch (Nueva Zelanda). Como contexto, en el artículo se señalaba que “Europa ha visto un aumento de los éxitos electorales para los partidos nacionalistas y de extrema derecha. Partidos como el Frente Nacional en Francia, VOX en España, Suecia Demócratas, Amanecer Dorado en Grecia, Derecho y Justicia en Polonia, Partido por la Libertad en los Países Bajos y el Partido Popular Danés son solo algunos ejemplos de cómo la agenda de extrema derecha ha entrado en la escena política europea”. <https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/politica/archivada-querrela-vox-covite-relacionarle-terrorismo-extrema-derecha/20210322120800225085.html>

104 Fundamento Jurídico quinto Auto 92/2021, de 11 de marzo, del Juzgado de Instrucción nº 2 de San Sebastián.

En los distintos ejemplos que se acaban de citar, principalmente aquéllos que se refieren a la difusión pública—generalmente través de las redes sociales, pero también en conciertos o manifestaciones— de expresiones que, sin duda alguna son ofensivas, execrables y de muy mal gusto, pero que no dejan de ser expresiones al fin y al cabo, se puede observar como los Tribunales, en la mayoría de los supuestos, lejos de proceder a una interpretación restrictiva de los delitos de odio, y, en concreto del artículo 510.1 CP, limitando al máximo su aplicación, muestran una tendencia totalmente opuesta; proceden sin más a la aplicación de los mismos restringiendo la libertad de expresión, derecho, que no se puede olvidar, es primordial y base esencial para “*el mantenimiento del pluralismo político y social y, por tanto, para la propia democracia*”¹⁰⁵. En estas resoluciones se considera suficiente la emisión voluntaria de frases, expresiones que hieran los sentimientos de los ciudadanos para estimar que hay provocación, incitación al odio, violencia o discriminación sin exigir, en ningún momento, la acreditación del riesgo, sin exigir datos que pongan de manifiesto que el mantenimiento de esos comportamientos supone un riesgo para la colectividad, en la medida que pueden dar lugar a actos que creen un peligro para la vida, integridad, libertad de las personas¹⁰⁶. Es este riesgo el que verdaderamente completa la tipicidad¹⁰⁷.

105 En el mismo sentido, MANIFIESTO DEL GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL SOBRE DELITOS DE EXPRESIÓN; LAURENZO COPELLO, P.: “La manipulación de los delitos de odio”, *ob. cit.*, p. 463: “... lo preocupante es que la Jurisprudencia <...> ha desarrollado su propia doctrina subjetiva del discurso del odio para justificar la punidad de una variedad de conductas que rozan libertades públicas tan esenciales como la libertad de conciencia o la libertad de expresión...”.

106 Requisito que sí exige la SAN 6/2018, de 4 de marzo.

107 En este sentido, Auto 92/2021, de 11 de marzo, del Juzgado de Instrucción nº 2 de San Sebastián.

4. Conclusiones

La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, otorga una nueva regulación a los delitos de odio previstos en el art. 510 CP. Fruto de la misma ha sido un precepto que plantea muchas e importantes dudas sobre su constitucionalidad¹⁰⁸, por cuanto vulnera el derecho fundamental a la libertad de expresión e ideológica.

A lo anterior, hay que añadir la tendencia que se observa en los Tribunales de condenar por este delito la simple difusión de expresiones ofensivas, execrables, pero que entran de lleno en la libertad de expresión y de ideología, en la línea de restringir los márgenes de este derecho.

Así mismo, el precepto lesiona principios básicos y fundamentales del Derecho Penal, como son los principios de intervención mínima, lesividad, taxatividad y proporcionalidad de las penas¹⁰⁹.

108 TERUEL LOZANO, G. M.: “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal”, en *InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, ob. cit., p. 39: “... el nuevo art. 510 CP <...> no superaría un *juicio de adecuación sobre la justificación de la intervención penal*, en el que se valorara la racionalidad del “*prius lógico*” que ha de fundamentar cualquier intervención legislativa, al fallar el fundamento ofensivo de las conductas tipificadas”.

109 TERUEL LOZANO, G. M.: “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal”, en *InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, ob. cit., pp. 40 - 41: “No parece que nuestras sociedades “*necesiten*” ni resulte “*proporcionada*” tan extrema protección como la que se ha planteado a través de unos tipos penales cuya magnitud de penas es discutible que se justifique con el grado de ofensa que suponen y que llevan la intervención penal a sus últimos límites castigando actos de provocación como formas de peligrosidad indefinidas, y que incluso castigan actos preparatorios de los propios actos de provocación. Y también aquí debería considerarse el indudable “*efecto disuasorio*” que generan este tipo de castigos sobre el ejercicio de la

Se hace necesaria, pues, una profunda y seria reforma del Código Penal, en la línea de despenalizar o, bien, modificar en profundidad estas figuras delictivas, en el sentido de adaptarlas realmente a la Decisión Marco 2008/913/JAI, del Consejo de 28 de noviembre y a la STC 237/2007, de 7 de noviembre, guiada por el respeto a los mencionados principios¹¹⁰.

Una modificación profunda en la línea de:

— Limitar la conducta típica prevista en el artículo 510. 1 a) a la incitación directa a la discriminación o a la

libertad de expresión, cuando nos encontramos con tipos penales que, tal y como se ha advertido, adolecen de un grave déficit de taxatividad y extienden peligrosamente el ámbito típico de los preceptos”; ALAS-TUEY DOBÓN, C.: “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicación al discurso sexista”, en *RECPC, ob. cit.*, p. 34: “... el legislador de 2015 demostrando una absoluta falta de rigor <...> ha creado en el nuevo art. 510 CP unos tipos penales que, no conformes con recoger la herencia de los defectos en los que incurrió la regulación anterior, las agrandan sobremanera, situándose en las antípodas de las insistentes reclamaciones doctrinales y de las pautas que han venido marcando nuestros tribunales”.

110 MANIFIESTO GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL SOBRE DELITOS DE EXPRESIÓN: “... resulta esencial que la intervención penal en este ámbito, como debe hacerlo en todos, se guíe por los siguientes principios: 1. Intervención mínima (evitando acudir al Derecho penal cuando resulten suficientes, p. ej., el Derecho privado o medidas de prevención primaria). 2. Legalidad y taxatividad (evitando preceptos vagos y omnicomprendidos, como el actual 510 CP). 3. Lesividad y materialidad de la acción (más que discutible en preceptos como el art. 578 CP). 4. Proporcionalidad (evitando acudir a penas privativas de libertad para la punición de esta clase de conductas). De todo ello se deriva la necesidad de una profunda reforma del Código Penal, en la línea de despenalizar o modificar todos aquellos delitos de expresión que no superen estrictamente el test de los mencionados principios. La compleja situación que atraviesa en nuestro Estado la libertad de expresión, clave de bóveda de toda sociedad democrática, requiere, sin duda, una apuesta decidida por la maximización de dicha libertad”; LAURENZO COPELLO, P.: “La manipulación de los delitos de odio”, *ob. cit.*, p. 464: “... es imprescindible mantener el anclaje de los delitos de odio en el contexto del Derecho antidiscriminatorio...”.

violencia, o indirecta, siempre y cuando implique el riesgo de crear un clima de violencia que pueda cristalizar en actos concretos de discriminación.

— Convertir la conducta típica recogida en el artículo 510. 1 b) en una modalidad de comisión de la conducta prevista en el apartado anterior, y no en una conducta anterior punible, despenalizando las conductas de producción, elaboración y posesión para la distribución.

— Adaptar el apartado 1 c) del artículo 510 a la citada Decisión Marco, en el sentido de exigir, por un lado, que la sanción de las conductas previstas solo sea posible si las mismas pueden incitar a la violencia o la discriminación, y, por otro, de atender a la posibilidad que otorga la Decisión Marco de sancionar estas conductas solo si los crímenes a los que hacen referencia han sido establecidos por resolución firme de un tribunal nacional de dicho Estado miembro o un tribunal internacional, o mediante resolución firme exclusiva de un tribunal internacional

— Supresión del apartado 2 a) y 2 b) del artículo 510.

Bibliografía

- ALASTUEY DOBÓN, C.: “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, núm. 18-14.
- ALCÁ CER GUIRAO, R.: “Diversidad cultural, intolerancia y Derecho Penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, núm. 18-11.
- ALCÁ CER GUIRAO, R.: “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012, núm. 14-02.
- GARROCHO SALCEDO, A. / PORTILLA CONTRERAS, G.: “Delitos de incitación al odio, la hostilidad,

- la discriminación o la violencia”, en Álvarez García (Dir.)/Dopico Gómez-Aller (Coord.) *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: “Discurso del Odio y principio del hecho”, en Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (Dir.), *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicación al discurso sexista”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2016, núm. 18-20.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicación al discurso sexista”, en Miró Llinares, f. (Dir.) *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho Penal ante el odio y la radicalización en Internet*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2017.
- LANDA GOROSTIZA, J. M.: *Los delitos de odio*, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2017.
- LANDA GOROSTIZA, J. M.: “El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa”, en Landa Gorostiza, J. M./Garro Carrera, E. (Dir) *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A.: “Proporcionalidad penal”, en Maqueda Abreu, M^a. L./Nieto Martín, M^a/ Ventura Püschel, A. (Coord) *Derecho Penal para un Estado social y democrático de Derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2016.
- LAURENZO COPELLO, P.: “Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados”, en de la Cuesta Aguado, P./Ruiz Rodríguez,

- L.R./Alcalá Sánchez, M./Hava García, E./Rodríguez Mesa, M.J./González Audelo, G./Meini, Méndez, I./Ríos Corbacho, J.M. (Coord) *Liber amicorum: Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Juan M. Terradillos Barroco*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2018.
- LAURENZO COPELO, P.: “La manipulación de los delitos de odio”, en PORTILLA CONTRERAS, G. / VELASQUEZ VELASQUEZ, F. (DIR), POMARES CINTAS E. / FUENTES OSORIO, J. L. (Coord), *Un juez para la democracia: Libro homenaje a Perfecto Andrés*, Dykinson, Madrid 2019. <https://doi.org/10.2307/j.ctv103x5bt5>
- MARTINEZ ROS, J.: “Los delitos de odio en el Código penal español”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 145, 2020.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 22.^a ed., revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2019 y 2/2019 con la colaboración de Carmen López Peregrín, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- PORTILLA CONTRERAS, G., “La represión penal del ‘discurso del odio’” en Quintero Olivares (Dir.) *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- PORTILLA CONTRERAS, G., “La represión penal del ‘discurso del odio’” en Álvarez García, F. J. (Dir.), Manjón - Cabeza Olmeda, A./Ventura Püschel, A. (Coor.) *Tratado de Derecho Penal Español Parte Especial T. IV. Delitos contra la Constitución (actualizado con las leyes orgánicas 1 y 2 /2015)*, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2016.
- PORTILLA CONTRERAS, G.: “El retorno de la censura y la caza de brujas de anarquistas”, en Miró Llinares, f. (Dir.) *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho Penal ante el odio y la radicalización en Internet*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2017.

- RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, S.: “Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación penal de la incitación al odio”, en Miró Llinares, F. (Dir.) *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho Penal ante el odio y la radicalización en Internet*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2017.
- ROIG TORRES, M.: “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)”, en González Cussac, J. L. (Dir.)/Matallín Evangelio, A./Górriz Royo, C. (Coor.) *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Artículo 510” y “Artículo 607”, en Quintero Olivares (Dir.)/Morales Prats (Coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2016.
- TAPIA BALLESTEROS, P.: “Artículo 510”, en Gómez Tomillo/Javato Martín (Dirs.) *Comentarios prácticos al Código penal*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona.
- TERUEL LOZANO, G. M.: “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código penal”, *Indret* 4/2015.
- VALLS PRIETO, J.: “Delitos contra la Constitución”, en Morillas Cueva, L. (Dir) *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 Y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015.

Jurisprudencia

- STS 675/2020, de 11 de diciembre
- STS 135/2020, de 7 de mayo
- STS 47/2019, de 4 de abril
- STS 185/2019, de 2 de abril
- STS 72/2018, de 9 de febrero
- STS 646/2018, de 14 de diciembre

- SAN 6/2018, de 4 de marzo
- SAN 3/2018, de 2 de marzo
- SAN 2/2017, de 26 de enero
- STSJ, Madrid, 223/2020, de 2 de abril
- SAP, Barcelona, de 8 de noviembre de 2018
- SAP, Madrid, 15ª, 676/2017, de 30 de octubre
- SAP, Navarra, 2ª, 55/2017, de 21 de marzo
- SJP, Barcelona, 357/2017, de 10 de octubre
- .- Auto Juzgado de Instrucción, nº 2 de San Sebastia, 92/2021,
de 11 de marzo