



Legislación aplicada a la práctica

El artículo 510.1.a) del Código Penal a la luz de 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

Por Pastora GARCÍA ÁLVAREZ

*Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla*

FICHA TÉCNICA

Resumen: *En este trabajo se analizan individualmente las pautas ofrecidas en la Circular 7/2019 que, según la Fiscalía General del Estado, son comunes a todas las figuras delictivas contenidas en el artículo 510 del Código Penal —al que considera paradigma de la lucha contra la discriminación excluyente—, para comprobar si son o no acertadas sus interpretaciones y la*

utilidad real de las mismas, centrándonos específicamente en la repercusión de las mismas en el análisis de las conductas contenidas en el apartado 1.a) de dicho artículo.

Palabras clave: Artículo 510 del Código Penal. Circular 7/2019. Delito de odio. Discriminación excluyente.

Abstract: *This work individually analyzes the guidelines offered in Circular 7/2019 which, according to the State Attorney General's Office, are common to all the criminal figures contained in article 510 of the Criminal Code —which it considers a paradigm of the fight against violence. exclusionary discrimination—, to check whether or not their interpretations and their real usefulness are correct, focusing specifically on their impact on the analysis of the behaviors contained in section 1.a) of said article.*

Keywords: Article 510 of the Criminal Code. Circular 7/2019. Exclusionary Discrimination. Hate Crime.

I. Introducción (1)

El artículo 510 del Código Penal recibió su redacción vigente tras la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo. Con ella, los cambios experimentados por este precepto no sólo son numerosos, sino que, además, conllevan una toma de postura de nuestro legislador sobre las interpretaciones restrictivas del mismo que, doctrina y jurisprudencia, defendían hasta el momento.

En concreto, y por lo que a las modificaciones de la conducta recogida en el apartado 1.a) del artículo 510 se refiere: en primer lugar, el verbo rector de la conducta típica deja de ser «provocar» y pasa a ser «fomentar, promover o incitar» tanto directa como indirectamente, si bien de forma pública; en segundo lugar, se añade a la incitación al «odio a la discriminación o a la violencia», la incitación a la «hostilidad»; en tercer lugar, los destinatarios de estas conductas de fomento, promoción o incitación pueden ser ya no sólo determinados grupos caracterizados por ciertas notas, sino también una parte de los mismos o simplemente una persona integrante de dichos grupos. Y, por último, se aumentan las notas caracterizadoras del grupo contra el que se fomenta, promueve o incita al odio, la hostilidad, la violencia o la discriminación, pudiendo ser un grupo caracterizado también por una determinada «identidad sexual» o «género».

Las consecuencias más importantes de estos cambios son las siguientes: al sustituir el verbo «provocar» para referirse a la conducta típica, se elimina el puntal de todas aquellas construcciones que interpretaban el anterior artículo 510.1 CP partiendo de la definición de la provocación como forma de participación intentada en el artículo 18.1 CP (2) . Y si con ello no fuera suficiente, el legislador no sólo no elimina la referencia al «odio» —tal y como, por ejemplo, yo misma solicitaba (3) —, sino que, al añadir la posibilidad de que a lo que se fomente, promueva o incite no sea más que a conductas « hostiles», recalca que aquello a lo que se fomente, promueva o incite, no tiene que ser algo desaprobado penalmente. De manera que, en principio, da la espalda a todas aquellas interpretaciones que requerían que la provocación a la que aludía el artículo 510.1 CP en su redacción anterior, tenía que ser a violencias o a discriminaciones constitutivas de «delito» (4) .

Por otro lado, al incorporar la posibilidad de que los destinatarios de estas incitaciones sean no sólo los grupos, sino también las personas individuales que formen parte de los mismos, choca en mi opinión, con aquellas construcciones que entendían que el anterior artículo 510.1 CP recogía una conducta de «provocación» *sui generis* en la que no se protegían derechos individuales, sino la seguridad existencial de ciertos grupos caracterizados por ciertas notas, apoyándose, precisamente, en que sólo se mencionaban los «grupos» como posibles sujetos pasivos (5) .

Estos cambios, y las consecuencias de los mismos, me hicieron plantearme la constitucionalidad de la nueva redacción recibida por este apartado, cuestión ésta a la que tras el correspondiente análisis concluí con una negativa rotunda (6) . Desde mi punto de vista, para que el tenor de este precepto pudiera ser compatible con nuestra Constitución, el legislador debería haber respetado las pautas ofrecidas por nuestro Tribunal Constitucional en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, a la hora de criminalizar conductas que, en principio, podrían quedar amparadas por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Es decir, partiendo de la premisa de que «a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales» y de que «la libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión» (FJ Sexto), sólo se pueden castigar penalmente —sacándolas por tanto del ejercicio a la libertad de expresión— si implican o una incitación *directa* a la violencia contra determinados grupos, o una provocación al odio hacia los mismos realizada *de tal manera, que represente un peligro cierto* de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación.

Sin embargo, tengo que reconocer que ya en el año 2017 se dictaron en nuestro país sentencias que se apartan claramente de esta línea interpretativa.

En efecto, para empezar, la sentencia 2/2017, de 26 de enero, de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional. Los hechos, acaecidos en diciembre de 2015, fueron enjuiciados por la Audiencia Nacional porque al acusado se le imputaba junto a un delito de incitación al odio del artículo 510.1 CP, un delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 CP. El acusado disponía de dos cuentas en la red social Twitter, en las que, además de colgar expresiones con las que alababa el terrorismo yihadista, colgaba también comentarios denigrando al colectivo de mujeres, por el hecho de serlo y expresiones con las que, en consideración de este órgano judicial, estimulaba la afrenta y el ataque físico contra éstas. Dejando de lado los hechos relativos al delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP, la Audiencia Nacional entendió que los comentarios vertidos por el acusado contra las mujeres integraban el delito del art. 510.1 CP por «rezumar» discriminación hacia la mujer (ya que, en ellos, partiendo de una ubicación de la mujer en situación de desventaja respecto del hombre, la denigraba) y por revelar «hostilidad» contra ella. Esto último porque el acusado, tras contabilizar las muertes de mujeres por conductas de violencia de género, mostraba su deseo de que la cifra se duplicara con frases como éstas: «53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas» 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».

Esta sentencia fue recurrida en casación (583/2017) ante el Tribunal Supremo que, por sentencia 72/2018, de 9 de febrero, estimando parcialmente el recurso del condenado, le absolvió por el delito de enaltecimiento del terrorismo, manteniendo la condena por el delito de incitación al odio, al entender el delito del artículo 510 CP (FD Único) como un delito de peligro abstracto en el que basta para su realización «la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del «discurso del odio», que lleva implícito el peligro a que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad». Es decir, consideró que en cuanto en dichos Convenios Internacionales el discurso del odio es antijurídico *per se*, «sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio», para que se dé el tipo penal basta con la constatación «de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio» pues —sostiene— «esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación».

Yo ya manifesté mi parecer crítico contra dicha resolución, ya que, en mi opinión, los comentarios del acusado eran claramente denigrantes para la mujer, pero no debían dar lugar a la apreciación del delito del artículo 510.1.a) CP, no al menos si se pretendiera respetar —cosa que considero debería hacerse— las pautas ofrecidas por nuestro Tribunal Constitucional en la referida STC 235/2007, de 7 de noviembre, ya que los comentarios del acusado «deseando» la muerte de más mujeres no constituyen desde mi punto de vista ni una incitación *directa* a la violencia contra ellas, ni tampoco un peligro *cierto* de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación contra las mismas (7) .

El que la mera exposición de ideas que no constituya una incitación directa a la violencia o

entrañe, al menos, un peligro cierto de generar un clima de violencia, no debe ser sancionado penalmente, había ya anteriormente quedado claramente argumentado en el Auto de 8 de septiembre de 2017, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia, al sostener que: «... la mera difusión de ideas, por sí sola, nunca puede constituir delito» ya que —y continúa— «En otro caso, se produciría la sanción penal sin concurrir lesión ni puesta en peligro de bien jurídico alguno, ante la simple posibilidad de que alguien pudiera ser convencido por el discurso de modo que pudiera acomodar su conducta futura al mismo» (FJ Tercero).

La argumentación mantenida por nuestro Tribunal Supremo en la sentencia 72/2018, de 9 de febrero, ha sido criticada también por otros autores (8), si bien con una argumentación diferente a la aquí sostenida. Pero la cuestión es que este cambio jurisprudencial —criticable en mi opinión— parece ser avalado posteriormente por 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 CP (9).

En esta Circular, después de hacer constar el incremento de los delitos de odio, fomentados primordialmente por el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación (TICs), y, tras señalar las medidas adoptadas por el Ministerio Fiscal para adecuarse a esta realidad (10), se explica que si bien se ha producido una expansión de la respuesta penal, ésta no ha dado lugar a una categoría unívoca de delitos de odio, pero que, dentro de la heterogeneidad de figuras delictivas sobre la materia en el Código Penal, el artículo 510 es el precepto paradigma en la lucha contra la discriminación excluyente. Por lo que esta Circular se centra en el estudio y análisis del artículo 510, con la finalidad teórica de ofrecer a los Señores Fiscales unas pautas de actuación que sean, por un lado, lo suficientemente generales como para otorgar soluciones a los distintos problemas que estas figuras delictivas puedan plantear y, al mismo tiempo, lo más concretas y útiles posibles. Dicho lo anterior, la Fiscalía procede a señalar y a analizar las notas que considera comunes a las distintas conductas delictivas previstas en el artículo 510 CP.

II. La Circular 7/2019, de 14 de mayo: notas comunes de las distintas conductas delictivas reconducibles al artículo 510 del Código Penal

Como acabo de exponer, la Circular 7/2019, objeto de análisis, tomando al artículo 510 del Código Penal como paradigma de los preceptos que en nuestro Ordenamiento jurídico penal luchan contra la discriminación, considera que, a pesar de la diversidad de figuras delictivas que en él se engloban, es posible apreciar algunas características comunes a todas ellas. Características comunes éstas que, en su opinión, sirven para un correcto entendimiento del fenómeno delictivo de los delitos de odio —globalmente considerados—, de cara a ofrecer unas pautas interpretativas generales en la identificación de las conductas de discriminación o de odio intolerante que merecen la sanción penal. Procedo, pues, a recoger sus indicaciones en relación a cada una de ellas, para analizarlas de forma individualizada.

1. Bien jurídico protegido

En consideración de la Fiscalía, lo primero que tienen en común las distintas conductas delictivas reconducibles al artículo 510 CP es el bien jurídico y, para tratar de concretarlo, atiende a diversos ejes. En primer lugar, al que otorga la propia ubicación sistemática de este precepto, dentro del Capítulo IV, del Título XXI del Libro II del CP, lo que le lleva a sostener que este precepto se orienta —desde esta perspectiva— a la promoción del correcto ejercicio de los derechos fundamentales. En segundo lugar, y atendiendo al hecho de que los sujetos pasivos del delito son ciertos grupos caracterizados por ciertas notas que los diferencian del resto, fija el eje del precepto al mismo tiempo, en la prohibición de la discriminación como derecho autónomo derivado del derecho a la igualdad. Y, en tercer lugar, y atendiendo al origen y fundamento de los delitos de odio, sostiene que la igualdad y la no discriminación sólo pueden ser consideradas como expresión de la dignidad de la persona.

Sin embargo, una vez expuesto todo lo anterior, la Fiscalía no fija en este apartado con claridad cuál es el bien jurídico protegido en este precepto, lo que hace es señalar qué características tiene que tener la conducta que sea sancionable conforme al mismo. A tales efectos realiza las siguientes afirmaciones. Para empezar, señala que, para que haya una infracción de odio no basta

con un trato desigual o discriminatorio, sino que ha de haber un «desprecio a la dignidad intrínseca que todo ser humano posee por el mero hecho de serlo». Y a continuación sostiene que lo anterior «Supone, en definitiva, un ataque al diferente como expresión de una intolerancia incompatible con la convivencia». De manera que la Fiscalía hace depender la consideración de infracción de odio —entendiendo punible— de que el comportamiento discriminatorio atente contra la dignidad de la persona. Para después desprender del desprecio hacia la dignidad de la persona mostrado a través del comportamiento discriminatorio, la inadmisibilidad de esa manifestación de intolerancia, por entenderla entonces contraria a los principios básicos de nuestra sociedad democrática.

En mi opinión, aquí hay dos cuestiones que necesitan de una reflexión. Por un lado, aunque se supone que tiene en cuenta que el bien jurídico protegido en este precepto es el derecho a no ser discriminado (lo que en relación a las conductas del apartado 1.a) de este artículo me parece indiscutible), considera que va a haber conductas discriminatorias a sancionar con arreglo al precepto y otras que no han de serlo en atención a que supongan o no un desprecio a la dignidad intrínseca de la persona por el hecho de serlo, lo que no es de recibo.

Me explico. En la Circular objeto de análisis, se afirma lo siguiente: «Por lo tanto, a la hora de abordar cualquier asunto de esta naturaleza, los/las Sres./Sras. Fiscales habrán de valorar si la conducta del sujeto activo supone no sólo un trato desigual o discriminatorio, es decir, una diferencia de trato que no responde a una justificación objetiva, razonable, necesaria y proporcionada, *pues no toda discriminación reúne las características específicas que la cualifican como expresiva de un delito de odio. Para que concurra una infracción de odio será necesario, además, que la acción u omisión sólo pueda ser entendida desde el desprecio a la dignidad intrínseca que todo ser humano posee por el mero hecho de serlo*» (11) . Sin embargo, las conductas discriminatorias por el menosprecio implícito que conllevan hacia la persona discriminada, están vinculadas *per se* no sólo con la igualdad sino también con la dignidad humana. Y así lo viene reconociendo mayoritariamente desde hace años la doctrina española (12) , y también de forma expresa nuestro Tribunal Constitucional (pueden consultarse al respecto, específicamente, por ejemplo, las sentencias 214/1991, de 11 de noviembre —dictada en el conocido como caso Violeta Friedman (13) / (14) — y 176/1995, de 11 de diciembre). E incluso, ya mucho antes, la propia Declaración de las Naciones Unidas sobre Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial (acordada el 23 de noviembre de 1965 por la Asamblea General de la ONU), recogía que la discriminación del ser humano por raza, color, u origen étnico constituye un ataque a la dignidad humana (15) .

Por tanto, si esto es así, no podemos aceptar como válida la supuesta diferenciación que plantea el Ministerio Fiscal entre conductas discriminatorias que atentan contra la dignidad humana y las que no. Sencillamente, si se discrimina peyorativamente a una persona, siempre se estará atentando ya contra la dignidad de esa persona, porque, en palabras de Álvarez Álvarez, «infravalorar a un ser humano por ser portador de alguna peculiaridad es atacar su dignidad, la dignidad del ser humano» (16) . O, como sostiene Landa Gorostiza: «un tratamiento diferenciador con base en las causas discriminatorias implica la negación al individuo de su condición plena de persona humana, en la medida en que se le hace acreedor de una conducta perjudicial al margen de sus méritos o capacidades» (17) .

En consecuencia, y siguiendo la argumentación del Ministerio Fiscal, toda conducta discriminatoria —no sólo algunas de ellas, como se recoge sin embargo en la Circular— constituirá un ataque al diferente como «expresión de una intolerancia incompatible con la convivencia». Pero esto es una obviedad, no una novedad. Si el derecho a no ser discriminado es un derecho constitucionalmente amparado que entronca con la dignidad misma del ser humano y, por tanto, merece ser protegido con el Derecho penal, los ataques contra dicho derecho son (han de ser) conductas intolerables (18) .

Mucho más precisa se muestra la Fiscalía sobre la concreción del bien jurídico en el epígrafe de la Circular rubricado como «Conclusiones». En efecto, en su primera conclusión, relativa precisamente al bien jurídico, sostiene sin ambages, que el bien jurídico protegido en las distintas figuras penales del artículo 510 es la dignidad de la persona (19) .

Ahora bien, en mi opinión, el que éste sea el bien jurídico en éste o en algún otro precepto del

Código Penal, es más que discutible. Desde mi punto de vista, la dignidad humana no es siquiera un bien jurídico específico a proteger por el Derecho Penal. Y esta afirmación no debe llevar a error, lo que quiero transmitir es que la dignidad humana, como ya ha defendido parte de la doctrina (20) , es más que un bien jurídico, es un fundamento del Ordenamiento jurídico, principio inspirador conforme al cual han de interpretarse todos y cada uno de los derechos fundamentales y, consecuentemente, conforme al cual han de ser entendidos todos y cada uno de los bienes jurídicos que de ellos deriven, entre ellos, ciertamente, el derecho a no ser discriminado, pero también por ejemplo, la integridad moral (21) .

Por tanto, si la dignidad humana no puede escindirse de los diferentes bienes jurídicos de los que es titular la persona individualmente considerada, todo ataque a un bien jurídico personalísimo repercute, en última instancia, en la dignidad de la persona de su titular, por lo que ésta como tal no puede ser reputada bien jurídico específico objeto de protección por el Derecho Penal, como decía, ni en éste ni en ningún otro precepto del Código Penal. Ahora bien, negar que la dignidad humana pueda ser protegida como bien jurídico en este delito de forma específica (o en cualquier otro) no implica negar que el Derecho Penal deba intervenir ante las humillaciones o vejaciones de las que pueda ser víctima una persona. Por el contrario, si una conducta atenta contra la dignidad de una persona, éste ataque podrá ser sancionado por el concreto precepto penal en el que se proteja específicamente el bien jurídico derivado de la dignidad que haya sido afectado en el caso concreto. Expuesto todo lo anterior, el bien jurídico que entiendo concretamente amparado en el artículo 510.1.a), no siendo la dignidad humana, sí es clarísimamente una de sus manifestaciones: esto es, el derecho a no ser discriminado. De hecho, si recordamos, éste es uno de los ejes que la propia Fiscalía toma en consideración a la hora de determinar el bien jurídico protegido en este artículo. Derecho éste que si bien en el caso de sujetos pasivos individuales puede entenderse como el derecho de la persona, individualmente considerada, a no ser discriminada como manifestación de la igualdad, *en el sentido del derecho que tienen todas las personas a ser tratadas como les corresponde por ley* (22) , en la medida en que el sujeto pasivo de este delito van a serlo grupos (23) caracterizados por ciertas notas diferenciadoras, quizás podría entenderse como el *derecho del grupo a que no se perpetúe su desigualdad social, o a que no se altere su igualdad respecto al colectivo social*.

El segundo punto que se aborda en la Circular de la Fiscalía es el encaje del castigo del discurso del odio en relación al ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, al que procedo a referirme a continuación.

2. Discurso del odio y libertad de expresión

En relación a esta cuestión, la Fiscalía trae a colación algunas de las sentencias más importantes dictadas por nuestro Tribunal Constitucional en lo que al derecho a la libertad de expresión se refiere, para evidenciar cómo siendo la libertad de expresión un derecho fundamental, de carácter preeminente (en cuanto la libertad de expresión es uno de los pilares de una sociedad libre y democrática como la nuestra (24)), no es un derecho de carácter absoluto. Por el contrario, éste se verá limitado cuando entre en conflicto con otros derechos constitucionales. El problema, por otra parte, es que la libertad de expresión es tan importante en un sistema democrático como es el español, que hay que tener cuidado con que el recurso al Derecho Penal no termine convirtiéndose en un factor de disuasión del ejercicio de la misma (25) . Por lo que, en ese delicado equilibrio, en los casos en los que la libertad de expresión choque con otros derechos o intereses, habrá que hacer una adecuada ponderación.

En esa ponderación, el Tribunal Constitucional ha venido admitiendo tradicionalmente que la libertad de expresión no puede amparar, por ejemplo, ataques contra el honor ajeno (26) . Ahora bien, la Circular de la Fiscalía acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y algunas de sus sentencias (27) en virtud de las cuales se recoge que la libertad de expresión no puede dar cobertura tampoco al llamado «discurso del odio», con lo que da a entender —y así lo confirma en el epígrafe «Conclusiones»— que cualquier conducta encuadrable en tal categoría, automáticamente, quedaría fuera del ejercicio de la libertad de expresión. Pero no tiene razón la Fiscalía cuando pone como ejemplo de plasmación de tal conclusión, los pronunciamientos dictados por nuestro Tribunal Constitucional en sus sentencias 235/2007, de 7 de noviembre y 112/2016,

de 20 de junio.

En concreto, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, afirma efectivamente que el «discurso del odio» no queda abarcado por la libertad de expresión, pero exige, al mismo tiempo, que esa conducta de «discurso del odio», para que pueda dar lugar a una restricción de la libertad de expresión, tiene que reunir ciertos requisitos. A tales efectos exige que, para que la expresión de ideas u opiniones pueda llegar a ser constitutiva de delito, ha de constatarse que éstas constituyen o una incitación, aunque sea *indirecta*, al delito de genocidio, o una incitación ya *directa* a la violencia contra determinados grupos o una provocación al odio contra los mismos siempre y cuando se lleve a cabo de tal manera que esa provocación represente «un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación» (FJ Octavo y Noveno). Por lo que, en definitivas cuentas, de este pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional ha de extraerse que no toda expresión, manifestación o conducta que pueda entenderse encuadrable bajo la rúbrica de «discurso del odio», tiene por qué dar lugar a una respuesta penal. Es decir, lo contrario de lo que se afirma en la Circular.

Y, por lo que se refiere a la STC 112/2016, de 20 de junio, en ella se argumenta (partiendo de las sentencias del TEDH que sostienen que las conductas de discurso del odio que no son amparables por la libertad de expresión son las que justifican el recurso a la violencia para la consecución de objetivos políticos) que la condena por delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) del recurrente no vulneraba su derecho a la libertad de expresión porque su conducta «incitaba a la violencia a través del enaltecimiento del autor de actividades terroristas» (28), fundamentando en dicha «incitación a la violencia» el castigo de la conducta. Lo que permite deducir nuevamente, que no toda conducta encuadrable como «discurso del odio» ha de quedar fuera del ejercicio de la libertad de expresión ni ser, consecuentemente, sancionada penalmente.

En este mismo apartado, pero como una cuestión independiente (aunque después las mezcla en sus razonamientos), la Fiscalía aborda en esta Circular qué es lo que ha de entenderse por «discurso del odio». A estos efectos, y tras efectuar un recorrido por los diferentes textos normativos de carácter internacional que han ido conformándolo (29), reconoce que, en nuestro país, nuestros tribunales en sus sentencias han venido tradicionalmente restringiendo el concepto de «discurso del odio» mantenido en varios de esos documentos internacionales. Así, si bien conforme al artículo 1 de la Decisión Marco 2008/913/JAI el discurso del odio se integra por varias conductas cuyo eje radica en «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», incluyendo también las conductas de «apología pública, negación o trivialización flagrante» de crímenes contra la humanidad; nuestro Tribunal Constitucional (STC 335/2007, de 7 de noviembre (30)) y nuestro Tribunal Supremo (STS 259/2011, de 12 de abril (31)) han venido vinculando el discurso del odio a la incitación a la comisión de hechos concretos o violentos.

Pues bien, la Fiscalía entiende que, en atención a ciertas sentencias más recientes, se ha producido un cambio en la jurisprudencia española en virtud del cual se cambia la forma de entender el «discurso del odio», que lo desvincula de las exigencias tradicionales. Y para evidenciar este cambio de interpretación cita dos sentencias: la STC 112/2016, de 20 de junio, anteriormente referida; y la STS 72/2018, de 9 de febrero.

Por lo que se refiere a la primera, podemos comprobar que lo que dice el Tribunal Constitucional es lo siguiente: «Esta exigencia de que la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión (...)» (32). Luego, en realidad, en esta resolución no se está adoptando un concepto de «discurso del odio» con un contenido distinto a como se entendía en otras anteriores. De hecho, como ya indiqué más arriba, en esta sentencia se entendió que la conducta del acusado integraba el delito de enaltecimiento del terrorismo porque se estimó acreditado que con sus manifestaciones «incitó a la violencia». Por tanto, no por ser una conducta constitutiva del «discurso del odio», sin más.

Por lo que se refiere a la segunda de las sentencias, la STS 72/2018, de 9 de febrero, a la que ya me referí en la introducción de este trabajo, en efecto, en ella sí ya se recoge, y cito textualmente: «Por su parte, el art. 510 CP (...) Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del «discurso del odio», que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren *la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo*. 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 manera que —efectivamente— en esta sentencia se considera que la inclusión de un comportamiento bajo la rúbrica del «discurso del odio», en cuanto que se presume que el mismo provoca *per se*, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia o de discriminación, es automáticamente constitutiva del delito encuadrable en este precepto. Luego, aquí sí hay un verdadero cambio en la forma de entender el «discurso del odio».

Sin embargo, y al mismo tiempo, La Fiscalía en esta Circular reconoce que: «No obstante, todo lo expuesto, el discurso del odio no presenta unos contornos uniformes en los ámbitos nacional e internacional, tanto en la vertiente normativa —a través de la descripción de las conductas o de los motivos de discriminación—, como en la exigencia interpretativa sobre la mayor o menor publicidad de los actos o sobre la concreción de la relevancia o el peligro para la afectación del bien jurídico protegido». Matización ésta que para mí implica lo siguiente: habrá que tener en cuenta, por un lado, la redacción concreta de los tipos penales en nuestro Ordenamiento jurídico-penal y, por otro, cómo interprete cada delito la jurisprudencia. Por lo que no creo deba deducirse del hecho de que haya habido una única sentencia en la que se haya hecho una interpretación distinta de la tradicionalmente defendida del delito del artículo 510.1 CP, que ya por ello hay un cambio jurisprudencial, al no estar éste ni mucho menos consolidado (33), ni tampoco que esta última interpretación sea la que mejor se adecue a los principios de nuestro sistema jurídico.

De hecho, esta STS 72/2018, de 9 de febrero, no tiene en consideración otros instrumentos en materia de derechos humanos que nuestros Tribunales también deben observar al limitar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión como, por ejemplo, el Plan de Acción de Rabat de Naciones Unidas, de 11 de enero, de 2013, sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. En virtud del cual, las prohibiciones en materia de incitación deben centrarse en la apología del odio discriminatorio dirigido a un grupo protegido, para lo que además considera han de tenerse en cuenta seis factores, siendo uno de ellos la necesidad de que haya una probabilidad razonable de discriminación, hostilidad o violencia (34) / (35).

Por su parte, la Fiscalía procede a dar en esta Circular sus propias pautas de interpretación general conforme a las cuales entiende que el «discurso del odio» ha de ser punible:

En primer lugar, señala la posibilidad de que se manifieste en una pluralidad de conductas. Así indica que pueden consistir en la promoción o difusión de ideas u opiniones; en la emisión de expresiones o realización de actos de menosprecio, descrédito o humillación; o que inciten a la violencia física o psíquica; en el enaltecimiento de ese tipo de hechos o de sus autores; o en la justificación, trivialización o negación de graves actos contra la humanidad.

En segundo lugar, hace hincapié en que ha de ser una conducta relevante. Por lo que puntualiza que no han de perseguirse las meras ideas u opiniones, sino sólo aquellas conductas que infrinjan el bien jurídico protegido o que sean susceptibles de generar un riesgo o peligro para el mismo.

En tercer lugar, exige que haya una «motivación discriminatoria». Y entiende que éste es un elemento absolutamente esencial, que lo distingue de cualquier otra figura delictiva.

De modo que, en consideración de la Fiscalía, con independencia de que las conductas encuadrables en el «discurso del odio» puedan en principio consistir en la mera transmisión de ideas, éstas sólo van a ser punibles si afectan a un bien jurídico y se llevan a cabo por «motivaciones discriminatorias».

Luego, la Fiscalía no considera realmente, aunque así lo afirme, que cualquier conducta encuadrable en el «discurso del odio» (sea lo que sea, ya que no lo aclara), haya de ser sancionable penalmente. El problema fundamental de su planteamiento radica en la explicación que otorga a estas «motivaciones discriminatorias». Ya que si bien, por un lado, sostiene que «la conducta ha de estar orientada hacia la discriminación como expresión de la intolerancia excluyente frente a un determinado grupo o sus integrantes»; por otro, indica que lo que «se sanciona es el odio». Afirmaciones que ponen de manifiesto, como constataremos nuevamente en el epígrafe 5 (relativo al tipo subjetivo) —al que me remito—, su confusión entre la *motivación* del delito y la *intención* con la que éste se comete.

Dadas las pautas interpretativas anteriores, a continuación, vuelve a incidir en que, para apreciar la existencia de este tipo de delitos, y en atención a resoluciones anteriores, habrá que atender, no solo al tenor literal de las palabras, sino al sentido en el que fueron pronunciadas, el contexto y las circunstancias para llevar a cabo una investigación individualizada, para determinar si la conducta ha de ser sancionada penalmente, optando, en caso de duda, por la libertad de expresión (*favor libertatis*).

Expuesto todo lo anterior y después de todas estas reflexiones, en mi opinión, la Fiscalía no permite extraer una conclusión clara sobre qué es lo que entiende por «discurso del odio» ni cuándo considera que éste ha de ser punible. Es más, creo que complica aún más el tema (36) al dar, por un lado, unos criterios con los que parece querer predeterminar el ámbito de lo penalmente sancionable, para, a continuación, remitir a un análisis individualizado caso por caso, en el que dilucidar si se está ante una conducta constitutiva de delito o, por el contrario, amparable por el ejercicio de la libertad de expresión. En cualquier caso, al igual que ocurría en la argumentación de la STS 72/2018, tampoco la Fiscalía elige en la elaboración de sus argumentaciones precisamente los instrumentos internacionales suscritos por España que, permitiendo limitaciones al ejercicio del derecho a libertad de expresión, son para ello bastante más restrictivos que la Decisión Marco 2008/913/JAI, que motivó el vigente tenor literal del artículo 510 CP.

3. Naturaleza jurídica de los delitos de odio

En este epígrafe la Fiscalía sí dispone con toda claridad que los Fiscales han de interpretar las distintas figuras penales englobadas en el artículo 510 CP, como delitos de peligro abstracto, con la salvedad de la contenida en el primer inciso del art. 510.2.a), que considera de peligro concreto.

Pues bien, en mi opinión, la figura del art. 510.2.a) no es en ningún caso un delito de peligro concreto. En un precepto en el que se incriminan dos modalidades delictivas distintas, siendo una de ellas de resultado lesivo (en cuanto empieza diciendo «Quienes lesionen la dignidad ...»); y la otra, de peligro hipotético (sean idóneos para lesionar la dignidad ...»).

Por lo que se refiere a la contenida en el artículo 510.1, apartado a), ya antes de su reforma del año 2015, era tenida en cuenta por parte de la doctrina como delito de peligro abstracto (37). Ahora bien, es importante comprobar cómo la Fiscalía en esta Circular, tras recoger la fundamentación jurídica de varias sentencias (38) sobre este precepto, otorga a los Fiscales la siguiente recomendación: «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*» (39).

Si leemos bien esta recomendación o instrucción, hay que concluir que, en realidad, la Fiscalía no está entendiendo esta figura penal como un delito de peligro abstracto sin más, si no, como un delito de peligro hipotético (40), que no es exactamente lo mismo. De hecho, siendo generalmente rechazada por los autores la técnica legislativa de los delitos de peligro abstracto (41), los delitos de peligro hipotético se entienden generalmente admisibles en la medida en que, al menos, se está pidiendo para el castigo de la conducta tipificada, el que ésta revista la idoneidad suficiente como para afectar al bien jurídico protegido. En este caso concreto, la Fiscalía exige que la conducta que se lleve a cabo (encuadrable como «discurso del odio») ha de ser idónea para generar no ya sólo

un clima de odio o discriminación —que también—, sino que es que exige que esa situación conlleve el riesgo —habrá que entender real— de que se materialicen conductas intolerantes contra los grupos objeto de protección.

Luego de aquí hay que extraer varias conclusiones. Primero, que la Fiscalía descarta que haya de castigarse cualquier conducta por el mero hecho de que encaje en la expresión «discurso del odio» (lo que constituye una contradicción con la primera parte de las afirmaciones vertidas en relación a la cuestión tratada en el apartado anterior), ya que conforme a lo expuesto no está dando por suficiente el contenido de desvalor que, según algunas de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, motivan —conforme a su interpretación— su castigo automático. Segundo, la Fiscalía no pide ciertamente que se fomente un acto concreto ni, por supuesto, delictivo. Pero tampoco entiende suficiente el que se fomente un clima de odio o discriminación. Si no que exige que, tal situación de clima de odio o discriminación sea idónea para materializarse en muestras de intolerancia excluyente. Esto es, habrá que analizar las circunstancias del caso concreto y la existencia de un riesgo real de materialización de conductas intolerantes. Por lo que, si unimos tal afirmación con las realizadas por la Fiscalía en el apartado relativo al bien jurídico, lo que habrá de constatarse en el caso concreto será la realización de conductas discriminatorias. Pues, en ese apartado, lo que argumentaba era, precisamente, el que la realización de las conductas discriminatorias, en cuanto que las mismas afectan a la dignidad de la persona en cuanto ser humano, constituirá la «expresión de una intolerancia incompatible con la convivencia».

4. Sujeto pasivo de todos los delitos de odio

En principio, la Fiscalía se muestra conservadora en este aspecto. Así, parte de la premisa de que los «delitos de odio» afectan como sujetos pasivos, a grupos de personas o sujetos individuales en cuanto miembros de los mismos, que presentan unas características propias, concretamente alguna de las notas que cada precepto señale específicamente y no, por tanto, otras diferentes.

Ahora bien, a continuación, afirma, y reproduzco literalmente, lo siguiente: «*El origen del delito de odio está relacionado con la protección a los colectivos desfavorecidos, pero la vulnerabilidad del colectivo no es un elemento del tipo delictivo que requiera ser acreditado, sino que el legislador, haciendo ese juicio de valor previo, al incluirlo en el tipo penal, ha partido de esa vulnerabilidad intrínseca o situación de vulnerabilidad en el entorno social. Tampoco lo es el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo. Así una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacia tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos*» (42).

Pues bien, en este párrafo se recogen dos afirmaciones que se contradicen entre sí. En efecto, por un lado, sostiene que el origen de los delitos de odio está relacionado con la protección de ciertos colectivos desfavorecidos de los que se presume su vulnerabilidad, para, a continuación, sostener que a estos preceptos podrá reconducirse la incitación al odio, por ejemplo, contra una persona o grupo de ideología nazi.

En mi opinión, la Fiscalía, con el recurso a este ejemplo, no es que se contradiga, sino que llega a desvirtuar la razón de ser de los delitos de odio, en general, y de la figura delictiva del artículo 510, en particular.

Precisamente, si se atiende a los orígenes históricos de estos delitos, no se puede entender que cuando, por ejemplo, en el artículo 510.1.a) se castiga a los que «fomenten, promuevan o inciten, directa o indirectamente, al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo o parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel», por ejemplo, por motivos, *racistas* (43), dé lo mismo el que la persona afectada pertenezca, tratándose de nuestro país, a la raza «blanca» o a la raza «negra». En nuestro país, si el color de la piel de la población es mayoritariamente «blanco», no sería de recibo que se aplique un «delito de odio» cuando la conducta tenga por sujeto pasivo precisamente a una persona que pertenece al grupo mayoritario, por mucho que la conducta se realice en atención al color de su piel ya que, en este caso, no es una nota que permita sostener que por ello esa persona pertenezca a un grupo desfavorecido. Lo mismo habrá que sostener si la conducta se realiza por razón de sexo u por orientación sexual. Aunque teóricamente estos términos permitan incluir al sexo tanto femenino como masculino o a homosexuales y heterosexuales, la pertenencia a cualquiera de estos grupos no puede determinar el que el sujeto o grupo en cuestión pueda ser amparado por este precepto. Y si el motivo que

presidiera la conducta en cuestión fuera la *ideología*, resultaría verdaderamente chocante el que el precepto fuera de aplicación en el caso que la Fiscalía propone (44). La ideología nazi podrá ser minoritaria, pero la misma no convierte al grupo que la profese en un colectivo merecedor de protección. No es una cuestión del valor «ético» del sujeto pasivo. Es que esa nota diferenciadora, por mucho que sea una cuestión de ideología, no los convierte en un grupo desfavorecido ni vulnerable. Luego, las notas o factores diferenciadores que conforman el delito del artículo 510 CP necesitan de una interpretación que permita entender cuándo efectivamente la conducta realizada en atención a las mismas, se hace merecedora del reproche penal, precisamente en atención al origen histórico de este tipo de delitos (45). Por ello considero que siempre habrá de tratarse de notas diferenciadoras que permitan caracterizar al colectivo por ellas identificado como un colectivo histórica y sistemáticamente marginado (46). Lo contrario supondría desatender, como pone de manifiesto Lorenzo Copello, el componente discriminador propio del concepto internacional del «discurso del odio» (47).

5. Tipo subjetivo de los delitos de odio

Los delitos de odio son delitos eminentemente dolosos si bien no exigen expresamente la concurrencia de un ánimo específico. Así, la Fiscalía hace constar que es suficiente con que en el caso concreto se acredite que el sujeto activo, sabiendo lo que está haciendo (es decir, que estaba fomentando, promoviendo, incitando, al odio, a la hostilidad, discriminación o violencia contra los grupos caracterizados por ciertas notas, o las personas que los integran) lleve a la práctica dicha conducta. Para entender acreditado este conocimiento y comprensión de lo que se hace, la Fiscalía señala que se puede tener en cuenta, por ejemplo, el que se trate de expresiones vertidas por escrito, aunque sea a través de redes sociales, en la medida en que el carácter escrito de lo que se transmite permite una cierta reflexión sobre lo que se está escribiendo; el carácter reiterado de esas expresiones; el que el mismo tipo de comportamientos se repita en distintos momentos, etc. Eso sí, admite que un único comentario vertido en un foro o chat creado específicamente para verter expresiones contra los grupos de personas a que se refiere el artículo 510.1 CP, puede permitir entender acreditado el dolo requerido para sostener la tipicidad de la conducta.

Sin embargo, y después de entender suficiente la concurrencia de lo que denomina, un dolo genérico, considera que los delitos de odio requieren de una determinada motivación. En concreto exige para que la conducta sea típica, el que ésta haya sido realizada por un «*motivo de odio o discriminación*» contra un determinado grupo o sus integrantes. Y considera que esta «motivación» es «un elemento subjetivo tendencial».

Considero que aquí la Fiscalía —como ya anticipé— está confundiendo los términos: como reconoce en la propia Circular, una cosa es la *motivación* del delito y otra, la *intención* con la que se comete; luego no es correcto que después se usen ambas expresiones como si fueran sinónimos. El fundamento del castigo de estos hechos no puede recaer en el sentimiento de odio que mueva al sujeto activo (48). En un Derecho penal de acto, lo determinante no puede ser la actitud interna del autor del delito. La expresión «por motivos» que se emplea en el artículo 510.1.a) indica, simplemente, que esos factores otorgan al trato ofrecido el carácter de verdadero trato discriminador, diferenciándolo del trato desigual meramente arbitrario. Y así considero debe ser entendida. Otra cuestión distinta es si ha de exigirse que la conducta tipificada se lleve a cabo con una intención ulterior, es decir, de forma tendenciosa (49). Es cierto que el precepto penal no lo exige de forma expresa pero, como reconoce Cámara Arroyo, «los elementos subjetivos específicos en esta clase de delitos habitualmente se habían entendido con razón, implícitamente recogidos en el tipo, siendo necesario para que la conducta fuera tenida como delictiva» (50). De hecho, con tal exigencia se contribuye a una restricción de este precepto que permite dejar fuera del ámbito penalmente relevante todas aquellas conductas que sean realizadas con ánimo, por ejemplo, jocosos o artísticos y restringir su ámbito de aplicación a conductas que, si reúnen otros requisitos, serán verdaderamente merecedoras de respuesta penal (51). Por lo que me parece adecuado entender que este precepto requiere, aunque sea implícitamente, la acreditación de un elemento subjetivo tendencial. Otro tema es qué contenido ha de tener éste.

A continuación, en la Circular, la Fiscalía realiza un somero análisis —que en algunos casos no creo que pueda si quiera llamarse de tal—, para aclarar posibles dudas interpretativas sobre los

distintos factores de discriminación recogidos en la norma. Por la reflexión que recoge al respecto, me parece interesante hacer alguna referencia sobre cómo entiende en concreto el término «ideología».

Al referirse a este factor diferenciador la Fiscalía se separa de la concepción doctrinal más apegada a entender la ideología referida exclusivamente al ámbito político (52) , para incluir también la referida al sistema social, económico e incluso, al cultural. Y así pone como ejemplo la posibilidad de que el sujeto pasivo sea un grupo ecologista, un grupo feminista, una organización que trabaja en defensa de los derechos de los trabajadores o de los inmigrantes. Sin embargo, no creo que cualquier conducta de las tipificadas en el artículo 510.1.a) realizada contra un grupo caracterizado por una ideología cualquiera pueda (deba) dar lugar a la exigencia de responsabilidad penal (53) . Como ya he apuntado al hilo *supra*, tendrá que tratarse de ideologías vinculadas con grupos, en su caso, de los histórica y sistemáticamente marginados. Es decir, con carácter general, considero que todas y cada una de las notas diferenciadoras o caracterizadoras a las que se hace referencia cuando se invocan los factores que han de presidir la conducta activa, habrán de ser interpretados, no de forma neutra, si no precisamente para dar cabida única y exclusivamente a grupos que, precisamente por esas notas y los tratos diferenciadores injustificados que han venido recibiendo en atención a las mismas, pueden considerarse —en palabras de la propia Fiscalía— como «vulnerables».

Por ello entiendo que, si bien el colectivo de las mujeres es un grupo vulnerable, un grupo que defienda a las mujeres, sí podría ser amparado por este tipo de preceptos por motivo de su ideología; pero un grupo ecologista, no. Los defensores de la tauromaquia no integran un grupo vulnerable por razón de su ideología y los antitaurinos, tampoco. En consecuencia, tampoco considero que deban poder ser considerados sujetos pasivos de esta figura penal, por motivos de ideología, ni los grupos de ideología fascista, racista o nazi, ni los hinchas del Sevilla o del Betis!, ... Sería, sencillamente, llevar este precepto al absurdo (54) .

Si estamos en el ámbito de un precepto penal que castiga conductas que, por eso mismo, dejan de estar amparadas por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, derecho preeminente en un Estado social y democrático de Derecho como se proclama el nuestro, estimo que no podemos llevar a cabo una interpretación extensiva del mismo conforme a la cual, cualquier grupo caracterizado por las notas que en él se indican, pase a ser objeto de protección. Deberá de tratarse de factores que en el caso concreto pongan de manifiesto la pertenencia del afectado — como ya indicaba *supra*— a un colectivo histórica y sistemáticamente marginado.

Dicho esto, paso a continuación a referirme a los parámetros que, en consideración de la Fiscalía, van a permitir a los señores Fiscales saber si se encuentran o no ante un «delito de odio».

6. Criterios generales para valorar la existencia de un móvil de odio

A estos efectos, la Fiscalía considera que los indicadores de odio se pueden agrupar en tres grandes bloques: víctima, autor y contexto.

En lo que se refiere a la víctima, la Fiscalía considera tres factores a tomar en consideración: la percepción que tenga la víctima sobre el origen de la conducta; su pertenencia a uno de los colectivos caracterizados por alguna de las notas diferenciadoras que se recogen en el precepto; y sus relaciones con personas de esos colectivos o con otras con ellos, a su vez, relacionadas.

Por lo que se refiere al autor, entiende puede ser importante la constatación de si posee antecedentes penales por hechos similares; sus comunicaciones sociales y el contenido de las mismas; así como su pertenencia a algún grupo caracterizado por su odio o promoción de ideas contrarias a los colectivos caracterizados por alguna de las notas diferenciadoras recogidas, una vez más, en este delito.

Y, en cuanto al contexto, recomienda atender al carácter injustificado de lo ocurrido, la ausencia de relación previa entre sujeto activo y sujeto pasivo, la pertenencia de ambos a colectivos tradicionalmente enfrentados y la fecha y el lugar de los hechos, por si pudieran entrañar un significado especial para el colectivo al que pertenezca el sujeto activo o al que pertenezca el sujeto pasivo.

La concurrencia de alguno o varios de estos indicadores debe sugerir, en consideración de la

Fiscalía, el que se está ante un delito de odio, extremo que será después confirmado o rechazado tras la correspondiente investigación.

Repasados todos estos indicadores considero que la Fiscalía no aporta nada relevante, todos ellos no son más que los extremos lógicos a investigar con carácter general en un hecho presuntamente constitutivo de delito en el que se tienen en cuenta las características de la figura penal en principio aplicable.

III. Pautas para la interpretación del delito del artículo 510.1.a) del Código Penal

Para empezar, la Fiscalía reconoce que la redacción que le fue otorgada a este precepto por la LO 1/2015, de 30 de marzo, va mucho más allá de lo exigido en la Decisión Marco 2008/913/JAI, de 28 de septiembre de 2008 (Diario oficial de la Unión Europea, de 6 de diciembre de 2008) relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, en virtud de la cual se instaba a los Estados miembros a castigar los delitos de carácter racista y xenófobo con, al menos, un nivel mínimo de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias.

A tales efectos, en el artículo 1 de la misma se indicaba más concretamente qué conductas intencionadas debían ser castigadas por todos ellos, sin embargo, no establecía en qué términos tenía cada Estado que llevar a cabo tal encomienda.

Pues bien, si se comparan las conductas a sancionar penalmente previstas en el apartado uno de este artículo de la referida Decisión Marco, con el tenor literal otorgado al artículo 510.1.a) de nuestro Código Penal, puede comprobarse fácilmente cómo el legislador configuró un precepto con un ámbito —como decía— mucho más amplio. Así, por ejemplo, en la Decisión Marco citada no se señalaba que la incitación pudiera ser tanto «directa» como «indirecta», ni se castigaban las conductas de «fomentar» o «promover». De hecho, lo que se exige que se castigue es estrictamente la «incitación pública a la violencia o al odio». Es más, hay que destacar que en la Decisión Marco se preveía la posibilidad de que los Estados miembros pudieran adoptar disposiciones en su legislación nacional destinadas a ampliar el alcance del artículo 1, apartado 1, pero sólo en relación a las conductas previstas en las letras c) y d); no se dice nada de que los Estados miembros pudieran aumentar el alcance, por tanto, de las conductas previstas ni en la letra a) (que son, en todo caso, las que se corresponden con las incriminadas en el artículo 510.1.a) CP, ni en la b). Por otra parte, el legislador español prescindió de la posibilidad que, en relación a todas las conductas del apartado 1 de este artículo se otorgaba a los Estados firmantes en el sentido de que se les permitía optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes. Y es que la Decisión Marco delimita su propio ámbito de intervención a la «lucha contra formas particularmente graves de racismo y de xenofobia mediante el Derecho penal». Además, reconoce que «Dado que las tradiciones culturales y jurídicas de los Estados miembros difieren, en cierta medida, especialmente en este ámbito, la plena armonización del Derecho penal no es posible en la actualidad». Luego, la Decisión Marco ni pedía que el artículo 510.1.a) fuera redactado en los términos en los que lo fue, ni esperaba que se introdujera una normativa que violentara —como he recogido expresamente— «las tradiciones jurídicas y culturales» de los respectivos Estados. Además de que no existían entonces, al igual que siguen sin existir hoy, razones de Política criminal que justificaran una reforma de este precepto de este tenor (55) .

Pues bien, a pesar de todo ello (56) , como decía, el legislador optó por configurar la conducta típica del artículo 510.1a) en los siguientes términos:

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

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una

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

Este tenor literal le lleva a la Fiscalía a entender este precepto de una manera, para mí, totalmente contradictoria.

Me explico. Por un lado, considera que con este precepto se adelantan las barreras de intervención del Derecho Penal y que no hace falta que se incite a la realización de un acto concreto ni, en caso alguno, constitutivo de delito.

Sin embargo, al mismo tiempo, entiende que es imprescindible el que se anime o inste a la *ulterior comisión de hechos discriminatorios*; y caso de que se trate de casos de incitación indirecta, ésta ha de tener la potencialidad suficiente como para «poner en peligro a los colectivos afectados» (57) .

Estas dos mismas ideas, de una forma un tanto diferente, pero idéntica en el fondo, las reproduce en la Conclusión de la Circular, enumerada como 7ª. Conclusión que reproduzco a continuación:

«El delito del art. 510.1.a) CP (fomento, promoción o incitación pública al odio, hostilidad, discriminación o violencia) exige que se inste o se anime a la ulterior comisión de hechos discriminatorios, de forma que exista el riesgo real, aunque sea potencial, de que se lleven a cabo. No entra en la tipicidad penal la mera exposición del discurso del odio sino su promoción pública. Conforme a la nueva redacción no se exige la incitación a un acto delictivo, ya que el odio o la hostilidad son sentimientos que no necesariamente pueden reconducirse a figuras tipificadas penalmente. Del mismo modo, no es necesario que se promueva la realización de un acto concreto, puesto que basta la incitación indirecta» (58) .

Me pregunto: ¿cómo se pueden afirmar ambas cosas a la vez? Y, ¿cómo se puede pretender justificar el castigo con la misma pena de las incitaciones a hechos discriminatorios, que la incitación a lo que, tal y como se reconoce expresamente en esta Circular-, no son más que «sentimientos» (59) ?

En mi opinión, la Fiscalía lo único que hace es reproducir las consecuencias inadmisibles —desde mi concepción de un Derecho Penal de mínimos respetuoso con los principios limitadores que han de presidir su intervención— a las que lleva el tenor literal del artículo 510.1.a) conforme a su redacción vigente.

De manera que, en respeto a esas «tradiciones jurídicas y culturales» de nuestro sistema, que la Decisión Marco no pretendía vulnerar, considero que, a pesar del cambio del tenor literal, debería seguirse respetando en la interpretación de este precepto las pautas ofrecidas por nuestro Tribunal Constitucional en la STC 235/2007, de 7 de noviembre. Por ello sostengo que sólo deberían entenderse como penalmente relevantes la promoción, el fomento, o la incitación, en todo caso, *directa*, a la realización de discriminaciones o violencias discriminatorias contra los grupos (o personas que lo integren) a que se refiere este artículo, cuando éstas *de forma efectiva, entrañen un peligro cierto de que se perpetúe su situación de* —suponiendo que sea tal— *desigualdad* (60) . Del mismo modo, considero que para que pueda admitirse la criminalización de la incitación, fomento o promoción a la «hostilidad» contra estos grupos de personas habría que acreditar que ello supone, al menos, un peligro directo y cierto de que se realicen actos concretos discriminatorios, violentos o no, pero que revistan la idoneidad suficiente como para contribuir a perpetuar la situación de desigualdad de los grupos en cuestión. Y entiendo totalmente inaceptable el que se mantenga la posibilidad de que sea típica la incitación, el fomento o la promoción al «odio» contra determinados grupos. Sigo pensando que el odio es una mera emoción humana y no constituye en caso alguno una incitación directa a que se realicen actos ni violentos ni discriminatorios contra los grupos a los que se incite a odiar, ni entraña el peligro cierto requerido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, por lo que debería desaparecer (61) . Como sostenía Bernal del Castillo hace años «mientras que esta incitación al

odio no se traduzca en actos delictivos no puede ser objeto de intervención del Derecho Penal «entre otras razones porque se estarían creando tipos de autor: castigando a quienes piensan de una determinada manera y expresan lo que opinan» (62) .

Volviendo al texto de la Circular, ésta continúa argumentando que, si se llegara a cometer el delito al que va dirigida la incitación, estaremos ante un concurso de leyes y que, en virtud de la regla de la consunción (art. 8.3 CP), ha de apreciarse el tipo penal al que se indujo y que se materializó, con la agravante del artículo 22,4ª. Pero esta solución puede llevar a resultados absurdos (63) . Por lo que considero que, aunque no sea lo dogmáticamente correcto, el artículo 510.1.a) CP deberá ser apreciado cuando en el caso concreto ello lleve a una pena más grave que la correspondiente por el delito finalmente cometido.

La Fiscalía puntualiza también que el uso de distintas conductas típicas de forma alternativa (fomentar, promover o incitar) permite sostener que basta con realizar cualquiera de ellas para que se integre el tipo penal. Y que, con independencia de que la realización de una única acción pueda ya ser constitutiva de delito, la realización de varias acciones presididas por un dolo común, también dará lugar a la apreciación de un único delito. Lo mismo ocurrirá si una o varias acciones cometidas por más de uno de los factores de discriminación, se dirigen contra un mismo colectivo caracterizado por ambas notas diferenciadoras. Sin embargo, sostiene que procederá la apreciación del correspondiente concurso de delitos cuando las conductas se dirijan contra colectivos diversos.

IV. Reflexión final

Expuesto todo lo anterior, considero que esta Circular, tal y como han sido argumentadas las distintas cuestiones que en ella se analizan, dista mucho de ofrecer unas soluciones concretas y verdaderamente útiles para solventar los problemas interpretativos que puedan suscitar no ya los delitos de odio, en general, si no, incluso, el propio artículo 510 CP.

Para empezar, la Fiscalía se equivoca, en mi opinión, a la hora de establecer el bien jurídico protegido en este precepto ya que, como he argumentado, la dignidad humana no es un bien jurídico a proteger por precepto penal alguno, sino un principio inspirador conforme al cual han de interpretarse todos y cada uno de los derechos fundamentales y, consecuentemente, conforme al cual han de ser entendidos todos y cada uno de los bienes jurídicos que de ellos deriven, entre ellos el derecho a no ser discriminado, que es el bien jurídico que entiendo, coincidiendo con otros autores (64) , es el bien jurídico protegido en este precepto. Eso sí, cualquier conducta discriminatoria será atentatoria contra la dignidad de la persona.

En segundo lugar, las pruebas jurisprudenciales que aporta como evidencia de que nuestros Tribunales asumen que toda conducta encuadrable en el denominado «discurso del odio» queda fuera del ámbito de la libertad de expresión, y ha de ser sancionable penalmente *per se* —por su contenido de desvalor intrínseco—, no son tales. Además, la Circular no permite extraer una conclusión clara sobre qué entiende por discurso del odio ni cuándo éste ha de ser punible. De hecho, reconoce —lo que me parece todo un acierto— que es algo que va a depender de la redacción concreta de los tipos penales en nuestro Ordenamiento jurídico-penal y de cómo interprete cada delito la jurisprudencia, por lo que para determinar el ámbito de lo penal relevante remite a un análisis individualizado de cada caso concreto en el que se tenga en cuenta no sólo el tenor literal de las palabras sino, también, el sentido en el que fueron pronunciadas, el contexto y las circunstancias, debiendo optarse, en caso de duda, por la libertad de expresión.

En tercer lugar, la Fiscalía también se confunde, en mi opinión, al establecer la naturaleza jurídica de las conductas delictivas reconducibles al 510. Basta acudir al tenor literal de la letra a) del apartado 1 para comprobar que no nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, si no ante uno de peligro hipotético. De hecho, es el criterio rector que sigue la Fiscalía cuando indica que para que este precepto pueda ser aplicado hay que acreditar que la conducta realizada posea *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.*

En cuarto lugar, sí es certera la Fiscalía a la hora de establecer los sujetos pasivos,

identificándolo con ciertos grupos caracterizados por las notas que en él se indican. Eso sí, no me parecen acertados algunos de los ejemplos que propone como posibles colectivos que podrían quedar amparados por este delito. En mi opinión, los factores diferenciadores en atención a los que se lleve a cabo la conducta típica han de poner de manifiesto que el colectivo afectado es uno de los históricos y sistemáticamente marginado, no cualquier colectivo caracterizado por esas notas diferenciadoras. Ya que, como sostiene Lorenzo Copello, «lo que caracteriza y otorga gravedad a los delitos de odio es su carácter de conductas discriminatorias, en tanto reflejan y al mismo tiempo reproducen estereotipos y juicios negativos hacia grupos de personas señalados por sus "diferencias" por ser ajenos al ciudadano pleno que la comunidad reconoce como modelo, como "norma"» (65).

Por lo que se refiere al tipo subjetivo resulta evidente que estamos ante un delito doloso, en el que, como ya expuse, lo determinante para apreciar este tipo de figuras penales no puede ser la «motivación» interna del sujeto activo. En mi opinión, la expresión «por motivos» —que podría ser la que indujera a esta interpretación errónea— no debe entenderse referida a la actitud interna del autor del delito (por lo demás inaceptable por su vinculación con un Derecho Penal de autor), si no a los factores que otorgan al trato discriminatorio o diferenciador que entraña la esencia de este precepto, tal carácter. Factores que, por las razones expuestas, no pueden ser interpretados de forma neutra, si no de manera tal que sólo den cabida a grupos que, precisamente por esas notas y los tratos diferenciadores injustificados que han venido recibiendo en atención a las mismas, pueden considerarse como «vulnerables». Sí considero que debe exigirse para su aplicación la concurrencia de un elemento subjetivo tendencial que en mi opinión —dado el bien jurídico que entiendo se protege— ha de consistir en la intención de contribuir a perpetuar la situación de desigualdad del colectivo contra el que la conducta se dirija. Extremo éste, eso sí, que, caso de concurrir, tendrá que ser acreditado, con las dificultades que ello pueda conllevar.

En sexto y último lugar, no hay nada que objetar a los criterios generales que ofrece para valorar la existencia presunta de un delito de odio, más que la obviedad de los mismos.

En cuanto a la conducta delictiva reconducible al 510.1.a), considero que con la interpretación que le otorga, la Fiscalía lo único que hace es reproducir las consecuencias inadmisibles a las que lleva el tenor literal de este artículo conforme a su redacción vigente.

En mi opinión, el tenor literal que se le ofreció a este precepto en la reforma del año 2015 no ha hecho más que añadir confusión a una materia ya de por sí compleja en cuanto que el castigo de las conductas que en él se prevén entrañan una restricción a un derecho fundamental de especial importancia en nuestro sistema democrático.

Por ello: 1º. si la Decisión Marco no obligaba a que el artículo 510 recibiera el vigente tenor literal; 2º. si nuestra jurisprudencia constitucional venía defendiendo la libre expresión de ideas, opiniones y críticas [«aunque 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» (STC 174/2006, de 5 de junio)], reconociendo que esto es así porque «en nuestro sistema —a diferencia de otros de nuestro entorno— no tiene cabida un modelo de "democracia militante"» [es decir, en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al Ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución (STC 48/2003, de 12 de marzo)]; y 3º. si hay otros instrumentos internacionales decisivos en lo que a la limitación del derecho a la libertad de expresión se refiere, mucho más restrictivos a estos efectos; la no vulneración de nuestra tradición jurídica requiere, desde mi punto de vista, que la restricción del ejercicio de la libertad de expresión por el Derecho Penal debe estar limitada a los casos en los que las conductas que se incriminen representen un peligro, al menos potencial, para el bien jurídico protegido en el tipo penal de que se trate.

Por tanto, considero que las conductas previstas en el artículo 510.1.a) CP, en cuanto precepto antidiscriminatorio en el que se protege el derecho de los grupos caracterizados por las notas diferenciadoras que en él se indican, a que no se perpetúe su situación de inferioridad (irreal por lo demás en algunos casos) respecto al resto del colectivo social, sólo deberán entenderse como penalmente relevantes si suponen, al menos, un peligro directo y cierto de que se realicen actos concretos discriminatorios, violentos o no, pero que revistan la idoneidad suficiente como para

contribuir a perpetuar la situación de desigualdad de los grupos en cuestión. En definitiva, tal y como se sostiene en la relativamente reciente STS 4283/2020, de 11 de diciembre, posterior a esta Circular, la aplicación del artículo 510.1 CP requiere acreditar «que el comportamiento (...) sea idóneo para incitar a la actividad discriminatoria a la que se refiere el tipo penal». Ésta y no otra es la forma en la que entiendo ha de ser interpretado este precepto con independencia de que haya habido alguna sentencia de otro tenor y con independencia, también, de que la Fiscalía General del Estado se haya sentido tentada por interpretaciones incompatibles tanto con nuestra tradición jurídica, como con un Derecho Penal de mínimos (al que se recurrir, como *ultima ratio*, única y exclusivamente en el caso de las conductas que más gravemente afecten a los bienes jurídicos más importantes), así como con el mismísimo origen histórico del propio precepto objeto de interpretación.

V. Bibliografía citada (66)

ALAUSTEY DOBÓN, C., «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, 18-14, pp. 1-38.

ALCÁCER GUIRAO, R., «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2012, pp. 1-32.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G., «La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal». En *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, *Manuales de formación continuada*. Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 301-357.

ARROYO DE LAS HERAS, A., «Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante». En *Muñoz Cuesta (coord.), Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*. Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 1997.

ARTÍCULO 19, «Documento técnico para el diálogo con personas expertas sobre libertad de expresión y «discurso de odio» en España». Octubre de 2020. https://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/12/Documento-tecnico_dialogodiscursodeodioEspana_FinalES.pdf

BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho penal*. Granada, Comares, 1998.

BORJA JIMÉNEZ, E., *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*. Granada, Comares, 1999.

CÁMARA ARROYO, S., «El concepto de delito de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 2017, pp. 139-225.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución española: su tutela penal», *La Ley*, 1996, pp.1668-1670.

DE PABLO SERRANO, A., «La tipificación penal del discurso LGTBI fóbico: fundamento filosófico, bien jurídico penal y algunas propuestas de reforma del art. 510 CP». En *Martín Ríos (coord.), La prevención y represión del discurso del odio. Hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*. Navarra, Aranzadi, 2019, pp. 89-111.

FELIÚ REY, M.I., «El caso Violeta Friedman y el honor del pueblo judío», *Cuadernos Jurídicos*, 1993, pp. 75-82.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a.F., «La discriminación en la jurisprudencia constitucional». *La Ley (Relaciones laborales)*, 1992, I, pp.151-178.

GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

- «La restricción del derecho a la libertad de expresión por el Derecho penal: el artículo 510.1 del Código Penal y las conductas relacionadas con el fenómeno del «discurso del odio». Evolución y aplicabilidad». En *Del Carpio Delgado/García Álvarez (coord.). Derecho penal: la espada y el escudo de los derechos humanos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 125-182.

GARCÍA ÁLVAREZ, P./ DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*.

Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

GRACIA MARTÍN, L., «El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995», *Actualidad Penal*, 1996, pp. 577-596.

HERNÁNDEZ HOYO, A., «El delito de incitación al odio del artículo 510 CP: cuando la vieja excepcionalidad deviene en nueva normalidad», *La Ley penal*, 2020, n.º 145, pp. 1-14.

LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código Penal*. Bilbao, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 1999.

- *La Política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*. Granada, Comares, 2001.

- *Los delitos de odio*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

LAURENZO COPELLO, P., «Marco de protección jurídicopenal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia». En *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado, Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial, 1996a), pp. 217-281.

- «La discriminación en el Código Penal de 1995». *Estudios Penales y Criminológicos*, 1996b), XIX, pp. 219-288.

- «La manipulación de los delitos de odio». En *Portilla Contreras/Velásquez Velásquez (dirs.), Pomares Cintas/Fuentes Osorio (coords.) Un Juez para la Democracia. Libro Homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Madrid, Dykinson, 2019, pp. 453-468.

MACHADO RUÍZ, M.^aD., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 CP*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

MARTÍN RÍOS, B., «La represión del discurso del odio a través del Derecho penal. Debilidades y fortalezas de la regulación penal actual». En *Martín Ríos (coord.), La prevención y represión del discurso del odio. Hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*. Navarra, Aranzadi, 2019, pp. 61-87.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial. 14ª edic.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

- *Derecho penal. Parte Especial. 22ª edic., revisada y puesta al día conforme a las leyes orgánicas 1/2019 y 2/2019, con la colaboración de Carmen López Peregrín*. Valencia, Tirant lo blanch, 2019.

MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General. 10ª edic, revisada y puesta al día con la colaboración de Pastora García Álvarez*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

PÉREZ DEL RÍO, M.^aT., «El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho comunitario». En *Derechos laborales individuales y colectivos y Derecho comunitario, Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial, 1997, pp. 47-109.

PÉREZ DEL RÍO, M.^a T./ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F./ DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*. Madrid, Instituto de la mujer, 1993.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «Principio de igualdad». En *El principio de igualdad en la Constitución española, tomo II*. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1991, pp. 1067-1100.

TAMARIT SUMALLA, J.M.^a., «De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria», en *Quintero Olivares (dir.), Comentarios al nuevo Código Penal. 2ª edic.* Navarra , Thomson Reuters Aranzadi, 2001, pp. 2151-2235.

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*, 2015 (IV), pp. 1-51 .

Notas

- (1) Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «Los delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. La ¿(de) construcción de una sociedad (in) tolerante?», del que son investigadoras principales la profesora Dra. Juana del-Carpio-Delgado (IP) y la profesora Dra. María Holgado González (CO-IP). Entidad financiadora: Programa Operativo FEDER Andalucía 2014/2020. Referencia: UPO-1255802. Plazo de ejecución: 1 de enero de 2020 al 31 de diciembre de 2021
- [Ver Texto](#)
- (2) Si bien hay quien como CÁMARA ARROYO que considera que, en realidad, la desvinculación entre la provocación y los verbos que se emplean en la redacción actual de este precepto para señalar la conducta típica, no es absoluta en términos lingüísticos (2017, p. 204).
- [Ver Texto](#)
- (3) Cfr. GARCÍA ÁLVAREZ, 2018, p. 135.
- [Ver Texto](#)
- (4) Sostenían que era necesario que el hecho al que se incitara fuera específicamente constitutivo de delito, entre otros, BERNAL DEL CASTILLO, 1998, pp. 76 y ss.; MUÑOZ CONDE, 2002, p. 791; y TAMARIT SUMALLA, 2001, p. 2155.
- [Ver Texto](#)
- (5) Es el caso de LANDA GOROSTIZA, 1999, p. 239, pp. 346-348, pp. 352-353 y pp. 356-358. Este autor sigue sosteniendo que lo que se protege en este precepto, aún tras su reforma, es la seguridad existencia de ciertos colectivos, si bien con ciertos matices (cfr. LANDA GOROSTIZA, 2018, pp. 58 y ss.).
- [Ver Texto](#)
- (6) Cfr. GARCÍA ÁLVAREZ, 2018, p. 157. Cuestionan también la constitucionalidad de este precepto, ALAUSTEY DOBÓN, RECPC 2016, p. 23; y HERNÁNDEZ ROYO, 2020, p. 6, nota 25.
- [Ver Texto](#)
- (7) Para más información, GARCÍA ÁLVAREZ, 2018, pp. 163 y ss.
- [Ver Texto](#)
- (8) Es el caso de LANDA GOROSTIZA quien cuestiona que la conducta realizada por el acusado pudiera constituir realmente una incitación capaz de mover voluntades, ya que, como señala este autor, ni el contexto, ni el número de tweets vertidos, ni el escaso número de seguidores (250), ponen de manifiesto un gran potencial incitador (cfr. 2018, p. 98). En consideración de este autor, esta conducta podría haberse ubicado mejor, en su caso, en el 510.2, párrafo b) (ob cit., p. 99).
- [Ver Texto](#)
- (9) BOE núm. 124, de 24 de mayo de 2019, páginas 55655 a 55695.
- [Ver Texto](#)
- (10) En concreto, apunta la creación de la figura del Fiscal de Sala Delegado para la tutela penal de la igualdad y contra la discriminación (por Decreto de 10 de octubre de 2011), así como la designación en las Fiscalías territoriales de Fiscales Delegados, muchos de los cuales son, al mismo tiempo, delegados en materia de Criminalidad informática por la especial relación existente entre ambas manifestaciones delictivas lo que, se señala, contribuye a la eficacia de las investigaciones.
- [Ver Texto](#)
- (11) Las cursivas son mías.
- [Ver Texto](#)

(12) Cfr. en este sentido, por ejemplo, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 1999, p. 316; BERNAL DEL CASTILLO, 1998, p. 1; BORJA JIMÉNEZ, 1999, p. 336; FERNÁNDEZ LÓPEZ, 1992, p. 154; LANDA GOROSTIZA 1999, pp. 90 y 101; LAURENZO COPELLO, 1996a, pp. 221 y 231; LA MISMA, 1996b, p. 225; MACHADO RUIZ, 2002, pp. 66, 70-71; PÉREZ DEL RÍO, 1997, p. 53; PÉREZ DEL RÍO/ FERNÁNDEZ LÓPEZ/ DEL REY GUANTER, 1993, pp. 12, 14 y 66; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, 1991, p. 1069.

[Ver Texto](#)

(13) Sentencia ésta en virtud de la cual se admite el recurso de amparo presentado por la señora Friedman, judía que había estado en el campo de exterminio de Auschwitz donde murieron en la cámara de gas, todos los miembros de su familia. La señora Friedman había intentado que se aplicara la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección civil del derecho al honor, al entender que su derecho al honor había sido vulnerado con un reportaje en el que se recogían las declaraciones de un ex jefe de las Waffen-SS cuestionando la existencia de las cámaras de gas y efectuando, al mismo tiempo, juicios ofensivos contra el pueblo judío. Esta señora había visto reiteradamente denegada su pretensión por una supuesta falta de legitimación activa, al entender los jueces que ninguna de las expresiones del reportaje se refería concretamente a ella, por lo que no estaba legitimada para la protección de su honor en este caso. Sin embargo, el Tribunal Constitucional le otorgó el amparo solicitado entendiendo que en los ataques al honor no es necesario que estos estén individualizados *ad personam*, sino que los ataques contra el honor de un determinado grupo trascienden también a sus miembros siempre que estos sean identificables como individuos dentro de la colectividad. Un extracto de las declaraciones vertidas por el ex miembro de las SS referido, y un comentario a esta sentencia puede verse en FELIÚ REY, 1993, pp. 75 y ss.

[Ver Texto](#)

(14) Cfr. como en esta sentencia se sostiene, por ejemplo, lo siguiente: «El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana» (FJ 8).

[Ver Texto](#)

(15) Cfr. su Preámbulo.

[Ver Texto](#)

(16) ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 1999, p. 316.

[Ver Texto](#)

(17) LANDA GOROSTIZA, 1999, p. 90.

[Ver Texto](#)

(18) En este sentido, puede verse, LAURENZO COPELLO, 1996a, p. 221, LA MISMA, 1996b, p. 225.

[Ver Texto](#)

(19) Así lo considera también la STS 1070/2019, de 2 de abril (FD Tercero).

[Ver Texto](#)

(20) Así se manifestaban, por ejemplo, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, 1996, p. 1669; y GRACIA MARTÍN, 1996, pp. 581-582 y 852.

[Ver Texto](#)

(21) Para más detalles sobre el rechazo a que la dignidad pueda ser admitida como bien jurídico, GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO, 2000, pp. 25-26.

[Ver Texto](#)

(22) Para una mayor información sobre este planteamiento, cfr. GARCÍA ÁLVAREZ, 2004, pp. 38 y ss.

[Ver Texto](#)

(23) Coincido por tanto con ALAUSTEY DOBÓN cuando afirma que, con independencia de que ahora este

precepto aluda a las personas que integran tales grupos, el sujeto pasivo son sólo los grupos, pudiendo entenderse que las personas que lo integran, si fueran destinatarias de la promoción, fomento o incitación, serían el objeto material sobre el que puede recaer la conducta típica (ALAUSTEY DOBÓN, 2016, p. 18).

[Ver Texto](#)

(24) A tales efectos menciona —si seguimos un orden cronológico— la STC 214/1991, de 11 de noviembre, recaída en el ya citado caso Violeta Friedman; la STC 176/1995, de 11 de diciembre (dictada en el conocido como «caso Makoki»); la STC n.º 48/2003, de 12 de marzo; la STC 174/2006, de 5 de junio; la STC 235/2007, de 7 de noviembre; la STC 752/2012, de 3 de octubre; y la STC 112/2016, de 20 de junio. Si se leen todas ellas el resumen que se puede extraer sobre la cuestión es el siguiente: para que pueda existir y formarse la opinión pública libre —condición previa y necesaria en para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático—, ha de poderse informar, por lo que se han de poder manifestar las ideas, las opiniones y las críticas, debiendo respetarse cualquier opinión, aunque sea desabrida, pueda molestar, sea equivocada o, incluso, peligrosa.

[Ver Texto](#)

(25) Lo que se ha dado en llamar, un «efecto desaliento» —chilling effect— (término originario de la jurisprudencia del Tribunal Supremo americano, que es acogido por nuestro Tribunal Constitucional a partir de la STC 136/1999, de 20 de julio) que constituye un parámetro de control de la proporcionalidad de una norma en la limitación de un derecho fundamental — y, por tanto, de su constitucionalidad— (cfr. al respecto, ALCÁCER GUIRAO, 2012, p. 18).

[Ver Texto](#)

(26) Así, puede verse el FJ 5 de la STC 176/1995, de 11 de diciembre: «Ahora bien, cualquiera que fuere la condición de las personas involucradas como autores o víctimas en una información o en una crítica periodística, existe un límite insalvable impunemente. No cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1 del Texto fundamental».

[Ver Texto](#)

(27) Menciona, en concreto, las siguientes, SSTEDH de 8 de julio de 1999, Erdogdu e Ince contra Turquía; de 4 de diciembre de 2003, Gündüz contra Turquía; y de 6 de julio de 2006, Erbakan contra Turquía.

[Ver Texto](#)

(28) Extremo que, sin embargo, el magistrado Don Juan Antonio Xiol Ríos considera en el voto particular que formula a esta Sentencia, que, en realidad, no queda acreditado. Esa falta de acreditación supondría que el recurso del condenado debería haber sido estimado y éste, consecuentemente, absuelto.

[Ver Texto](#)

(29) Así cita la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 16 diciembre de 1966; la Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros, de 30 de octubre de 1997, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia; la Declaración y Programa de Durban de 2001; el Protocolo Adicional al Convenio —del Consejo de Europa— sobre la Ciberdelincuencia (más comúnmente conocida como Convención de Budapest del 2001), relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003 (Instrumento de ratificación BOE n.º 26, de 30 de enero de 2015); 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 penal; la Conferencia del Examen de Durban de 2009; la Recomendación 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas de 26 de septiembre de 2013; y más reciente aún, la Recomendación General n.º 15 sobre Líneas de Actuación en relación con la lucha contra las expresiones de incitación al odio, adoptada el 8 de diciembre de 2015.

[Ver Texto](#)

(30) La STC 235/2007, de 7 de noviembre, exige, para considerar «constitucionalmente legítimo» castigar

penalmente las conductas del negacionismo y de la difusión de ideas que justifiquen el genocidio, la presencia de, al menos, un «peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma» o una «incitación indirecta a la comisión de delitos» o una «provocación de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia».

Ver Texto

- (31) STS 259/2011, de 12 de abril, en la que se puntualiza que la difusión de ideas o doctrinas excluyentes son perseguibles penalmente en cuanto que suponen «un peligro cierto de generar un clima de hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación contra determinados grupos o sus integrantes como tales».

Ver Texto

- (32) La cursiva es mía.

Ver Texto

- (33) Es más, hay otras sentencias coetáneas o posteriores a ésta en las que se sigue la línea jurisprudencial en virtud de la cual se exige para el castigo de los delitos de odio, la provocación de un riesgo real para el bien jurídico en el que se ubican los tipos penales. Así, por ejemplo, la STS 1070/2019, de 2 de abril (en virtud de la cual se resuelve un recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 10 de julio de 2018, dictada por la Audiencia Nacional en un procedimiento por delito de enaltecimiento-justificación del terrorismo) que, apoyándose en otras anteriores (SSTS 378/2017, de 25 de mayo; 526/2017, de 13 de julio; y 600/2016, de 25 de julio) considera que el delito del artículo 578 requiere de un elemento tendencial (no previsto en su tenor literal) que le lleva a concluir que «la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el artículo 578, supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades» (FD Tercero). Y específicamente en relación con el artículo 510.1 CP, la STS 4283/2020, de 11 de diciembre (en virtud de la cual se resuelve recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 8 de noviembre de 2018, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona), considera determinante para la aplicación del artículo 510.1 el que el comportamiento desplegado por el acusado resultara idóneo para incitar a la actividad discriminatoria a la que se refiere este precepto (FD primero). En esta última sentencia los hechos habían ocurrido en el año 2010, pero cuando se celebró el juicio, el artículo 510.1 ya tenía su redacción vigente. Pues bien, el Tribunal Supremo sostiene en ella que la doctrina jurisprudencial anterior es trasladable al artículo 510.1 también con su redacción actual. Ello le lleva a concluir que lo relevante no es que la incitación sea «directa» o «indirecta», sino que lo que debe ser es una incitación eficaz a la discriminación.

Ver Texto

- (34) En los siguientes términos: «Likelihood, including imminence: Incitement, by definition, is an inchoate crime. The action advocated through incitement speech does not have to be committed for said speech to amount to a crime. Nevertheless, some degree of risk of harm must be identified. It means that the courts will have to determine that there was a reasonable probability that the speech would succeed in inciting actual action against the target group, recognizing that such causation should be rather direct» (A / H R C / 2 2 / 1 7 / A d d . 4 , p . 1 1) . https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-17-Add4_sp.pdf (última consulta, 31/01/2021).

Ver Texto

- (35) Además de que, como se pone de manifiesto Article 19, esta interpretación del Tribunal Supremo «fija un umbral significativamente inferior para imponer sanciones penales que el previsto en el art. 20.2, así como en el artículo 19.3 del PIDCP» (https://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/12/Documento-tecnico_dialogodiscursodeodioEspana_FinalES.pdf (última consulta 23/05/2021)).

Ver Texto

- (36) Critica también por ello esta Circular, HERNÁNDEZ ROYO, 2020, pp. 14-15.

Ver Texto

- (37) Cfr. en este sentido, entre otros, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 1999, p. 334; BORJA JIMÉNEZ, 1999, p. 289; LANDA

GOROSTIZA, AP 1999, p. 607; EL MISMO, 2001, p.146; y LAURENZO COPELLO, 1996a, p. 245; LA MISMA, 1996b, p. 250.

[Ver Texto](#)

(38) STS 259/2011, de 12 de abril; STS 335/2017, de 11 de mayo; STS 378/2017, de 25 de mayo; y STS 600/2017, de 25 de julio.

[Ver Texto](#)

(39) La cursiva es mía.

[Ver Texto](#)

(40) Así también, LANDA GOROSTIZA, 2018, p. 63. En este mismo sentido se manifiesta la relativamente reciente STS 4832/2020, de 11 de diciembre.

[Ver Texto](#)

(41) En cuanto que con esta técnica de tipificación se produce una expansión del Derecho Penal, al perderse con ella muchas veces el contenido material del injusto penal, pues no quedan claras las referencias a un determinado bien jurídico. Cfr. por todos, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2019, p. 288.

[Ver Texto](#)

(42) La cursiva es mía.

[Ver Texto](#)

(43) Empleo la expresión discriminación por motivos *racistas* para referirme, siguiendo a LANDA GOROSTIZA (1999, p. 53) a la discriminación en la que el color de la piel del afectado es —podríamos decir— el «agarre» específico utilizado como factor identitario del grupo sobre el que se proyectan las valoraciones o imputaciones negativas. No considero, por tanto, que existan razas humanas distintas. Conclusión ésta que lleva a BORJA JIMÉNEZ a sugerir que se elimine el uso del término «racismo» (1999, p. 258).

[Ver Texto](#)

(44) Críticamente también cfr. HERNÁNDEZ ROYO, 2020, pp. 13-14.

[Ver Texto](#)

(45) Delitos que nacieron, como recuerda LAURENZO COPELLO, «con el objetivo de tutelar a las minorías y grupos socialmente discriminados» (2019, p. 459).

[Ver Texto](#)

(46) Así lo pone de manifiesto, acertadamente, la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia 787/2018 de 12 de diciembre, cuando afirma: «Por ello, no cualquier colectivo o grupo social de personas puede ser tributario de la protección que le dispensa la prohibición del denominado «discurso del odio», que debe circunscribirse a los colectivos vulnerables e históricamente discriminados en el contexto concreto en el que se emita el discurso» (FJ Segundo). Cfr. también en este sentido, MARTÍN RÍOS, 2019, p. 67.

[Ver Texto](#)

(47) LAURENZO COPELLO, 2019, p. 455.

[Ver Texto](#)

(48) LAURENZO COPELLO, de hecho, en uno de sus últimos trabajos, extrae como conclusión de un análisis de la jurisprudencia española sobre hechos delictivos susceptibles de ser calificados como delitos de odio, «la prevalencia de una versión puramente subjetivista que los identifica, en sus resultados, con cualquier acto presidido por un sentimiento de "intolerancia" radical o extrema, con independencia de las características del colectivo o personas a las que se dirija» (2019, p. 459). Puedo citar a título de ejemplo de lo que manifiesta esta autora, el Auto del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Torreveja, de 11 de abril de 2020, en el que se fijan las medidas cautelares imponibles, por presunto delito del artículo 510, al autor de un vídeo publicado en redes sociales incitando al odio contra la población de Torreveja.

Ver Texto

(49) Defiende también la necesidad de que se acredite un ánimo subjetivo específico de intolerancia en el autor, entre otros, CÁMARA ARROYO, quien en concreto entiende debe existir el ánimo de humillar, discriminar o atentar contra la dignidad de la víctima por su individualidad (2017, p. 177, 180); y DE PABLO SERRANO, para quien debe consistir en una «especial motivación humillante y denigratoria, una actitud de desprecio y ridiculización del sufrimiento histórico padecido por el sujeto pasivo del delito» (2019, pp. 103-104).

Ver Texto

(50) CÁMARA ARROYO, 2017, p. 202.

Ver Texto

(51) De hecho, para CÁMARA ARROYO, este elemento subjetivo específico constituye un requisito imprescindible para poder defender la constitucionalidad de este precepto (2017, 221 y 222).

Ver Texto

(52) Como conjunto de opiniones personales con relación a la política. En tal sentido, cfr., por ejemplo, ARROYO DE LAS HERAS, 1997, p. 117; y MACHADO RUIZ, 2002, p. 237.

Ver Texto

(53) Pone también de manifiesto su preocupación por una interpretación extensiva del factor «ideología», Article 19 (2010, p. 10), https://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/12/Documento-tecnico_dialogodiscursodeodioEspaña_FinalES.pdf (última consulta 23/05/2021).

Ver Texto

(54) Como sostiene LAURENZO COPELLO, el pretender abarcar como delito de odio cualquier manifestación de animadversión contra un grupo cualquiera de personas, haría imposible dotar a estas figuras penales de un contenido razonable (2019, p. 465).

Ver Texto

(55) Como lo pone de manifiesto, HERNÁNDEZ ROYO, 2020, p. 4. A estos efectos resulta interesante el estudio realizado por CÁMARA ARROYO en el que analiza si realmente hay un incremento real de este tipo de hechos delictivos y no una mayor voluntad política de persecución de unos comportamientos que han existido desde siempre, bajo la nueva, deslumbrante y pomposa etiqueta de los «delitos de odio» (2017, pp. 140-146).

Ver Texto

(56) Y todo esto cuando la Decisión Marco ya, de por sí, establece unas obligaciones más amplias y severas que las prohibiciones recogidas en el artículo 20, párrafo 2 del PIDCP (que limita la prohibición por ley de la apología del odio nacional, racial o religioso a que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia), e incumple los requisitos del artículo 19, párrafo 3 del mismo (en virtud del cual no se puede restringir la libertad de expresión más que por ley y siempre que sea necesario para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas) (como lo pone de manifiesto Article 19 (2020, p. 5) https://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/12/Documento-tecnico_dialogodiscursodeodioEspaña_FinalES.pdf (última consulta 23/05/2021).

Ver Texto

(57) La cursiva es mía.

Ver Texto

(58) Las cursivas son mías.

Ver Texto

- (59) Como recogía hace ya algunos años CÁMARA ARROYO, un Derecho penal garantista no puede acoger esa pretensión de equiparar la promoción o incitación al odio, con la violencia o intimidación contra un determinado colectivo (2017, p. 157).
- Ver Texto
- (60) Requisito este último que dudo pueda darse si las discriminaciones o violencias discriminatorias a las que se incita, fomenta o promueve no son, específicamente, constitutivas de delito. Es más, entiendo que aunque el Tribunal Constitucional en la sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, en ningún caso especificó que el término «provocar» que se empleaba en el anterior artículo 510.1 CP tuviera que ser entendido con los mismos requisitos y límites que la provocación como forma de participación intentada, en la medida en que argumentaba la constitucionalidad del artículo 607.2 CP (con la salvedad del inciso «o nieguen») cuando las ideas que se difunden constituyeran una provocación a delinquir o una «provocación» a la discriminación, al odio o a la violencia, establecía un paralelismo entre ambas posibilidades que, en mi opinión, había de ser entendido en tal sentido.
- Ver Texto
- (61) O como sostiene TERUEL LOZANO, «resulta censurable castigar penalmente por incitar a actos cuya realización no es en sí misma delictiva» (2015, p. 32).
- Ver Texto
- (62) BERNAL DEL CASTILLO, 1998, p. 81. También pueden verse en este sentido, por ejemplo, CÁMARA ARROYO, 2017, pp. 148, 150, 151, 153, 155, entre otras, y p. 198 («No obstante, mientras que tal incitación al odio debe preocuparnos como ciudadanos (y mucho); queda fuera de las competencias del penalista en tanto no se transmute en incitación a la comisión de hechos delictivos»); y más recientemente, la opinión de HERNÁNDEZ ROYO, quien afirma que «la mera expresión de ideas e incluso fobias u odios, no debe ser, *per se*, y sin la concurrencia de otros elementos, sancionable, pues ello supone una intromisión ilegítima en los reiterados derechos a la libertad de expresión, opinión o ideología» (2020, p. 6).
- Ver Texto
- (63) HERNÁNDEZ ROYO apunta incluso el carácter desproporcionado de la pena con la que se amenazan las conductas contenidas en el artículo 510.1.a), en comparación con la que llevan aparejada otros tipos penales. A tales efectos pone el ejemplo de que puede resultar más beneficioso atacar a un miembro de uno de los colectivos, causándole lesiones, que twittear en su contra (2020, pp. 13 y 14)
- Ver Texto
- (64) De esta misma opinión, por ejemplo, TERUEL LOZANO, 2015, p. 38. En el mismo sentido puede verse la reciente STS 4283/2020, de 11 de diciembre.
- Ver Texto
- (65) LAURENZO COPELLO, 2019, p. 462.
- Ver Texto
- (66) Las obras se citan, en las correspondientes notas a pie, identificándolas con el año de su publicación. En caso de que dos obras de un mismo autor tuvieran el mismo año de publicación, se le ha añadido al año una letra, para poder identificarlas respectivamente.
- Ver Texto