

# DISCURSO DEL ODIOS Y NEGACIONISMO EN LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2015 \*

**Carmen Alastuey Dobón**

*Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza*

---

ALASTUEY DOBÓN, Carmen. Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2016, núm. 18-14, pp. 1-38. Disponible en internet:  
<http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-14.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 18-14 (2016), 25 nov]

RESUMEN: La reforma del Código penal de 2015 ha modificado los preceptos que sancionan conductas vinculadas con los fenómenos del discurso del odio y del negacionismo. En esta contribución se analiza la nueva regulación desde una perspectiva crítica. Se parte de que la redacción de los artículos vigentes antes de 2015 ya planteaba numerosos problemas desde el punto de vista del respeto a principios penales básicos y al derecho a la libertad de expresión, si bien la doctrina y la jurisprudencia se habían esforzado en minimizarlos mediante interpretaciones restrictivas del tenor literal. La reforma ha supuesto un retroceso, pues amplía el ámbito de aplicación de los preceptos e impide que puedan mantenerse aquellas interpretaciones restrictivas.

PALABRAS CLAVE: Discurso del odio, negacionismo, delito de incitación al odio, delito de negación

o enaltecimiento del genocidio, libertad de expresión, principios penales, delitos «clima».

ABSTRACT: The reform of the Spanish Criminal Code in 2015 has modified the precepts that penalize behaviours associated with the phenomena of hate speech and negationism. This paper discusses the new regulation from a critical perspective. It is assumed that the wording of the articles in effect before 2015 posed many problems, especially from the point of view of respect for basic Criminal Law principles and the right to freedom of speech, although both doctrine and jurisprudence had strived to minimize them through restrictive interpretations of the literal wording. The reform has been a setback, because it broadens the scope of the precepts and impedes the maintenance of those restrictive interpretations.

KEYWORDS: Hate speech, negationism, hate speech crime, denial or glorification of genocide crime, freedom of speech, Criminal Law principles, «atmosphere» crimes.

Fecha de publicación: 25 noviembre 2016

---

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y VALORACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES. III. FOMENTO, PROMOCIÓN O INCITACIÓN AL ODIOS, HOSTILIDAD, DISCRIMINACIÓN O VIOLENCIA. 1. Interpretaciones restrictivas del delito de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia en su versión anterior a la reforma de 2015 y propuestas de lege ferenda. 2. Posibilidades de interpretación y crítica de la nueva regulación. IV. ELABORACIÓN,*

*POSESIÓN O DIFUSIÓN DE MATERIALES IDÓNEOS PARA INCITAR AL ODIIO, HOSTILIDAD, DISCRIMINACIÓN O VIOLENCIA. V. NEGACIÓN O ENALTECIMIENTO DE LOS DELITOS DE GENOCIDIO, LESA HUMANIDAD O CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS EN CASO DE CONFLICTO ARMADO, O DE SUS AUTORES. 1. Problemas de legitimidad y persistentes dudas de constitucionalidad del delito de justificación del genocidio en su versión anterior a la reforma de 2015. 2. Crítica a la nueva regulación. VI. HUMILLACIÓN, MENOSPRECIO O DESCRÉDITO DE CIERTOS GRUPOS O DE MIEMBROS DE ESOS GRUPOS. VII. APOLOGÍA DE UN DELITO COMETIDO CONTRA CIERTOS GRUPOS O MIEMBROS DE ESOS GRUPOS. VIII. RECAPITULACIÓN. BIBLIOGRAFÍA CITADA.*

---

\* Este trabajo se inserta dentro de las líneas de investigación del «Grupo de Estudios Penales», grupo de investigación consolidado, subvencionado por el Departamento de Innovación, Investigación y Universidad del Gobierno de Aragón, así como por el Fondo Social Europeo, y cuyo responsable es el profesor Dr. D. Miguel Ángel Boldova Pasamar (Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza).

## I. INTRODUCCIÓN

La LO 1/2015, de 30 de marzo, ha llevado a cabo una profunda modificación de los preceptos del Código penal destinados a sancionar conductas que se vinculan con los fenómenos del «discurso del odio»<sup>1</sup> y del «negacionismo»<sup>2</sup>. El nuevo y extenso art. 510 CP, claramente inspirado en el § 130 del StGB<sup>3</sup>, regula conjuntamente y amplía el ámbito típico de los delitos de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia, y de justificación del genocidio (respectivamente, arts. 510.1 y 607.2 CP anteriores a la reforma de 2015) e introduce nuevos tipos penales. La vigente regulación, que consta de —al menos— seis tipos básicos y varios tipos agravados, se estructura de la siguiente manera:

El apartado primero del art. 510 castiga con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses tres grupos de conductas. En primer lugar, el fomento, promoción o incitación directa o indirecta públicos al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo o individuos pertenecientes a él por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión, creencias, situación familiar, etnia, nacionalidad, sexo, orientación o identidad sexual, género, enfermedad o discapacidad (letra *a*) del art. 510.1). En segundo lugar, la producción, elaboración, posesión con la finalidad de distribución, facilitación del acceso a terceras personas, distribución, difusión o venta de materiales que por su contenido sean aptos para realizar las conductas descritas en la letra *a*) (letra *b*) del art.

<sup>1</sup> Como definición de «discurso del odio» cabe citar la recogida en la Recomendación (1997) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre, en cuya virtud se entiende por tal «toda forma de expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada mediante el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante».

<sup>2</sup> Se utiliza aquí el término «negacionismo» en sentido amplio, comprensivo de los supuestos de negación, justificación y minimización de los delitos de genocidio —fundamentalmente—, en el marco de la reinterpretación de los hechos históricos (revisionismo histórico). Sobre el concepto y sus diferentes acepciones, véase FRONZA (2011), pp. 105 ss., 120.

<sup>3</sup> Señala las similitudes PORTILLA CONTRERAS (2015), pp. 721 s.

510.1). En tercer y último lugar, la negación, trivialización grave o enaltecimiento públicos de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltecimiento de sus autores, cuando esos delitos se hubieran cometido contra un grupo o individuos pertenecientes a él por los motivos ya mencionados, cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos (letra *c*) del art. 510.1)<sup>4</sup>.

En el apartado segundo del mismo precepto se describen dos grupos de conductas castigadas con penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses. En primer lugar, se sanciona lesionar la dignidad de las personas mediante actos que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos ya mencionados o de individuos pertenecientes a ellos por los mismos motivos enumerados en el apartado primero del precepto. Se incluye igualmente —aunque en realidad se trata de un tipo penal distinto— la producción, elaboración, posesión o difusión de materiales idóneos para causar una lesión a la dignidad de las personas a través de ese tipo de conductas (letra *a*) del art. 510.2). La misma pena corresponde, en segundo lugar, a los actos de enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública de los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo o miembros del grupo por los motivos aludidos, así como el enaltecimiento de quienes hubieran participado en la ejecución de esos delitos (letra *b*) del art. 510.2). Estos hechos se castigan con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses cuando promuevan o favorezcan un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos<sup>5</sup>.

El apartado tercero del art. 510 contiene un tipo agravado de aplicación a todos los anteriores, en virtud del cual las penas deben imponerse en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social que los hagan accesibles a un elevado número de personas.

De acuerdo con el apartado cuarto del precepto, si los hechos resultan idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiendo elevarse hasta la superior en grado.

Como pena acumulada a las anteriores, el apartado quinto prevé la imposición de una inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia.

Finalmente, al apartado sexto del precepto impone, a modo de consecuencia accesorias, la destrucción, borrado o inutilización de los libros, documentos y otros

<sup>4</sup> Las conductas descritas en las letras *a*) y *c*) constituyen el correlato, respectivamente, de los antiguos delitos de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia, y de justificación del genocidio, mientras que las conductas tipificadas en la letra *b*) no tienen precedentes en nuestra legislación penal.

<sup>5</sup> Se trata en este caso de tipos penales novedosos, si bien el germen de las conductas tipificadas en el primer inciso de la letra *a*) puede encontrarse en el derogado delito de injurias colectivas (art. 510.2 en su redacción anterior a la reforma de 2015).

soportes utilizados para la comisión de los delitos anteriores, así como la retirada de los contenidos si el delito se cometió a través de las tecnologías de la información. Si se trata de portales de acceso a internet dedicados exclusivamente o preponderantemente a la difusión de contenidos de tales características, se ha de ordenar el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.

Todo ello se completa con el establecimiento de responsabilidad «penal» para las personas jurídicas por los delitos comprendidos en los dos (sic) artículos anteriores (art. 510 bis).

Esta regulación, que ha sido calificada ya con toda la razón de «auténtico engendro penal»<sup>6</sup>, resulta sencillamente incomprensible si se examina a la luz de la interpretación doctrinal de los preceptos derogados, de las propuestas de *lege ferenda* formuladas desde la crítica de los citados preceptos, así como de los criterios jurisprudenciales que comenzaban a asentarse al respecto. Y es que el legislador de 2015, prescindiendo por completo de estas consideraciones, al abordar la reforma de los delitos relativos al discurso del odio y al negacionismo ha ido en la dirección radicalmente opuesta a la que se venía demandando. Llama la atención, en particular, que se haya «resucitado» la figura de negación del genocidio, pese a haber sido declarada inconstitucional en la STC n.º 235/2007.

Para justificar la reforma el Preámbulo de la LO 1/2015 alega como argumento principal la necesidad de adaptar la regulación española a la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Es indiscutible que sobre esta materia se aprecia desde hace tiempo en diversos textos internacionales de ámbito europeo<sup>7</sup> una tendencia político-criminal de carácter expansivo<sup>8</sup> que ha encontrado reflejo en las legislaciones penales de varios países de nuestro entorno<sup>9</sup>. Y tampoco puede negarse que el nuevo art. 510 CP es acorde con esta orientación. Efectivamente, la mencionada Decisión Marco *faculta* una regulación penal como la vigente, pero también es cierto que *no obliga* a una trasposición de su contenido en los términos en que se ha llevado a cabo. Por todos es conocido que en los últimos años el legislador penal español siempre peca por exceso cuando se trata de trasponer normativa europea, pese a las críticas que merece ese modo de proceder<sup>10</sup>. Adicionalmente, y como segundo motivo de la

<sup>6</sup> Así, TERUEL LOZANO (2015), p. 32. Tampoco ahorra en descalificaciones PORTILLA CONTRERAS (2015), pp. 717 s., en cuya opinión se trata de delitos que «simbolizan el desprecio por la libertad de expresión, creencia e ideología, que hubiera llevado a la hoguera la “Incitación al Nixonicidio y alabanza a la Revolución Chilena” y a Pablo Neruda a la cárcel».

<sup>7</sup> En el seno de la Unión Europea, la citada Decisión Marco de 2008 recoge la herencia de la Acción Común 96/443/JAI del Consejo, de 15 de julio de 1996, relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia. Por lo que respecta al Consejo de Europa, destaca la Recomendación n.º 7 de política general de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI), de 13 de diciembre de 2002, sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial.

<sup>8</sup> Al respecto, FRONZA (2011), pp. 114 s.

<sup>9</sup> Véase un estudio de Derecho comparado en LANDA GOROSTIZA (1999), pp. 103 ss. En lo que atañe a países europeos, pp. 129 ss. Respecto al negacionismo, véase también FRONZA (2011), pp. 116 ss.

<sup>10</sup> Es imposible recoger aquí todas las insistentes advertencias de la doctrina sobre los peligros, por un lado, de una transcripción literal en los preceptos penales del contenido de los textos internacionales y, por otro lado, de no hacer uso de los mecanismos que esos mismos textos ofrecen para limitar el alcance de los tipos. Véase, entre otros muchos, en general, SILVA SÁNCHEZ (2010), pp. 4 y 11. Aplicado al ámbito que nos ocupa, señalan que los instrumentos internacionales no condicionan por completo el contenido de los preceptos penales de

reforma, la reintroducción en el Código penal de la negación del genocidio es considerada por el legislador de 2015 conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional —sentencia n.º 235/2007—, desde el momento en que el precepto incorpora la exigencia de que las conductas supongan una incitación al odio o a la hostilidad contra determinados grupos de personas<sup>11</sup>. Sin embargo, este motivo se basa, según creo, en una interpretación equivocada de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

Entiendo que ninguno de los dos argumentos proporcionan una base sólida a la reforma, como trataré de demostrar. En mi opinión, las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales formuladas a lo largo de veinte años al interpretar y aplicar la regulación anterior arrojaban propuestas acertadas que deberían haber servido de punto de partida de cualquier iniciativa de reforma de estos delitos, sin descuidar por ello nuestros compromisos internacionales. Por esa razón, recorriendo el camino que el legislador de 2015 ha decidido no transitar, pretendo en las páginas que siguen examinar algunos aspectos dogmáticos de los nuevos tipos penales desde la óptica de esas argumentaciones, para poner de manifiesto los gravísimos defectos en los que aquellos incurren precisamente por haberlas ignorado.

## II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y VALORACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES

La LO 4/1995, de 11 de mayo, introdujo en el CP 73 el delito de provocación o incitación a la discriminación en el art. 165 ter y el delito de apología del genocidio en el art. 137 bis *b*), con la finalidad, declarada en la Exposición de Motivos, de combatir por la vía penal determinados comportamientos discriminatorios dirigidos contra ciertos grupos raciales o étnicos. La regulación se justificó, además, por la necesidad de cumplir con los compromisos internacionales que el Estado español había adquirido al ratificar la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948, y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965.

Como consecuencia de ello, en primer lugar, era necesario incorporar un precepto dirigido a sancionar «toda difusión de ideas basadas en la superioridad de una raza o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico» (art. 4 de la Convención internacional de 1965). Este era el objetivo perseguido por el art. 165 ter, que castigaba la

las legislaciones internas, por ejemplo, GÓMEZ MARTÍN (2012), p. 103; y LANDA GOROSTIZA (2012), pp. 321 s., 324.

<sup>11</sup> Según el Preámbulo de la LO 1/2015, «la STC 235/2007, de 7 de noviembre, impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías».



provocación o incitación directa o mediante la apología a la discriminación de personas o grupos motivada por su origen racial, étnico o nacional o por su ideología, religión o creencias. La provocación o incitación debía llevarse a cabo por cualquier sistema que facilitase la publicidad. Finalmente, se recogía una definición de apología<sup>12</sup>. En segundo lugar, la legislación penal española debía sancionar «la instigación directa y pública a cometer el genocidio», de acuerdo con lo dispuesto en el art. III del Convenio de 1948. Estos requisitos los recogía expresamente el delito de apología del genocidio del derogado art. 137 bis b), en el que se sancionaba con la pena inferior en dos grados a las establecidas respectivamente en el delito de genocidio la exposición de ideas o doctrinas, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, que ensalcen el crimen, enaltezcan a su autor, nieguen, banalicen o justifiquen el genocidio, o pretendan la rehabilitación o constitución de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio siempre que tales conductas, por su naturaleza y circunstancias, pudieran constituir una incitación directa a cometer delito. Carece de interés en este momento detenerse a comentar estos preceptos, pero quisiera llamar la atención sobre el hecho de que en ellos se aprecia un claro respeto al carácter fragmentario del Derecho penal: los tipos no castigan *todas* las conductas susceptibles de ser incluidas dentro de los fenómenos sociales del discurso del odio y del negacionismo, sino que seleccionan los hechos considerados de mayor gravedad.

El Código penal de 1995, aprobado pocos meses después, mantuvo la regulación del primer delito —ubicado en el art. 510.1— en sus aspectos esenciales, si bien extendió de un modo considerable su ámbito de aplicación<sup>13</sup>: a la provocación a la discriminación añadió la provocación al odio y a la violencia, eliminó la referencia al carácter directo y público de la provocación e incorporó nuevos motivos de discriminación, con la consiguiente ampliación de los grupos a los que podían ir dirigidas las conductas típicas<sup>14</sup>. De otra parte, el nuevo Código modificó sustancialmente el contenido del antiguo art. 137 bis b), pues es notorio que en el art. 607.2 vigente hasta 2015<sup>15</sup> ya no se tipificaba la apología del genocidio, de acuerdo con la definición legal de «apología» que ofrece el párrafo segundo del art. 18.1 CP, sino la difusión de ideas que nieguen o justifiquen el genocidio, o pretendan la

<sup>12</sup> De acuerdo con el art. 165 ter CP 1973, «1. Los que provoquen o inciten, directamente o mediante la apología, a través de medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por motivos referentes a su origen racial, étnico o nacional, o a su ideología, religión o creencias, serán castigados con la pena de prisión menor en grado mínimo o medio y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas. 2. La apología existe cuando, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor y que, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer el delito».

<sup>13</sup> De acuerdo con su tenor literal, «los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses».

<sup>14</sup> Sobre la génesis legislativa del precepto, véase LANDA GOROSTIZA (2001), pp. 119 ss.

<sup>15</sup> Según el art. 607.2, en su redacción anterior a la reforma de 2015, «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que (nieguen o) justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años».

rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen ese tipo de prácticas<sup>16</sup>.

En estos años de vigencia del Código penal de 1995 los dos preceptos han sido objeto de un amplio y en todo caso muy crítico tratamiento doctrinal. De hecho, aunque se han expuesto opiniones de diversa índole sobre cuál debía ser la forma más adecuada de orientar la exégesis de estas figuras delictivas, absolutamente todos los planteamientos han partido de las mismas premisas, a saber: por un lado, que estos delitos, sobre la base del tenor literal de los preceptos en los que se encontraban regulados, resultaban difícilmente conciliables con los principios básicos del Derecho penal, fundamentalmente el principio de intervención mínima en sus distintas manifestaciones, desde el momento en que daban lugar a un adelantamiento excesivo de las barreras de intervención del Derecho penal<sup>17</sup>; y, por otro lado, que se trataba de «delitos de opinión», con la consiguiente fricción con el derecho constitucional a la libertad de expresión<sup>18</sup>. Siendo estos los puntos de partida unánimes de la doctrina, es lógico que los penalistas que se han ocupado de analizar estas figuras delictivas hayan centrado sus esfuerzos durante todo este tiempo en interpretar restrictivamente ambos preceptos, para librarlos en la medida de lo posible de esas objeciones, mientras reclamaban de *lege ferenda* una nueva regulación más precisa y acorde con los mencionados principios y derechos.

Los jueces y tribunales penales, por su parte, han condenado por estos delitos en pocas ocasiones, y aún es más escaso el número de sentencias condenatorias firmes<sup>19</sup>. De entre todos los pronunciamientos destacan las sentencias recaídas en los célebres casos de la «Librería Europa»<sup>20</sup> y de la «Librería Kalki»<sup>21</sup>. Al hilo de este

<sup>16</sup> Al respecto, explicándolo desde el desarrollo legislativo del precepto, LAURENZO COPELLO (1996), pp. 265-267.

<sup>17</sup> Véanse, por ejemplo, entre otros muchos, GARCÍA ÁLVAREZ (2004), pp. 261, 321 ss.; GÓMEZ MARTÍN (2012-2), p. 199; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (1998), pp. 34 y 38; LANDA GOROSTIZA (2000), pp. 216, 362 ss.; y el mismo (2001), 248 s.

<sup>18</sup> Así, BERNAL DEL CASTILLO (1998), pp. 92, 138-139; LANDA GOROSTIZA (2001), pp. 248 s.; y LAURENZO COPELLO (1996), pp. 265, 269. En particular, respecto al delito del art. 607.2, CUERDA ARNAU (2001), pp. 1125 ss.; y SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH (2009), pp. 307, 310; respecto al delito del art. 510.1, ALCÁCER GUIRAO (2012), pp. 16 ss. BENLLOCH PETIT (2001), pp. 189 s., 199, considera que el antiguo art. 510.1 constituye una manifestación rechazable de Derecho penal simbólico, y que el negacionismo (art. 607.2) es un delito de opinión.

<sup>19</sup> Véase el completo análisis de la evolución jurisprudencial del art. 510.1 CP desde el año 1995 hasta el año 2011 efectuado por LANDA GOROSTIZA (2012), pp. 297 ss. En los últimos años es digna de reseña la sentencia del Juzgado de lo Penal de Manresa de 11 de noviembre de 2011, que condena por el delito del art. 510.1 a un miembro de un partido político por distribuir un panfleto en una campaña electoral —véase una crítica a esta sentencia en ALCÁCER GUIRAO (2012), pp. 2 ss.—. No obstante, la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 5.ª), en sentencia de 29 de junio de 2012, estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del condenado contra la sentencia del Juzgado de lo Penal de Manresa, por lo que resulta absuelto. Una reseña de la aplicación jurisprudencial del delito puede consultarse también en GÜERRI FERRÁNDEZ (2015), pp. 18 s. En cuanto al delito del art. 607.2, de él se ocupan gran parte de los pronunciamientos sobre el art. 510.1, principalmente los relacionados con los casos de las librerías mencionados en el texto. Además, recientemente, destacan la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Vigo de 24 de enero de 2012, en la que se condena por el delito del art. 607.2 al acusado que envió ciertos mensajes a un foro nacionalista, condena que ha sido confirmada por la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 5.ª), en sentencia de 27 de julio de 2012, así como la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 7 de Barcelona, que condena al director de una revista con contenido propagandístico de la ideología nazi por el delito del art. 607.2, también confirmada por la sentencia de 1 de febrero de 2013 de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 3.ª).

<sup>20</sup> La sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998 condenó al titular de esta librería en la que se vendían materiales vinculados al negacionismo del holocausto nacional-socialista por los delitos de los arts. 510.1 y 607.2. Posteriormente, la Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia de 5 de marzo de 2008, resolvió el recurso de apelación, absolviendo al condenado del delito de provocación a la discriminación, si bien mantiene la condena por el delito del art. 607.2. Posteriormente se inició otro procedimiento contra la misma persona, y el Juzgado de lo Penal n.º 11 de Barcelona vuelve a condenarle por los mismos delitos, pero la Audiencia provincial de Barcelona, en sentencia de 26 de abril de 2010, le absuelve del delito del art. 510.1 y confirma también aquí la condena por el delito del art. 607.2. Sobre estas sentencias, véanse LANDA GOROSTIZA (2012), p. 304; RAMOS VÁZQUEZ (2009), pp. 124 ss.; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH (2009), pp. 283 s. Analiza el *iter* procesal del caso ÍÑIGO CORROZA (2011), pp. 615 ss.

<sup>21</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de octubre de 2009 condena por los delitos que nos ocupan, pero

último caso, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse por primera vez sobre estos tipos penales en su sentencia n.º 259, de 12 de abril de 2011, donde absuelve a los acusados de los delitos de los arts. 510.1 y 607.2 por los que habían sido condenados, con argumentos que demuestran claramente la asunción por parte de la jurisprudencia de los criterios restrictivos utilizados por la doctrina en la interpretación de esos preceptos.

Las recientes consideraciones doctrinales y jurisprudenciales relacionadas con las figuras delictivas ahora derogadas tienen muy en cuenta, como no podía ser de otra forma, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, fundamentalmente en su célebre sentencia n.º 235/2007, donde resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada a raíz del caso de la «Librería Europa»<sup>22</sup>. En este fallo el Alto Tribunal declara inconstitucional el inciso del art. 607.2 referido al negacionismo en sentido estricto, al tiempo que ofrece pautas para una interpretación del resto de las modalidades típicas acorde con los postulados constitucionales, como ya es sobradamente conocido. Además, el Tribunal Constitucional analiza el discurso del odio a la luz del art. 20 CE, por lo que la sentencia también repercutía en la interpretación del antiguo art. 510.1 y debe ser tenida en consideración en la exégesis del actual art. 510.

### III. FOMENTO, PROMOCIÓN O INCITACIÓN AL ODIOS, HOSTILIDAD, DISCRIMINACIÓN O VIOLENCIA

#### 1. Interpretaciones restrictivas del delito de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia en su versión anterior a la reforma de 2015 y propuestas *de lege ferenda*

Desde la entrada en vigor del CP de 1995 han ido perfilándose dos grupos de propuestas de interpretación restrictiva del delito de provocación a la discriminación, al odio y la violencia.

a) La inmensa mayoría de las propuestas de interpretación del delito que nos ocupa se han centrado en acercar en mayor o menor medida los elementos del tipo a las notas características del acto preparatorio de «provocación» definido en el art. 18.1 CP. Pese a los cambios en la redacción del precepto incorporados en el nuevo Código penal, esta interpretación seguía estando avalada por el verbo típico, que era, precisamente, *provocar*. En el seno de esta orientación era posible distinguir con claridad dos líneas interpretativas:

Para algunos autores las dificultades de concreción del tenor literal del precepto podían salvarse identificando plenamente la provocación propia del art. 510.1 con

finalmente el Tribunal Supremo absuelve a los acusados, tal y como se refiere en el texto.

<sup>22</sup> Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante auto de 14 de septiembre de 2000, por la posible colisión del art. 607.2 con el derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 20.1 de la Constitución.



los requisitos de la provocación según el concepto ofrecido por el art. 18.1. Como es sabido, de acuerdo con la interpretación del concepto legal de provocación realizada por la doctrina mayoritaria<sup>23</sup>, los elementos del acto preparatorio de provocación son la publicidad, el carácter directo de la incitación y que esta se dirija a la realización de un acto constitutivo de delito. En consecuencia, en virtud de esta tesis, «provocar a la discriminación» debía entenderse como la incitación a realizar algún acto discriminatorio constitutivo de delito, mientras que la expresión «provocar a la violencia» tenía que interpretarse como incitar a la realización de actos violentos igualmente constitutivos de delito, todo ello de manera directa y ante un colectivo de personas o por medios que faciliten la publicidad<sup>24</sup>.

En cambio, otro sector doctrinal opinaba que no era posible trasladar al comportamiento típico del art. 510.1 todas las notas definitorias de la provocación como acto preparatorio, dado que los conceptos de «discriminación, violencia y odio» no implican necesariamente la realización de un comportamiento delictivo. Ahora bien, desde el entendimiento de que la provocación genérica y la provocación tipificada en aquel precepto compartían el mismo fundamento, a saber, el adelantamiento de las barreras de la tutela penal por la «idoneidad (de las conductas) para poner en peligro ciertos bienes de especial importancia», el art. 18.1 seguía siendo válido como referencia a la hora de precisar el contenido típico del art. 510.1. Desde este punto de vista, serían trasladables al delito del art. 510.1 parte de los elementos contenidos en la definición de provocación genérica: la publicidad y la exigencia de que constituya una incitación directa —esto es, que esté expresa e inequívocamente orientada a la consecución de los resultados que el provocador se propone<sup>25</sup>—. Por lo demás, bastaría con que la provocación tuviera por objeto hechos antijurídicos, aunque no necesariamente ilícitos penales. Esta tesis fue defendida inicialmente por *Laurenzo Copello*<sup>26</sup> y asumida después por el Tribunal Supremo en la sentencia sobre el caso de la «Librería Kalki»<sup>27</sup>.

Tanto una como otra interpretación se enfrentaban con el obstáculo de la tercera

<sup>23</sup> Véase BARBER BURUSCO (2004), pp. 247 ss. Cfr. REBOLLO VARGAS (1997), pp. 78 ss.

<sup>24</sup> Así, BERNAL DEL CASTILLO (1998), pp. 76 ss. (provocar a la discriminación equivale a incitar a la comisión de los delitos de los arts. 510.2, 511, 512, 513 y 314, y provocar a la violencia equivale a provocar a la realización de delitos que contengan un componente de violencia física o material, siempre que esté previsto el castigo de la provocación en estos delitos); CANCIO MELIÁ (1997), pp. 1274 s.; GARCÍA ÁLVAREZ (2004), pp. 245-251, 254, sin que sea preciso, en su opinión, que esté previsto el castigo de la provocación ex art. 18 respecto de las figuras delictivas a las que se provoque ex art. 510.1; MUÑOZ CONDE (2013), p. 766; PORTILLA CONTRERAS (1997), p. 687; el mismo (2015), p. 726; y TAMARIT SUMALLA (2011), p. 2050.

<sup>25</sup> Sobre esta comprensión del carácter directo de la provocación, véase DEL ROSAL BLASCO (1996), p. 116.

<sup>26</sup> LAURENZO COPELLO (1996), pp. 253 ss. Véase también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), p. 371.

<sup>27</sup> STS 259/2011, de 12 de abril, F. J. 1: «la utilización del término provocación ha conducido a sostener que es preciso que se cumplan los requisitos del artículo 18, salvo el relativo a que el hecho al que se provoca sea constitutivo de delito (...). En cualquier caso, es preciso que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo». Se manifestó ya en el mismo sentido la AP de Barcelona (sección 2.ª) en su sentencia n.º 259/2010, de 26 de abril, relativa al caso de la «Librería Europa» (F. J. 9). Posteriormente, esta interpretación es acogida en la sentencia n.º 787/2012, de 29 de junio de la AP de Barcelona (Sección 5.ª), en el caso del reparto de panfletos en campaña electoral: la provocación «debe ser directa, concreta, amenazante, definitiva y grave (...). La provocación genérica, indirecta, no cabe en el precepto». «La discriminación debe interpretarse en sentido estrictamente jurídico, debe tratarse de actos que infrinjan el mandato del artículo 14 de la Constitución Española, y tratarse de hechos ilícitos» (F. J. 3). En el mismo sentido también la sentencia n.º 104/2013, de 1 de febrero, de la AP de Barcelona (sección 3.ª) —véase F. J. 3—, que confirma la condena por el delito del art. 607.2 al director de una revista nazi.

modalidad típica: la provocación al odio. El odio no es un hecho ilícito, y mucho menos un delito, sino una emoción humana y, por tanto, la penalización de la provocación al odio supone castigar la incitación al rechazo hacia determinadas personas en razón de su pertenencia a los grupos mencionados en el precepto. Dado que el castigo a la instigación de un sentimiento choca frontalmente con el derecho a la libertad de expresión, se trata de una modalidad típica que algunos autores han rechazado de plano<sup>28</sup>. Pero como lo cierto es que no puede pasarse por alto una conducta que está tipificada, con independencia de que se abogue por su derogación de *lege ferenda*, otros autores, sin dejar de criticar abiertamente esta modalidad, se han esforzado en elaborar fórmulas de interpretación restrictiva que, en este caso, pasan por reconducir el concepto de odio a la creación de actitudes hostiles — algo que va más allá del rechazo puramente emocional a determinados grupos<sup>29</sup> — o incluso a la realización de hechos lesivos para los miembros del grupo<sup>30</sup>. Pero, aun con estas interpretaciones, no es posible acomodar la «provocación al odio» a todos los elementos que se venían exigiendo para el resto de las modalidades típicas. En particular, no podía afirmarse que se tratase de una incitación directa a la práctica de hechos ilícitos<sup>31</sup>.

Por otra parte, todas estas propuestas tienen en común la consideración del delito de provocación al odio y a la violencia como uno perteneciente a la categoría de «delitos de discriminación» o «delitos antidiscriminatorios». Dentro de esta categoría se incluyen figuras delictivas que protegen el derecho individual a no ser discriminado, como concreción del principio constitucional de igualdad (art. 14 CE)<sup>32</sup>. Pero también en este punto se aprecian considerables diferencias doctrinales pues, sin descender a los matices, algunos autores han defendido que el delito que nos ocupa tutela exclusivamente el mencionado bien jurídico<sup>33</sup>, mientras que otros,

<sup>28</sup> Así, BERNAL DEL CASTILLO (1998), p. 81; GARCÍA ÁLVAREZ (2004), pp. 251-253; PORTILLA CONTRERAS (1997), p. 688.

<sup>29</sup> En este sentido, LAURENZO COPELLO (1996), p. 264: la instigación ha de dirigirse a «crear o profundizar actitudes de auténtica hostilidad hacia aquellas personas».

<sup>30</sup> Así, CANCIO MELIÁ (1997), p. 1275: la provocación al odio debe interpretarse «en sentido restrictivo como actitud de rechazo irracional a alguno de los grupos mencionados, debiendo ser ese rechazo de tal intensidad que conlleve por parte de los destinatarios de la provocación la disposición a actuar en la práctica por algún medio delictivo concretando el “odio” provocado en hechos». De la misma opinión, ALCÁCER GUIRAO (2012), p. 18, para quien debe exigirse que la incitación al odio se realice en tales condiciones y con tal intensidad que, aunque no exista «una incitación *directa* a la violencia», sea previsible «la realización inminente de actos lesivos para miembros del grupo concernido». Similar, REBOLLO VARGAS (2004), p. 2428.

<sup>31</sup> En opinión de LAURENZO COPELLO (1996), pp. 264 s., para conceder un contenido específico a esta modalidad que no se confunda con la provocación a la discriminación y a la violencia, hay que admitir que en este caso la provocación ya no tiene por objeto hechos ilícitos. Por tanto, «se recogen incitaciones que solo de un modo *indirecto* podrían concretarse en actos de discriminación prohibida o de violencia (...), previa transformación del sentimiento de hostilidad en una auténtica voluntad de realizar aquellos actos». Es decir, se intenta evitar la «antesala de la violencia», el «estadio previo que puede desembocar en hechos ilícitos». ALCÁCER GUIRAO (2012), p. 18, también considera que no hace falta que se dé aquí una incitación directa a la violencia. Similar, SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH (2009), pp. 308, 327.

<sup>32</sup> Dentro de los delitos de discriminación se incluyen, además, fundamentalmente, los delitos de los arts. 314, 511, 512 y el delito de justificación del genocidio (derogado art. 607.2). A estos figuras delictivas habría que sumar, como medida antidiscriminación de naturaleza penal, la agravante del art. 22.4.<sup>a</sup>. Véase LAURENZO COPELLO (1996), pp. 228-230.

<sup>33</sup> En este sentido, BERNAL DEL CASTILLO (1998), pp. 30 s., para quien, según su clasificación, este delito se encontraría entre los delitos de discriminación en sentido estricto, al igual que los delitos tipificados en los arts. 511 y 512 (pp. 73 ss.); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), p. 362; GARCÍA ÁLVAREZ (2004), pp. 57 s., quien distingue entre delitos que atentan directamente contra el derecho a no ser discriminado, como por ejemplo los delitos de los arts. 511 y 512, y delitos que afectan indirectamente a dicho objeto de protección, como el delito de provocación a la discriminación (pp. 221 ss.); y PORTILLA CONTRERAS (1997), p. 686. De la misma opinión parece ser también CANCIO MELIÁ (1997), p. 1274, quien considera que se trata del «escalón más bajo de

además del bien jurídico individual, identifican otro objeto de protección de carácter supraindividual —con diferentes formulaciones—, si bien el segundo operaría en todo caso como complementario del primero<sup>34</sup>. A diferencia de lo que sucede en otros delitos de discriminación, en los que se ve afectado de manera directa el derecho a no ser discriminado, el delito de provocación anticiparía la tutela de dicho bien jurídico, al representar las conductas típicas para él únicamente un peligro abstracto<sup>35</sup>.

Desde una perspectiva estrictamente jurídico-penal, la interpretación del precepto como un supuesto más de provocación o como una provocación «relajada» o *sui generis* presentaba ciertos inconvenientes para la exégesis de *lege lata* del precepto, en general advertidos por sus defensores. Así, por un lado, la comprensión del tipo como provocación a la realización de actos delictivos dejaba al margen el supuesto de provocación al odio, sin conseguir una interpretación unitaria del precepto. Pero si en el concepto de odio se pretendía incluir «actos lesivos para miembros del grupo social»<sup>36</sup>, entonces esos supuestos podían encuadrarse en la provocación a la violencia o a la discriminación, de manera que se dejaba sin contenido la provocación al odio. Por otro lado, se incurría en ciertas incoherencias valorativas. En primer lugar, si el objeto de la provocación no ha de ser necesariamente un delito, surge la necesidad de aclarar cómo es posible que se tipifique como delito antidiscriminatorio la incitación a conductas que pueden no ser delictivas. Pero, en segundo lugar, si ha de ser delito aquello a lo que se provoca, entonces resulta que, en ocasiones, la incitación podría castigarse con una pena superior a la del delito a cuya perpetración se incita<sup>37</sup>. Finalmente, a una y otra opinión era objetable que en los casos en que el propio delito al que se incitase previese el castigo de la provocación se plantearía un problema concursal si efectivamente llegara a ejecutarse el delito a cuya realización se había incitado, problema al que no se le pudo encontrar —porque no la había— una solución plenamente satisfactoria<sup>38</sup>.

sanción penal de las disposiciones (...) dirigidas a la represión de la discriminación».

<sup>34</sup> En opinión de LAURENZO COPELLO (1996), pp. 236 ss., particularmente p. 241, en todo trato discriminatorio se ven implicados dos bienes jurídicos: uno individual, «el derecho a ser tratado como un ser humano igual a los demás», relacionado con la dignidad personal, y otro colectivo, «el modelo de convivencia plural y multicultural del que parte nuestra Constitución» si bien entiende que ambos aspectos no gozan de la misma trascendencia a la hora de fundamentar los tipos, sino que prima la perspectiva individual. En su clasificación de los preceptos antidiscriminatorios, el delito que nos ocupa se encontraría dentro de las que ella denomina «medidas antidiscriminatorias genéricas» (p. 227). En un sentido semejante, BORJA JIMÉNEZ (1999), pp. 334 ss., en particular p. 344, considera que el objeto de protección es la dignidad humana proyectada en el derecho individual a no ser discriminado y, además, de forma accesoria, el «orden público entendido como normal desarrollo de la convivencia de los diferentes grupos humanos que integran una comunidad determinada». RODRÍGUEZ YAGÜE (2007), pp. 74 ss. considera también que en Código penal existen una serie de delitos de discriminación en los que se tutela el bien jurídico «derecho a no ser discriminado», bien jurídico que presenta a su juicio una dimensión individual y otra colectiva. En algunos delitos prima la dimensión individual sobre la colectiva, pero en el delito del art. 510 prevalece la dimensión colectiva (la referencia al ataque al grupo) y queda difuminada la referencia al elemento individual. Similar, también respecto a la nueva regulación, TAPIA BALLESTEROS (2015), pp. 184 s.

<sup>35</sup> Así, expresamente, por ejemplo, BORJA JIMÉNEZ (1999), pp. 289 y 344; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), p. 365; GÓMEZ NAVAJAS (1999), p. 1841; y LAURENZO COPELLO (1996), p. 250.

<sup>36</sup> ALCÁCER GUIRAO (2012), p. 18.

<sup>37</sup> Al respecto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), pp. 371 ss.; LANDA GOROSTIZA (1999), pp. 228-230; el mismo (2001), p. 132 s. Es evidente, además, que el precepto se alejaba de las reglas que sigue el Código para el castigo de los actos preparatorios (pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito correspondiente). Sobre ello, GÓMEZ MARTÍN (2012), pp. 108 s.

<sup>38</sup> Véanse distintas propuestas en GARCÍA ÁLVAREZ (2004), pp. 255 s. (inducción al delito con la agravante genérica del art. 22.4.º) y LAURENZO COPELLO (1996), pp. 262 s. (concurso ideal entre el delito del art. 510.1 y la inducción al delito de que se tratase).

En otro orden de cosas, la identificación de un objeto de tutela individual encontraba un escollo en la redacción del precepto, pues las conductas típicas habían de dirigirse «contra grupos o asociaciones», de lo que parecía deducirse que el sujeto pasivo del delito había de ser el grupo, y no los individuos miembros del grupo<sup>39</sup>. Ello llevó a algunos de los autores citados a incurrir conscientemente en la contradicción de considerar sujeto pasivo a los grupos o asociaciones, siendo impune, en su opinión, la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra una persona individual<sup>40</sup>. Otros concluían que pese a la redacción del precepto tenían que considerarse incluidos también los supuestos de provocación a la discriminación de individuos concretos, pues solo de ese modo era posible evitar el absurdo al que se llegaría en caso contrario<sup>41</sup>. Con independencia de este problema, creo que era necesario replantearse la orientación del delito en clave de protección exclusiva del derecho individual a no ser discriminado, aspecto sobre el que volveré más adelante.

En definitiva, es preciso reconocer que a estas propuestas se les podían plantear varias objeciones, aunque seguramente tampoco pretendían lograr un encaje sistemático perfecto, sino más bien restringir el tenor literal del antiguo precepto con el fin de adaptarlo en la medida de lo posible a la lógica interna del Código penal en materia de sanción de actos preparatorios. Este cometido lo cumplieron sobradamente, consiguiendo así mantener la aplicación práctica del precepto dentro de cauces más ajustados a los principios propios del Derecho penal. Pero, a la vez, y esto es lo que nos interesa ahora, dejaron clara la orientación político-criminal sugerida de *lege ferenda*, pues de las consideraciones expuestas se deduce que, en opinión de la mayoría de la doctrina, para combatir por la vía penal el fenómeno del discurso del odio solo sería legítimo un tipo que sancionase la incitación directa y pública a concretos actos antijurídicos de violencia o discriminación con exclusión de los supuestos de incitación al odio<sup>42</sup>.

Por otra parte, desde un enfoque constitucional, estas tesis que delimitaban los elementos típicos del delito del art. 510.1 por remisión, en todo o en parte, al art. 18 CP poseían la virtud de lograr una restricción del ámbito de aplicación del precepto que lo alejaba de las dudas de constitucionalidad, al menos por lo que respecta a posibles fricciones con el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión.

<sup>39</sup> En este sentido, LANDA GOROSTIZA (1999), p. 222.

<sup>40</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), p. 367; PORTILLA CONTRERAS (1997), pp. 686 s.; REBOLLO VARGAS (2004), p. 2427. CANCIO MELIÁ (1997), pp. 1275 s. llega a la misma conclusión, si bien con el importante matiz de que, para él, ese dato permitiría encontrar una característica propia del precepto que justifique la mayor penalidad respecto a la prevista para las conductas de discriminación en sentido estricto: «mas allá de la provocación a la discriminación en un supuesto concreto, se trataría de crear una situación en la que puedan producirse múltiples hechos de esa clase, al afectar la conducta a colectivos». Desde este punto de vista, parece identificarse más bien un objeto de tutela de naturaleza supraindividual.

<sup>41</sup> Así, BERNAL DEL CASTILLO (1998), pp. 83 s.; CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN (1996), p. 2003; MUÑOZ CONDE (2013), pp. 840 s. En opinión de LAURENZO COPELLO (1996), pp. 251 s., la referencia a los grupos o asociaciones no debía interpretarse como una mención al sujeto pasivo del delito, sino como un «modo de intensificar la tutela penal». Es decir, aunque el objeto de tutela fuesen los miembros individuales del grupo, al referirse el precepto al colectivo, se pretende evitar la creación en los ciudadanos de una actitud hostil hacia los caracteres que identifican el grupo, actitud que puede facilitar la realización de actos de discriminación hacia los individuos.

<sup>42</sup> Véanse GARROCHO SALCEDO/PORTILLA CONTRERAS (2013), p. 933; PORTILLA CONTRERAS (2015), p. 728.

En efecto, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 235/2007, a la que después me referiré más ampliamente, afirma que la libertad de expresión «encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquellas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables»<sup>43</sup>. Y más adelante señala que el art. 607.2 resultaría conforme a la Constitución «si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos»<sup>44</sup>. En cualquier caso, ya hemos visto que esa interpretación restrictiva solo era posible realizarla respecto de una parte de las conductas típicas, por lo que seguía siendo discutible que el precepto se ajustase plenamente a los parámetros constitucionales<sup>45</sup>.

b) De acuerdo con un sector doctrinal minoritario, para encontrar una interpretación satisfactoria a esta figura delictiva, que no tropiece con los problemas mencionados, era preciso desvincularla por completo de las características del acto preparatorio de provocación. La propuesta más elaborada a este respecto es la desarrollada por *Landa Gorostiza*. Expuesto de forma resumida, a su modo de ver era necesario orientar la interpretación del precepto desde una perspectiva exclusivamente supraindividual, que vea en el delito de provocación algo más que un mero adelantamiento de las barreras de protección de derechos individuales. El precepto se dirigía, en su opinión, «a tutelar a determinadas minorías vulnerables frente a actuaciones idóneas para iniciar procesos agresivos y de hostilidad contra aquellas»<sup>46</sup>. Por tanto, el bien jurídico debe ponerse en relación con el conjunto de condiciones que determinan el sentimiento efectivo de seguridad de un colectivo. Más concretamente, serían objeto de protección «las condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos especialmente vulnerables»<sup>47</sup>. Desde esta perspectiva, el delito no se orientaría a proteger derechos individuales de los sujetos discriminados, sino que pretendería incriminar preventivamente la «antesala del holocausto», esto es, prevenir «conductas que ponen en marcha un proceso de agresión colectiva contra determinados colectivos especialmente vulnerables»<sup>48</sup>.

Contrariamente a lo que pueda parecer, la identificación de un bien jurídico supra-individual, vinculado a la protección de la seguridad de ciertos colectivos, no conducía

<sup>43</sup> F. J. 5.

<sup>44</sup> F. J. 7. Aunque lo cierto es que el Tribunal termina conformándose con una incitación indirecta, como veremos al analizar su interpretación del derogado art. 607.2.

<sup>45</sup> Debemos tener presente, además, que los tipos penales susceptibles de abarcar conductas muy cercanas al ámbito protegido por la libertad de expresión, como el que nos ocupa, producen un «efecto desaliento», es decir, disuaden del ejercicio de ese derecho fundamental por miedo a la respuesta penal. Para evitar ese efecto, conviene que el legislador no se exceda a la hora de establecer límites a la libertad de expresión. Véase, en general, sobre la necesidad de atender al efecto desaliento de los tipos que limitan la libertad de expresión con el fin de evitar sanciones desproporcionadas, CUERDA ARNAU (2007), *passim*. ALCÁCER GUIRAO (2012), pp. 16 ss., considera que el art. 510.1 vigente en ese momento ilustraba claramente la figura del efecto desaliento y, en su opinión, era por ello inconstitucional. A su modo de ver «una norma puede ser constitucionalmente ilegítima porque restrinja su contenido esencial (de la libertad de expresión), pero también porque, afectando a la periferia del ámbito del ejercicio del derecho, tal limitación resulte desproporcionada».

<sup>46</sup> LANDA GOROSTIZA (1999), p. 224.

<sup>47</sup> LANDA GOROSTIZA (1999), pp. 238-240, pp. 346 ss. Las condiciones de seguridad existencial aludirían «al conjunto mínimo de condiciones necesarias para que todos los miembros de un colectivo puedan desarrollar sus actividades como sujetos de pleno derecho en la sociedad» (p. 351).

<sup>48</sup> LANDA GOROSTIZA (1999), p. 360.



desde los planteamientos de este autor a una interpretación más amplia del precepto que la sustentada por la mayoría de la doctrina —que centraba, como veíamos, el objeto de protección en el principio de igualdad— sino todavía más restrictiva. En efecto, advierte *Landa* del peligro que presenta una incriminación preventiva de esas características, primero por la «indefinición del fenómeno que se pretende regular» y, segundo, porque se trata de «actividades de alto contenido ideológico». Es decir, reconoce que esta vía interpretativa corre el riesgo de otorgar carta de legitimidad a tipos que sancionan conductas dirigidas a crear un clima favorable a la potencial realización de actos hostiles o violentos hacia determinados grupos de personas —los denominados «delitos de producción de un clima» o «delitos clima»<sup>49</sup>—. Dado que el autor rechaza esta categoría por diversos motivos, entre los que se cuenta el riesgo de configurar un delito de opinión<sup>50</sup>, cree que ese riesgo debe ser neutralizado a través de criterios restrictivos. Dos son los criterios de restricción propuestos. Por un lado, a su modo de ver, la conducta que afecte a ese bien jurídico colectivo, para ser típica, debería «mostrar un nivel relevante de dañosidad social», que evite el castigo de una mera opinión disidente. A este respecto, debería mostrar un «efecto amenazante coactivo»<sup>51</sup>, lo que implica la presencia de una amenaza directa de cometer un delito grave. Dado que las conductas de provocación descritas en el antiguo art. 510.1 no cumplían estos requisitos, pues se trataba de amenazas indirectas, genéricas y no suficientemente graves, concluye en este punto que se está utilizando el instrumento penal «como modo coactivo de adhesión a valores dominantes constitucionalizados, limitando de manera inaceptable la libertad de expresión, según modelos punitivos próximos al derecho penal de autor». Aun así, y por otro lado, entiende que se podría identificar en las conductas de provocación descritas ese efecto amenazante coactivo si los actos de provocación tuvieran lugar en un contexto de crisis (segundo y definitivo criterio de restricción), es decir, en situaciones extremas próximas al estallido de un enfrentamiento civil<sup>52</sup>. Fuera de ese contexto, «el delito de provocación no debería encontrar aplicación en un Estado social y democrático de Derecho»<sup>53</sup>. En definitiva, lo relevante no es, según su parecer, si la incitación es directa o indirecta respecto de la realización de actos concretos, sean o no delictivos, sino si el discurso, por el contexto en que tiene lugar, «tiene la fuerza y eficacia suficiente como para contribuir a alterar

<sup>49</sup> Véase esta terminología en JAKOBS (1997), pp. 313 s. En su opinión, comparten la naturaleza de «delitos clima» un conjunto de figuras delictivas del Código penal alemán que protegen la paz pública, entre los que se cuentan los delitos de instigación contra sectores de la población y la apología de la violencia, así como la incitación al odio racial de los §§ 130 y 131 StGB.

<sup>50</sup> Véase la crítica a los «delitos clima» en LANDA GOROSTIZA (1999-2), pp. 700 ss.

<sup>51</sup> Sigue aquí a JAKOBS (1997), pp. 315 ss., en el análisis de los denominados por él delitos con «injusto parcial», que infringen «normas de flanqueo», en los que la responsabilidad penal se deriva del efecto amenazante que producen (por ejemplo, en los delitos de amenazas). Véase el análisis que el propio *Landa* lleva a cabo de la tesis de JAKOBS y de su aplicación al delito de provocación en LANDA GOROSTIZA (1999), pp. 319 ss.

<sup>52</sup> De igual modo considera JAKOBS (1997), p. 321, que «la justificación de la protección del clima sólo se puede realizar en relación con tiempos de crisis o, más precisamente, en relación con tiempos de crisis de *legitimación*». Recientemente *Landa* ha matizado esta exigencia. No entiende ahora la crisis necesariamente como «crisis general del Estado que habilita los estados de excepción, alarma o sitio», sino que admite también situaciones de «microcrisis» que conviertan un «discurso “indirecto” en una eficaz llamada al odio, a la violencia o a la discriminación contra un grupo». Dicha eficacia se traduciría en el hecho de que el colectivo pueda tomarse en serio que en su vida cotidiana puede verse interferido por actuaciones violentas o discriminatorias. Véase LANDA GOROSTIZA (2012), p. 341.

<sup>53</sup> LANDA GOROSTIZA (1999), pp. 352 ss.

significativamente las condiciones de seguridad existencial del colectivo al que se dirige». Se trata, a su juicio, de un delito de peligro abstracto cuyo referente final, esto es, el escenario final que quiere prevenir, es el crimen contra la humanidad<sup>54</sup>.

La tesis de *Landa*, aun siendo minoritaria, ha hallado una cierta acogida<sup>55</sup>. Estoy de acuerdo con este autor en que enfocar la interpretación del delito exclusivamente desde la protección de un interés individual suponía partir de una perspectiva limitada en exceso. Esto ya lo habían advertido otros autores que vislumbraban un objeto de protección supraindividual, si bien siempre en segundo plano o de un modo accesorio<sup>56</sup>. En cambio, *Landa* pone de manifiesto, a mi modo de ver acertadamente, que la perspectiva supraindividual es la que debió servir como hilo conductor en la exégesis del precepto, quedando los bienes jurídicos individuales mediatamente protegidos<sup>57</sup>. Además, creo que era la única forma de encontrar una interpretación al art. 510.1 que pudiese solventar las incoherencias sistemáticas en que se incurría desde las interpretaciones que permanecían apegadas al concepto de provocación del art. 18.1. Pero esta orientación se topaba con un precepto redactado de un modo sumamente impreciso que, liberado de los requisitos exigidos por la doctrina mayoritaria, permitía dar cabida a conductas que no alcanzan la entidad suficiente para ser constitutivas de ilícito penal. Ello lo advierte *Landa*, y de ahí la exigencia del «contexto de crisis». Pero ese contexto de crisis no se da en la sociedad española actual, como él mismo reconoce y, por tanto, ha de concluir que el delito del art. 510.1 es político-criminalmente inoportuno y no debería aplicarse<sup>58</sup>. Tampoco parecía una opción válida que la aplicación del precepto se reservase a los casos en que surja un contexto de esas características, pues el tipo no incorporaba esas restricciones. En consecuencia, la tesis no se ajustaba a la legislación entonces vigente, aunque resultaba coherente con su propuesta de *lege ferenda*<sup>59</sup>. Al respecto, el autor propugnaba la supresión del art. 510.1 y la redacción de un nuevo precepto, restringido a las conductas de provocación xenófoba (sin incluir otros grupos) que incluyese la necesidad de que las conductas produzcan un efecto amenazante para la vida o integridad física de los miembros del colectivo, precepto que debería tener una vigencia temporal limitada a las aludidas situaciones de contexto crítico<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> LANDA GOROSTIZA (2012), pp. 341, 345.

<sup>55</sup> Véase IÑIGO CORROZA (2011), pp. 627 s. En un sentido similar, puede verse también GÓMEZ MARTÍN (2012-1), pp. 96 ss., 115 ss., aunque en realidad este autor fusiona la tesis de *Laurenzo* y la de *Landa*, y opina que el bien jurídico protegido es «mixto individual-colectivo: el derecho fundamental a la igualdad y la protección de determinadas minorías vulnerables (...)»; además, su propuesta de *lege ferenda* no coincide con la de *Landa*, sino que se sitúa más bien en la línea de las propuestas realizadas por quienes defienden la opinión mayoritaria expuesta *supra*, aunque introduce ciertos matices (véase pp. 116-119). Véase también DOPICO GÓMEZ-ALLER (2004), pp. 163 ss., quien, a la hora de interpretar la agravante del art. 22.4.<sup>a</sup> CP, establece un paralelismo con el delito de provocación a la violencia, asume las tesis de *Landa* y las aplica, con los matices que considera necesarios, a la citada circunstancia agravante.

<sup>56</sup> Véanse *supra* las opiniones de BORJA JIMÉNEZ (1999) y LAURENZO COPELLO (1996).

<sup>57</sup> LANDA GOROSTIZA (1999), p. 351.

<sup>58</sup> LANDA GOROSTIZA (1999), pp. 345 s.; 363 ss.

<sup>59</sup> Lo señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), pp. 360 s.

<sup>60</sup> LANDA GOROSTIZA (1999), pp. 366 ss.

## 2. Posibilidades de interpretación y crítica de la nueva regulación

En una primera lectura del vigente art. 510.1 *a)* salta a la vista que el legislador de 2015 no ha atendido ninguna de las propuestas de reforma del delito de provocación a la discriminación que había formulado la doctrina especializada, ni tampoco ha hecho caso a las críticas que habían recaído sobre el contenido de los textos prelegislativos<sup>61</sup>. Lo que parece, realmente, es que se ha fijado en ellas para legislar en sentido contrario.

Con la nueva redacción del precepto se pierde por completo el vínculo con la provocación definida en el art. 18.1 CP, y, por ende, se da al traste con la interpretación del delito que venía realizando la doctrina mayoritaria, así como la jurisprudencia. El verbo típico ya no es «provocar», sino «fomentar, promover o incitar» y, además, se indica expresamente que ese fomento, promoción o incitación puede ser tanto directo como indirecto. En cuanto al objeto de la incitación, se mantienen la discriminación y la violencia, pero también la tan criticada incitación al odio, a lo que se añade el no menos problemático concepto de «hostilidad». Si con la regulación vigente hasta 2015 ya resultaba difícil defender que la incitación había de dirigirse a la comisión de un delito, la nueva regulación lo dificulta todavía más, si no lo imposibilita. Como hemos visto, los conceptos de discriminación y violencia pueden, al menos, reconducirse a hechos ilícitos, pero no sucede lo mismo con el odio, que no es más que un sentimiento, a lo que se suma ahora la hostilidad. Ni siquiera se exige una incitación explícita a la realización de actos concretos, dado que la incitación ya no tiene que ser directa necesariamente<sup>62</sup>.

Por otra parte, la evidente ampliación del ámbito típico no se compensa con la incorporación de los elementos restrictivos que demandaba cierto sector doctrinal: ni se exige un efecto amenazante ni un contexto de crisis. A ello se añade el hecho de que el precepto no queda restringido a los supuestos de provocación xenófoba, sino que mantiene la referencia a otros colectivos, incluso ampliando su número.

En conclusión, la voluntad del legislador parece clara: su objetivo ha sido ampliar el ámbito de aplicación del precepto y evitar los posibles resquicios de interpretaciones restrictivas de su tenor literal.

A la hora de redactar el nuevo delito de incitación al odio el legislador se ha inspirado, sin duda, en las propuestas del Fiscal Coordinador del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona, D. Miguel Ángel *Aguilar García*. Este Fiscal no comparte la interpretación restrictiva del antiguo art. 510.1 que venía realizando la jurisprudencia y que daba lugar a una —en su opinión «preocupante»— escasa aplicación del precepto<sup>63</sup>. A su modo de ver, se

<sup>61</sup> Véanse por ejemplo los comentarios críticos sobre el contenido de todo el art. 510 CP en el Anteproyecto de reforma del Código penal de 2012 realizados por DÍEZ RIPOLLÉS (2013), pp. 59 ss.; y GARROCHO SALCEDO/PORTILLA CONTRERAS (2013), pp. 931 ss. En cuanto al Proyecto de Ley de 2013, puede verse ALASTUEY DOBÓN (2014), pp. 6 ss.

<sup>62</sup> DEL ROSAL BLASCO (2016), p. 1287, estima, no obstante, que las conductas típicas requieren una incitación directa, y que la referencia a las incitaciones indirectas ha de quedar vacía de contenido.

<sup>63</sup> AGUILAR GARCÍA (2011), pp. 1 ss.

trataba de una interpretación contraria a los mandatos de las normas internacionales ratificadas por España y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Proponía, por ello, una reforma del art. 510.1 articulada básicamente sobre los siguientes ejes<sup>64</sup>:

—Eliminar el término «provocación» y usar en su lugar el verbo «incitar» «y además, para no dejar resquicio de impunidad, los verbos “promover” y “difundir”».

—Exigir que la incitación sea pública.

—«Abarcar las conductas que supongan directa o indirectamente incitación al odio, la violencia o la discriminación debiéndose añadir el término “hostilidad” previsto en el art. 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos».

—Perseguir los hechos «cualquiera que sea el medio o procedimiento» utilizado, de forma que sea posible sancionar el discurso del odio efectuado mediante sistemas modernos de comunicación e información.

—Incorporar como sujetos pasivos no solo a los colectivos, sino también a personas individuales, siempre que el motivo del delito sea «la discriminación y el odio a su condición personal».

Como puede apreciarse, todas estas propuestas han sido plasmadas en la nueva regulación<sup>65</sup>. Estimo acertada la exigencia de publicidad en la incitación, subsanándose así el defecto en que incurría el Proyecto de Ley, e igualmente creo adecuada la inclusión de personas individuales entre el objeto de la acción. Sin embargo, me parece sumamente discutible la punición de una incitación indirecta a la violencia o discriminación sin que se añada ningún elemento que permita limitar el alcance del tipo. Además, considero rechazable el castigo de la incitación al odio y a la hostilidad. Es de lamentar que después de veinte años hayamos vuelto al punto de partida, y que tengamos la necesidad de plantearnos las mismas preguntas, a las que no conseguimos encontrar mejores respuestas: sin nos preguntamos qué pretende evitar el legislador castigando incitaciones implícitas a que otros lleven a cabo actos o desarrollen sentimientos hostiles hacia determinados grupos de personas, la respuesta tiene que ser que su intención es impedir la creación de un «caldo de cultivo», una «situación de crispación»<sup>66</sup>, en definitiva, un clima favorable a la potencial realización de actos hostiles, violentos o discriminatorios hacia determinadas personas por razón de su pertenencia a ciertos grupos. Pero repárese en que no se castigan aquí esos actos de hostilidad, violencia o discriminación, que ya son sancionados en otros preceptos del Código (delitos contra el honor, contra la integridad moral, lesiones, denegación de prestaciones, etc.), y ni siquiera se castiga la creación del clima que puede favorecer esos actos —por la sencilla razón de que una incitación individual no puede crearlo, a no ser que el contexto social sea

<sup>64</sup> AGUILAR GARCÍA (2011), pp. 8 s.

<sup>65</sup> Lo señala GÜERRI FERRÁNDEZ (2015), p. 23.

<sup>66</sup> BORJA JIMÉNEZ (1999), p. 289.

propicio—, sino que es objeto de intervención penal la mera promoción del clima o, dicho de otra manera, la antesala del clima. En consecuencia, podemos afirmar que los tan criticados «delitos clima» entran en nuestra legislación penal, y sin ningún criterio restrictivo que los compense.

Así las cosas, no es de extrañar que se planteen serias dificultades para precisar el bien jurídico protegido, tarea que ya resultaba compleja con la regulación derogada, como hemos visto. Los delitos que sancionan la promoción de un clima suelen asociarse con objetos de protección formulados mediante conceptos difusos, como el de «paz pública». Por ejemplo, en el Código penal alemán, el tipo básico del delito de incitación al odio (§ 130 I) requiere que las conductas sean aptas para perturbar la paz pública, lo que explica que la doctrina alemana aluda a dicho concepto como bien jurídico protegido en ese delito<sup>67</sup>. Acertadamente, los penalistas españoles se habían mostrado hasta ahora impermeables a esta influencia, con el argumento de que la vaguedad e indefinición del concepto lo hacen inservible para desempeñar las funciones propias de los bienes jurídicos<sup>68</sup>. El legislador de 2015 incorpora la referencia a la idoneidad de las conductas para alterar la paz pública en el tipo agravado del art. 510.4<sup>69</sup>, con lo que será necesario determinar en qué consiste ese *plus* de injusto, pero deja la puerta abierta a la búsqueda de otro objeto de protección en el tipo básico. Al respecto, y sin ánimo de entrar a debatir con las diferentes tesis formuladas hasta el momento, en su mayoría tendentes a considerar el delito como pluriofensivo<sup>70</sup>, creo que el nuevo precepto acentúa la perspectiva supraindividual de protección de grupos especialmente vulnerables, pese a la acertada mención a las personas individuales miembros del grupo, que habrán de ser consideradas objeto de la acción, pero no sujetos pasivos del delito<sup>71</sup>. Concretamente, en la línea indicada por *Landa*, se trataría de proteger las condiciones básicas necesarias para que los miembros de los grupos mencionados en el precepto «puedan desarrollar sus actividades como sujetos de pleno derecho en la sociedad»<sup>72</sup>. Según entiendo, esta tesis puede encontrar apoyo en la referencia a la creación de un «sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo» en el apartado 4 del art. 510, si bien aquí se exige un requisito de gravedad que daría lugar a la aplicación del tipo agravado. Pero debe ponerse de relieve que la

<sup>67</sup> Así, entre otros, KRAUB (2009), p. 452, si bien entiende que se protege además, en segundo término, la dignidad de las personas; y STERNBERG-LIEBEN (2014), p. 1523.

<sup>68</sup> En este sentido, entre otros, LAURENZO COPELLO (1996), p. 238, indicando que al tratarse de un bien muy difícil de precisar, también el efecto del comportamiento punible sobre él acaba siendo totalmente difuso; y FEIJOO SÁNCHEZ (1998), p. 2272 y nota (52), quien señala que en realidad la protección de la paz pública puede predicarse de todos los tipos penales.

<sup>69</sup> No se trata de la única referencia al concepto en el Código penal. A él ya se alude en los delitos contra el orden público (arts. 557 y 557 ter) y también en los delitos de terrorismo (arts. 573 y 578).

<sup>70</sup> Véanse las propuestas de PORTILLA CONTRERAS (2015), p. 722 (considera que se protegen dos bienes jurídicos, según de qué conducta se trate: el derecho a la igualdad y la seguridad del grupo); y TERUEL LOZANO (2015), pp. 38 s. (derecho a la no discriminación, dignidad humana en sentido supraindividual y paz pública). Otros autores entienden que tras la reforma se puede seguir defendiendo que el objeto de protección es el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación —así, DEL ROSAL BLASCO (2016), p. 1285—.

<sup>71</sup> No obstante, entiendo que sigue siendo válida la caracterización de este delito, al igual que el resto de los tipificados en el art. 510, como «delitos antidiscriminatorios» o «delitos de discriminación», si con ello se hace referencia a la motivación discriminatoria que necesariamente ha de guiar la realización de estos comportamientos. Véase RUEDA MARTÍN (2016), p. 774.

<sup>72</sup> LANDA GOROSTIZA (1999), p. 351.



formulación escogida por el legislador es sumamente defectuosa, pues presenta una connotación subjetiva que debería corregirse. En definitiva, se trata de proteger al grupo, no los sentimientos de sus integrantes. En cualquier caso, la mayoría de las conductas típicas están muy lejos de representar un peligro mínimamente relevante para el mencionado bien jurídico. La respuesta penal se anticipa de manera inaceptable, lo que demuestra una vez más que en los actuales procesos legislativos se ha dejado de atender al principio de intervención mínima.

Es de justicia señalar que junto a esos actos que solo pueden ser interpretados como de promoción de un clima de hostilidad, el tipo castiga otras conductas que alcanzan un mayor grado de concreción y poseen cierta entidad lesiva, como, por ejemplo, la incitación directa a un acto violento. Pero, constado este hecho, debemos concluir que el precepto vulnera el principio de proporcionalidad de las penas, al prever la misma sanción para conductas con distintos niveles de ofensividad.

Todavía nos queda considerar los argumentos utilizados para justificar la reforma. Por lo que respecta a la obligación de cumplir con los mandatos de las normas internacionales, ya hemos visto que el propio legislador alega la necesidad de adaptar la legislación penal española a la Decisión Marco 2008/913. Pero lo cierto es que de su texto no se deduce en modo alguno la necesidad de esta regulación tan amplia e imprecisa<sup>73</sup>. Entre las conductas que deben ser objeto de sanción por los Estados miembros se encuentra, según el art. 1.1 a) de la Decisión Marco, «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». Como puede apreciarse claramente, por lo que a este delito respecta, para cumplir con los compromisos internacionales no era necesario modificar el art. 510.1. Pero es que, además, se ha creado un tipo penal de un alcance sancionatorio mucho más amplio que el demandado por la Decisión Marco, sobre todo porque este texto no se pronuncia sobre si la incitación ha de ser directa o indirecta, ni impide la tipificación exclusiva de la incitación a cometer delitos. Por lo demás, el legislador ha decidido no hacer uso de ninguno de los elementos restrictivos mencionados en el art. 1.2 de la Decisión Marco, en virtud del cual, «los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes». Finalmente, tampoco viene impuesta la elevación del límite máximo de la pena de prisión de tres a cuatro años. De acuerdo con el art. 3.2 de la Decisión Marco, «cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las conductas contempladas en el artículo 1 se castiguen con una pena máxima de uno a tres años de prisión como mínimo».

También se aduce a favor de la reforma que la ampliación del tipo sería con-

<sup>73</sup> Al respecto, PORTILLA CONTRERAS (2015), p. 737.

gruente con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación con el discurso del odio<sup>74</sup>. No es objetivo de este trabajo exponer la profusa jurisprudencia del TEDH dirigida a determinar si las conductas calificadas como discurso del odio pueden verse amparadas por la libertad de expresión (art. 10.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 —CEDH—)<sup>75</sup>. En síntesis, debe reconocerse que el Tribunal de Estrasburgo concede un escaso margen a la libertad de expresión en los supuestos de discurso del odio<sup>76</sup>, siendo particularmente representativa de esta línea jurisprudencial la sentencia del caso *Féret c. Bélgica* de 16 de julio de 2009. En esta polémica sentencia —acompañada de un voto particular firmado por tres de los siete magistrados que componen la Sala— se reiteran manifestaciones ya plasmadas en fallos anteriores, como el relativo al caso *Günduz c. Turquía* de 4 de diciembre de 2003, en las que el Tribunal estima «necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia» y considera que el discurso del odio que resulte insultante para personas o grupos no se beneficia de la protección del art. 10 del CEDH, y además, se afirma que la incitación al odio «no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo». Argumenta el TEDH que los ataques «contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación (...) son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población».

No obstante, la doctrina del TEDH debe confrontarse con la de nuestro TC, que parte de premisas diferentes, de las que se deduce una menor restricción de la libertad de expresión<sup>77</sup>. Al respecto, el Alto Tribunal, en su sentencia n.º 235/2007, donde recoge y desarrolla la doctrina que ya había expuesto en las sentencias n.º 214/1991 (caso *Violeta Friedmann*) y n.º 176/1995 (caso *Hitler=SS*)<sup>78</sup>, afirma que «la libertad de expresión comprende la libertad de crítica aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige». «Al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera (...) incluso las que ataquen al propio

<sup>74</sup> Véase AGUILAR GARCÍA (2011), pp. 5 s. También ROIG TORRES (2015), pp. 1254 s.

<sup>75</sup> Al respecto pueden verse ALCÁCER GUIRAO (2011), pp. 4 ss., el mismo (2013), pp. 309 ss.; LANDA GOROSTIZA (2012), pp. 324 ss.; y TERUEL LOZANO (2015), pp. 7 ss.

<sup>76</sup> Especialmente radical se muestra en los casos de negacionismo del holocausto nazi —concebido el negacionismo como una modalidad de discurso del odio—. En estos supuestos, el Tribunal se sirve de la cláusula de abuso de derecho del art. 17 CEDH y los excluye de plano del ámbito de protección de la libertad de expresión. En cambio, otros supuestos de negacionismo y de discurso del odio son reconducidos al art. 10.2 CEDH por lo que, si bien generalmente el Tribunal no estima las pretensiones de quienes consideran vulnerada su libertad de expresión, al menos atiende a las características del caso concreto y lleva a cabo un juicio de ponderación de los intereses en conflicto. Véase una visión crítica de la jurisprudencia del TEDH a este respecto en ALCÁCER GUIRAO (2013), pp. 322 s. Similar, TERUEL LOZANO (2015), pp. 11 ss.

<sup>77</sup> Sobre estas diferencias, ALCÁCER GUIRAO (2012), pp. 8 s.; TERUEL LOZANO (2015), pp. 7 ss.

<sup>78</sup> Véase un análisis de estas sentencias de los años 90 en GIL GIL (1999), pp. 346 ss.; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH (2009), pp. 285 ss.; y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (2012), pp. 305 ss.

sistema democrático» pues «la Constitución protege también a quienes la niegan». En este sentido, recuerda que «en nuestro sistema —a diferencia de otros de nuestros entorno— no tiene cabida un modelo de “democracia militante” esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución». Por todo ello «el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución (...) a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional». En este punto se remite a su sentencia 214/1991 para recordar que «las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean (...) quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (...), pues (...) sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos»<sup>79</sup>. Precisamente con estos argumentos concluye que la mera negación del holocausto está amparada por la libertad de expresión, y considera inconstitucional su tipificación por afectar al núcleo esencial de este derecho, distanciándose así claramente del tratamiento que el TEDH concede al negacionismo.

Por supuesto, lo anterior no significa que en opinión de nuestro Alto Tribunal la «libre transmisión de ideas» sea «un derecho absoluto». A este respecto, indica el TC que «en concreto, por lo que hace a las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo (...) el art. 20.1 no garantiza “el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social”», pues ello implicaría admitir violaciones de los principios de igualdad y dignidad de la persona<sup>80</sup>. Por atentar contra la dignidad humana «carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas», e igualmente, y por el mismo motivo, queda fuera de dicha cobertura «el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia». «Es pues el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social el que, en estos casos, priva de protección constitucional a la expresión y difusión de un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo»<sup>81</sup>.

Al margen de los supuestos particulares de negacionismo, que constituyen el objeto nuclear de la sentencia, el diverso punto de partida del TC respecto a la postura mantenida por el TEDH repercute asimismo en la interpretación que nuestro Alto

<sup>79</sup> F. J. 4.

<sup>80</sup> F. J. 5.

<sup>81</sup> F. J. 5.

Tribunal realiza del discurso del odio. El TC dice partir, al igual que el TEDH, de la definición de discurso del odio recogida en la Recomendación (1997) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, pero lo cierto es que la restringe<sup>82</sup>, pues lo define como «aquél desarrollado en términos que supongan una incitación *directa* a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular». Y es esta manifestación del discurso del odio la que queda fuera de la libertad de expresión: «las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o (...) aquellas que inciten directamente a dichas actitudes»<sup>83</sup>.

Pero una vez señaladas las diferencias, se plantea la cuestión de determinar qué conclusiones pueden extraerse de estos fallos para configurar la intervención penal. Por lo que respecta a la jurisprudencia del TEDH se ha indicado, con razón, que «la no censura del TEDH de una persecución penal en un determinado Estado no es lo mismo que una afirmación positiva de los criterios que deben informar un estándar jurídico-penal de incitación xenófoba respetuoso con la libertad de expresión»<sup>84</sup>. Por otra parte, es importante señalar que un examen sosegado de las sentencias del TEDH pone de manifiesto que su jurisprudencia admite diversas lecturas. En efecto, pese a las afirmaciones generales que hemos reproducido *supra*, puede concluirse que en realidad el Tribunal de Estrasburgo no considera amparadas por la libertad de expresión exclusivamente las incitaciones a actos violentos o discriminatorios, que son algo distinto de las meras incitaciones genéricas a sentimientos de odio u hostilidad<sup>85</sup>. En cambio, de la STC 235/2007 sí puede deducirse claramente que el TC concebía el delito del art. 510.1 entonces vigente como una provocación directa a la discriminación, al odio y a la violencia, haciendo factible así la distinción entre ese delito y la justificación del genocidio del art. 607.2, configurada como incitación indirecta a la comisión de este delito<sup>86</sup>. Aunque ya hemos visto que esa interpretación era compartida por la mayoría de la doctrina y asumida por la jurisprudencia, podía discutirse si el precepto se ajustaba a esos parámetros, pero lo que no puede ponerse en duda es que de las afirmaciones del TC no se infiere en modo alguno un refrendo por su parte a una intensificación de la intervención penal, sino precisamente lo contrario, porque su punto de partida es que *no todas* las manifestaciones del fenómeno social del discurso del odio quedan desamparadas por la libertad de expresión. Sin embargo, el vigente art. 510.1 *a*) tipifica todas las conductas susceptibles de ser incluidas en la amplia definición del discurso del odio que ofrece la citada Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa y se aparta, por ello, de las directrices marcadas por nuestro TC. La

<sup>82</sup> Sobre ello, véase LANDA GOROSTIZA (2012), pp. 330 s.

<sup>83</sup> F. J. 5.

<sup>84</sup> LANDA GOROSTIZA (2012), p. 329.

<sup>85</sup> Al respecto, PORTILLA CONTRERAS (2015), pp. 728 ss. En este sentido también CUERDA ARNAU (2015), p. 719.

<sup>86</sup> De la misma opinión, por ejemplo, ALCÁCER GUIRAO (2012), p. 23; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH (2009), p. 318. De otro parecer, LANDA GOROSTIZA (2012), p. 336.

conclusión evidente es que ahora existen, más que nunca, sólidas razones para dudar de la constitucionalidad del precepto.

En definitiva, creo que la nueva regulación, al impedir la aplicación de aquellas consolidadas interpretaciones restrictivas, supone un retroceso en el respeto a principios penales básicos, así como al derecho constitucional a la libertad de expresión<sup>87</sup>.

#### **IV. ELABORACIÓN, POSESIÓN O DIFUSIÓN DE MATERIALES IDÓNEOS PARA INCITAR AL ODIO, HOSTILIDAD, DISCRIMINACIÓN O VIOLENCIA**

El nuevo delito contenido en el art. 510.1 *b)* es aún más discutible que el anterior, porque anticipa la intervención penal en mayor medida, en concreto, al momento de la venta o distribución de materiales idóneos por su contenido para que se lleve a cabo la conducta tipificada en la letra *a)* y, todavía antes, a la producción o elaboración de esos materiales e incluso a su mera posesión con la finalidad de distribuirlos. A mi modo de ver, este tipo penal supone un clarísimo atentado a la libertad de expresión<sup>88</sup>, además de no superar ni siquiera un test poco exigente de compatibilidad con los principios penales más elementales.

En este punto, una vez más, el precepto del Código penal excede de lo previsto en la Decisión Marco. Con arreglo al art. 1.1. *b)* de este texto los Estados miembros han de sancionar «la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra *a)* mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales». La difusión de materiales aparece aquí como una modalidad de incitación pública a la violencia y no como una conducta anterior, idónea para que esa incitación tenga lugar. Por otra parte, en ningún momento menciona la Decisión Marco la producción o elaboración de esos materiales entre las conductas objeto de sanción.

De nuevo, la pretensión del legislador ha sido asegurar la criminalización de conductas que hasta el momento eran considerados impunes por nuestros tribunales, al entender que no reunían los requisitos típicos del art. 510.1 de acuerdo con la exégesis restrictiva del tipo que venía realizándose. Como argumenta el TS en la sentencia 259/2011, de 12 de abril, en aplicación de la doctrina del TC, tratándose de editores o libreros, la posesión de ejemplares de temática discriminatoria y excluyente con la finalidad de proceder a su venta o a su distribución «no supone por sí misma un acto de difusión de las ideas más allá del mero hecho de poner sus soportes documentales a disposición de los posibles usuarios y por lo tanto, nada distinto de lo esperable de su dedicación profesional, sin que (...) se aprecie solo por ello una incitación directa al odio la discriminación o violencia contra esos grupos (...) y sin que (...) se venga a generar un clima de hostilidad que

<sup>87</sup> Comparte el diagnóstico TERUEL LOZANO (2015), pp. 29 ss., 38 ss.

<sup>88</sup> De la misma opinión PORTILLA CONTRERAS (2015), p. 742.



suponga un peligro cierto de concreción en actos específicos de violencia contra aquellos»<sup>89</sup>.

Ni siquiera se exige que el editor o el librero se adhieran al contenido del mensaje reflejado en los textos, por lo que, en efecto, se les castiga únicamente por realizar «lo esperable de su dedicación profesional». Tras esta constatación, lo de menos es indicar la evidente vulneración del principio de proporcionalidad que supone castigar esos hechos con la misma pena que la establecida para las conductas descritas en la letra anterior del precepto.

## V. NEGACIÓN O ENALTECIMIENTO DE LOS DELITOS DE GENOCIDIO, LESA HUMANIDAD O CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS EN CASO DE CONFLICTO ARMADO, O DE SUS AUTORES

### 1. Problemas de legitimidad y persistentes dudas de constitucionalidad del delito de justificación del genocidio en su versión anterior a la reforma de 2015

Antes de la declaración de inconstitucionalidad del inciso «nieguen o», el art. 607.2 CP tipificaba la difusión de ideas o doctrinas que nieguen el genocidio, justifiquen el genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de delitos de genocidio. Para todos fue evidente desde el primer momento que la literalidad del precepto chocaba frontalmente con el derecho a la libertad de expresión, y así fue puesto de manifiesto por la doctrina en repetidas ocasiones<sup>90</sup>. Por esa razón, algunos autores, con el afán de mantener el precepto dentro de los cauces constitucionales, consideraban necesario interpretar el delito como apología del genocidio en los términos en que se define la apología en el párrafo segundo del art. 18.1 CP y con las limitaciones que allí se establecen para su punición<sup>91</sup>, siendo entonces el bien jurídico protegido el mismo que en el delito de genocidio. Pero este intento de restricción del precepto, aunque loable, no encontró refrendo. El problema no era solo que esta interpretación no permitía explicar la modalidad de negación del genocidio —incompatible con la definición de apología como «exposición de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor»<sup>92</sup>—, obstáculo que en todo caso hubiese desaparecido con la declaración de inconstitucionalidad de dicha modalidad típica, sino también, además, que del resto de las conductas típicas no era posible deducir las exigencias del

<sup>89</sup> F. J. 10.

<sup>90</sup> Sobre los problemas de legitimidad del precepto, véanse por ejemplo, CUERDA ARNAU (2001), *passim*; FEIJOO SÁNCHEZ (1998), p. 2272; LANDA GOROSTIZA (2001), pp. 170 s.; y LAURENZO COPELLO (1996), p. 269.

<sup>91</sup> Así, CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN (1996), p. 2161; MUÑOZ CONDE (2013), p. 709. Cuestión distinta es si la regulación de la apología en este precepto es adecuada o no. Véanse las consideraciones críticas al respecto efectuadas, entre otros, por DEL ROSAL BLASCO (1996), pp. 211-213; GRACIA MARTÍN (1996), pp. 266 s.; y SILVA SÁNCHEZ (1999), pp. 155 ss.

<sup>92</sup> Como el propio Muñoz Conde reconoce —MUÑOZ CONDE (2013), pp. 709 s.—.

art. 18, pues ninguna de ellas constituía una incitación directa a cometer el delito de genocidio. Por otra parte, la provocación para cometer el delito de genocidio ya se castigaba (y se castiga) en el art. 615, con una pena superior a la prevista en el art. 607.2<sup>93</sup>.

Del tenor literal del precepto ni siquiera podía deducirse que estuviéramos ante un supuesto de apología *stricto sensu*, definida como incitación indirecta o implícita a la comisión de un delito mediante el enaltecimiento del delito o de su autor<sup>94</sup>. Estos requisitos no podían predicarse en modo alguno de la modalidad de negación del genocidio. Como dice *Gil Gil*<sup>95</sup>, citando la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 159/1986, de 12 de diciembre, para hacer apología de un delito es necesario asumir los hechos como algo positivo, no negarlos. La finalidad del negacionismo es lavar la imagen del delincuente, y ello implica un juicio de valor negativo sobre los hechos cuya existencia se niega, lo que es incompatible con la incitación, aunque sea indirecta, a la comisión del delito<sup>96</sup>. Por lo que respecta al resto de las modalidades típicas, el precepto no exigía una exégesis en términos de apología *stricto sensu*, pero al menos podían reconducirse a este concepto realizando una interpretación restrictiva<sup>97</sup>, y esta es la interpretación que en última instancia acogió el Tribunal Constitucional en su sentencia de 2007, lo que no significa que el precepto quedara libre de críticas, como veremos.

Así las cosas, la doctrina absolutamente mayoritaria desvinculaba el delito del acto preparatorio de provocación, resaltando su naturaleza de delito autónomo<sup>98</sup>. A partir de esa premisa, las opiniones se dividían entre quienes, si bien abogaban por la derogación del precepto de *lege ferenda*, se esforzaban, con grandes dificultades, por lograr una interpretación restrictiva que lo salvase de *lege lata*<sup>99</sup>, y quienes, por

<sup>93</sup> Véanse las críticas a esta opinión recogidas por CUERDA ARNAU (2001), pp. 1142 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ (1998), p. 2273; GARCÍA ÁLVAREZ (2004), p. 321; GARCÍA ARÁN (2004), p. 2698; GIL GIL (1999), p. 342; y SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH (2009), pp. 299-301.

<sup>94</sup> En opinión de SILVA SÁNCHEZ (1997), p. 157, estas conductas constituyen «una provocación débil o una apología *stricto sensu*, o ni siquiera eso». Sobre este concepto de apología, véase DEL ROSAL BLASCO (1996), pp. 211 ss.

<sup>95</sup> GIL GIL (1999), pp. 344 s.

<sup>96</sup> Véase también en este sentido SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH (2009), p. 322.

<sup>97</sup> Sobre ello, GIL GIL (1999), pp. 343 s.

<sup>98</sup> Sobre la configuración del delito del art. 607.2 como delito autónomo y no como acto preparatorio del genocidio, véanse por ejemplo GIL GIL (1999), pp. 342 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ (1998), p. 2273; LANDA GOROSTIZA (2001), pp. 168-169; LAURENZO COPELLO (1996), pp. 265 ss.; RAMOS VÁZQUEZ (2009), p. 123; y TAMARIT SUMALLA (2011), p. 2335. A esta opinión se adhirió la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998 (F. J. 6). Véase también la SAP de Barcelona (sección 2.ª) 259/2010, de 26 de abril, F. J. 6: «el artículo 607.2 no puede ser interpretado en clave de incitación directa a cometer el delito de genocidio, ni siquiera como forma de apología —ergo de provocación— como la define el artículo 18.1 CP».

<sup>99</sup> Véase al respecto LAURENZO COPELLO (1996), pp. 268 ss., en cuya opinión la esencia de las conductas tipificadas en el precepto se basaba «en el mensaje de hostilidad y desprecio hacia el colectivo afectado por el genocidio», lo que implica un ataque a la dignidad de los miembros del colectivo. Desde este punto de vista, el objeto del protección del art. 607.2 coincidiría con el identificado por esta autora para el resto de los preceptos antidiscriminatorios. Se trataría de un delito de peligro abstracto que sanciona «conductas generadoras de un clima de violencia y hostilidad que, de forma mediata, podrían concretarse en actos específicos de discriminación». Las opiniones vertidas habrían de ser aptas para «crear en otros actitudes de hostilidad hacia el colectivo afectado», lo que sucederá «cuando concurren juicios peyorativos y humillantes hacia las víctimas del genocidio». Se adhiere a esta tesis GARCÍA ARÁN (2004), p. 2699. FEIJOO SÁNCHEZ (1998), pp. 2273, propone dos criterios de interpretación restrictiva del tipo que permitan incluir únicamente conductas que de alguna manera afecten al bien jurídico protegido en los delitos de genocidio (la existencia o supervivencia de ciertos grupos humanos): en primer lugar, las ideas o doctrinas deben ser expuestas públicamente. En segundo lugar, dado que, en su opinión, «la finalidad de la norma es luchar contra el establecimiento de un estado general de opinión favorable al genocidio que sea llevado a cabo de forma planificada, sistemática y organizada», entiende que el precepto debe interpretarse como una «prohibición de preparar psicológicamente a las masas a favor del genocidio por medio de la propaganda». LANDA GOROSTIZA (2001), pp. 171-173, se adhiere a estas propuestas de interpretación restrictiva del precepto que considera, en lo esencial, coincidentes

el contrario, aunque alababan dichos esfuerzos, los consideraban infructíferos e insistían en la inconstitucionalidad del precepto<sup>100</sup>.

Finalmente, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del art. 607.2 en su sentencia n.º 235/2007. Tras referirse el TC al contenido y límites de la libertad de expresión, en los términos indicados *supra*, la sentencia se centra en el art. 607.2, situando en primer lugar el precepto en el contexto de otros tipos penales, particularmente, los arts. 615 y 510.1. Entiende el TC que el apartado segundo del art. 607 contiene «un tipo penal independiente» del apartado primero del mismo precepto, en el que ya no se requiere el dolo específico concretado en el propósito de destruir a un grupo social, sino que castiga la difusión de determinadas ideas y doctrinas sin exigir «expresamente elemento suplementario alguno», por lo que «en principio se trata de una difusión en cierto modo “neutra”». Por eso, entiende el Tribunal que «las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera transmisión de opiniones». «La literalidad del ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta a cometer genocidio (...). Las conductas descritas tampoco implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas». «(...) La literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (...) constituye un límite infranqueable para el legislador penal». «No estamos ante un supuesto de limitación de la libertad de expresión por parte del Código penal, sino que éste interfiere en el ámbito propio de la delimitación misma del derecho constitucional». E insiste: «nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables»<sup>101</sup>.

A partir de aquí, se pregunta el TC si es posible llevar a cabo una interpretación

con la suya. En términos prácticamente idénticos a los apuntados en su interpretación del art. 510.1, considera que el bien jurídico protegido, tanto en un caso como en otro, son las condiciones de seguridad existencial del grupo, aunque en el delito del art. 607.2 el referente final es el genocidio — LANDA GOROSTIZA (2012), p. 341—. Las conductas típicas deben presentar idoneidad *ex ante* para afectar a dichas condiciones de seguridad. Esta idoneidad solo se dará en un contexto de crisis en el que «haya grupos especialmente debilitados y fácilmente identificables susceptibles (...) de ser objeto de agresión a gran escala por otros sectores de la población con demostrada capacidad y disposición a proceder ante este tipo de incitaciones a ataques indiscriminados, a la “cacería humana”, en un ambiente próximo al enfrentamiento civil (“antesala del holocausto”)». Teniendo en cuenta que dicho contexto no se da en la situación española, el precepto no debería aplicarse. Recientemente considera Landa que en el delito del art. 607.2 el contexto tiene menor virtualidad restrictiva que en el art. 510, pues las conductas se describen de manera más concreta, por lo que el delito se acerca a una «prohibición de opiniones concretas». Véase su argumentación en LANDA GOROSTIZA (2012), pp. 339 s.

<sup>100</sup> Así, CUERDA ARNAU (2001), *passim*, sobre todo, pp. 1138, 1164 ss. Entiende que el precepto pretendería «combatir la proliferación de ideas que fomentan la intolerancia y el racismo y pueden ser pórtico de la violencia». En su opinión, el precepto protege sentimientos o «un difuso concepto de orden público que podría verse perturbado por la inestabilidad social que genera el llamado “lenguaje del odio”», incluyendo conductas que constituyen «la antesala de los actos preparatorios». Concluye que el precepto es inconstitucional, pues «a su amparo es posible castigar conductas que forman parte del contenido esencial de la libertad de expresión, vicio que afecta al núcleo esencial del tipo y, por consiguiente, impide el recurso a la eximente de ejercicio legítimo de un derecho». De esta opinión, véase asimismo RAMOS VÁZQUEZ (2009), p. 124. Similar, BERNAL DEL CASTILLO (1998), pp. 138-141; y también GARCÍA ÁLVAREZ (2004), pp. 323 ss.

<sup>101</sup> F. J. 6.

del precepto conforme con la Constitución, y concluye que la respuesta ha de ser negativa por lo que respecta a la conducta de negación del genocidio, pues «la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad, afecta al ámbito de la libertad científica». «La mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane». No puede afirmarse «que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación per se sea capaz de conseguirlo». «En consecuencia, la referida conducta permanece en un estado previo al que justifica la intervención del derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados de la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión»<sup>102</sup>.

«Diferente es la conclusión a propósito de la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio. Tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (...) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio».

En definitiva, considera el TC que el legislador penal puede tipificar la difusión pública de las ideas justificadoras cuando dicha difusión «entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito *suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración*<sup>103</sup>. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio *se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión, u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto*

<sup>102</sup> F. J. 8.

<sup>103</sup> La sentencia incurre en este punto en ciertas contradicciones, pues termina considerando conforme a la Constitución la justificación del genocidio que implique una incitación aunque sea *indirecta* a su comisión, mientras que en otros lugares de la sentencia, parece exigir que la incitación sea *directa*: «el amplio margen que el art. 20.1 ofrece a la difusión de ideas (...) encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquellas que incitan directamente a dichas actitudes» (F. J. 5); y, aún más claramente: «el precepto resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio» (F. J. 7). Sin embargo, como hemos visto, lo que pretende el TC es dotar de un ámbito de aplicación propio al art. 607.2, que lo distinga de la conducta tipificada en el art. 510.1.

*de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación»*<sup>104</sup>.

Finalmente, el Tribunal vuelve a enmarcar el precepto en el contexto de los otros preceptos con los que se encuentra relacionado. Considera que la interpretación realizada, como «modalidad específica de incitación al delito» «dota al precepto de un ámbito punible propio y específico», distinto de la provocación directa al delito de genocidio (art. 615) y diferenciable también de la conducta del art. 510.1 que el Código «define como de “provocación” y la refiere “a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones (...)»<sup>105</sup>.

Con carácter general la doctrina ha valorado positivamente la declaración de inconstitucionalidad de la modalidad típica de negación del genocidio, como era de esperar, teniendo en cuenta las críticas que había recibido el precepto<sup>106</sup>. Sin embargo, por lo que respecta a la sentencia interpretativa que dicta el TC respecto a la criminalización de la justificación del genocidio, se ha señalado que la argumentación y, por ende, las conclusiones resultan confusas. Por otra parte, la doctrina indica mayoritariamente que la sentencia no consiguió resolver los problemas de legitimidad del precepto.

Desde mi punto de vista es acertada la distinción que realiza el Tribunal entre la negación del genocidio y su justificación<sup>107</sup>. La interpretación restrictiva que lleva a cabo de la modalidad de justificación del genocidio, en virtud de la cual ha de exigirse que dicha justificación suponga un modo de incitación indirecta a la comisión del genocidio, no puede aplicarse a la negación del genocidio, pues solo desde la valoración positiva de un hecho puede incitarse a su comisión<sup>108</sup>.

En cambio, resulta criticable la equiparación que realiza el Tribunal en sus conclusiones entre la incitación indirecta al genocidio y la provocación mediata a la discriminación, al odio o a la violencia. Si entendemos la justificación del genocidio como ensalzamiento del crimen y de su autor y exigimos, además, como hace el Tribunal, la intención de incitar indirectamente a su comisión, nos estamos refiriendo claramente a un supuesto de apología *stricto sensu*. El TC vendría así a declarar conforme a la Constitución, excepcionalmente, dada la gravedad del delito de genocidio, un supuesto de apología desvinculado de los requisitos de la provocación. Sin embargo, no quedaba claro si se estaba haciendo referencia a un criterio

<sup>104</sup> Las cursivas han sido añadidas.

<sup>105</sup> F. J. 9.

<sup>106</sup> ÍÑIGO CORROZA (2001), p. 630; RAMOS VÁZQUEZ (2009), p. 132; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH (2009), pp. 320 ss. De otra opinión, SANZ PÉREZ (2008), pp. 25 ss.; y SUÁREZ ESPINO (2008), p. 11.

<sup>107</sup> En el mismo sentido DE LA ROSA CORTINA (2007), *passim*; ÍÑIGO CORROZA (2011), p. 630; LASCURÁIN SÁNCHEZ (2010), p. 6.

<sup>108</sup> No comparto, por ello, la opinión de quienes consideran que el mismo argumento que ha llevado al Tribunal Constitucional a salvar la constitucionalidad de la modalidad de justificación del genocidio podría haberle conducido a declarar conforme a la Constitución la tipificación de la negación del genocidio —de este parecer GÓMEZ MARTÍN (2012), p. 219—. A la inversa, RAMOS VÁZQUEZ (2009), p. 135, considera que «con las premisas mediante las que se declara la inconstitucionalidad del “negacionismo”, habría podido llegarse a idéntica conclusión respecto de la “justificación”». Es cierto, como dice este autor, que el «elemento tendencial» al que se refiere el Tribunal Constitucional no tiene por qué estar presente en la justificación del genocidio. Pero lo que dice el Tribunal es que hay que exigir ese elemento para interpretar restrictivamente el tipo, pues solo de ese modo se ajustará a los postulados constitucionales.



distinto con la alusión a la justificación del genocidio que suponga una provocación al odio hacia determinados grupos<sup>109</sup>. En mi opinión, podía considerarse que el TC no pretendió adelantar las barreras de la intervención penal a una fase previa a la apología del genocidio y, por tanto, el art. 607.2 había de interpretarse como justificación del genocidio realizada con intención de incitar indirectamente a su comisión.

Aun así, el precepto no quedaba libre de críticas. Obviamente, por mucho que el TC declarase acorde con los principios constitucionales la justificación del genocidio, con los matices indicados, esta opinión no tenía por qué compartirse<sup>110</sup>. En este sentido, mantienen su validez los argumentos tradicionalmente alegados en contra del castigo de la apología *stricto sensu*. Por un lado, la libertad de expresión sigue limitándose en exceso si se deja fuera de su amparo la incitación meramente indirecta al delito, por mucho que en este caso el delito a cuya comisión se incite sea un delito tan grave como el de genocidio<sup>111</sup>. Al respecto indica *Rodríguez Montañés*<sup>112</sup> que la diferencia entre acción y expresión «se diluye hasta hacerse indistinguible cuando no se exige ni la incitación a una concreta acción lesiva, ni la probabilidad, ni la inminencia de que una acción tal se produzca como consecuencia de la incitación o la provocación, sino tan solo el peligro potencial, la incitación indirecta y la provocación mediata». Por otro lado, es evidente que se adelanta la intervención penal a un momento todavía muy lejano a la comisión del delito. Y ni esa excesiva limitación del derecho a la libertad de expresión ni ese extraordinario adelanto de las barreras de protección penal parecen justificadas en nuestro contexto social<sup>113</sup>.

Recapitulando, con la regulación anterior a 2015 nos encontrábamos ante un precepto que presentaba aún mayores problemas de legitimidad que el delito de provocación a la discriminación. También en este caso se había conseguido, si no solucionar, al menos minimizar dichos inconvenientes mediante la declaración de inconstitucionalidad de la negación del genocidio y la interpretación restrictiva de la modalidad de justificación del genocidio, entendida como incitación indirecta a su comisión.

<sup>109</sup> ROLLNERT LIERN (2008), p. 128, consideraba que en este segundo supuesto la justificación del genocidio perseguía «crear un ambiente propicio» que facilitase la ulterior realización del delito del art. 510.1; es decir, «vendría a ser una suerte de conducta preparatoria de la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia». Sobre el problema, véase también ALONSO RIMO (2010), pp. 58 s. A su modo de ver, se trataría de una incitación referida no al genocidio sino a su antesala, esto es, al clima de violencia y hostilidad del que eventualmente se podría derivar el genocidio. Este autor concluye que el Tribunal Constitucional no recoge dos criterios distintos, sino que el segundo constituye una concreción del primero y que, por tanto, el contenido que otorga el Tribunal Constitucional a la conducta típica de justificación del genocidio es el de una «provocación débil que emparenta con los delitos clima», dado que la referencia de la incitación no es el propio delito sino una fase previa a su comisión.

<sup>110</sup> Véanse los argumentos de RAMOS VÁZQUEZ (2009), pp. 135 ss., por los que, en su opinión, el Tribunal Constitucional debió haber declarado inconstitucional también el inciso «o justifiquen».

<sup>111</sup> Como dice VIVES ANTÓN (2004), p. 432, «no cabe imputar a los actos de expresión las consecuencias que de ellos derivan a causa de las acciones de otros realizadas en virtud de un proceso de deliberación racional y libre y (...), por tanto, no cabe limitar la libertad de expresión sobre la base de los daños que, eventualmente, puedan producir tales acciones». Véanse también las consideraciones críticas al castigo de la apología realizadas por LAMARCA PÉREZ (2006), pp. 41 ss.

<sup>112</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (2012), p. 317.

<sup>113</sup> Al respecto, SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH (2008), pp. 324 s.

## 2. Crítica a la nueva regulación

El art. 510.1 c) dota de una nueva regulación y ubicación al antiguo delito de justificación del genocidio del art. 607.2. En dicho precepto se sanciona el enaltecimiento de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o de sus autores, así como la negación o trivialización grave de esos delitos, siempre que de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos que fueron objeto de esos delitos.

Este delito se inspira en el art. 1.1 c) de la Decisión Marco, según el cual debe garantizarse el castigo de «la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o miembro del mismo»<sup>114</sup>. Además, el legislador de 2015 alega la coherencia de la reforma con la doctrina del TC, argumento que no comparto.

En el nuevo precepto se distinguen dos tipos de conductas. En primer lugar, aunque el tenor literal no utiliza el término «apología», a diferencia del texto de la Decisión Marco, con la clara intención de evitar una interpretación en los términos del art. 18.1 CP, es obvio que las conductas de enaltecimiento del delito o de su autor tienen un contenido apologético. Sin embargo, la apología que se tipifica aquí es más débil que la apología *stricto sensu* a la que nos hemos referido *supra*. Es decir: si, al menos desde la sentencia del TC de 2007, había que entender que lo sancionado en el art. 607.2 era la justificación del genocidio como incitación indirecta a la comisión del delito, dicha interpretación ya no rige en el caso de la letra c) del art. 510.1, dado que esas conductas de enaltecimiento no han de dirigirse a la incitación ni siquiera indirecta *a un delito* de genocidio sino, anticipando más la intervención penal, al favorecimiento de un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación hacia ciertos grupos. Por tanto, nos encontramos aquí de nuevo ante un delito que castiga la promoción de un clima, que remite directamente a algunas conductas tipificadas en el art. 510.1 a) CP y se solapa con ellas<sup>115</sup>. Expresado de otra forma, el enaltecimiento de esos delitos o de sus autores se configura como una modalidad de incitación indirecta al odio u hostilidad contra los grupos víctimas de aquellos delitos, por lo que su tipificación independiente resulta en realidad superflua, sin más valor que el meramente simbólico.

En segundo lugar se incluye de nuevo en el Código penal la negación de esos

<sup>114</sup> La letra d) del art. 1.1 recoge esas mismas conductas referidas a los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945.

<sup>115</sup> En el mismo sentido, PORTILLA CONTRERAS (2015), p. 744.

delitos o su trivialización. Tras la declaración de inconstitucionalidad del castigo de la negación del genocidio, por considerarlo incompatible, como hemos visto, con los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad ideológica, esta previsión sorprende sobremanera, máxime si se atiende al texto de la propia Decisión Marco, cuyo considerando 15 tiene en cuenta que las consideraciones relativas a la libertad de expresión «han originado en varios Estados miembros garantías procesales y normas especiales en la legislación nacional en cuanto al establecimiento o a la limitación de la responsabilidad». Y, por ello, en el apartado segundo del art. 7 dispone que «la presente Decisión Marco no podrá tener por efecto el exigir a los Estados miembros la adopción de medidas que contradigan principios fundamentales relativos a las libertades de asociación y expresión (...) tal como se derivan de tradiciones constitucionales». De aquí se deduce claramente que el Estado español no hubiese incumplido sus compromisos internacionales si hubiera optado por no tipificar esa conducta.

En vez de eso, el legislador afirma que de acuerdo con la STC 235/2007 el delito de negación del genocidio no vulnera derechos constitucionales si se interpreta que su aplicación debe limitarse a los supuestos en los que la conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías, y por esa razón incorpora el requisito típico en virtud del cual la negación o trivialización de esos delitos ha de promover o favorecer un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación. Pero ya sabemos que no es este el modo de argumentar del TC, quien distingue entre negación y justificación del genocidio, y considera que solo en el caso de la justificación cabe la interpretación restrictiva que conduce a concebirla como una modalidad de apología *stricto sensu*. A la negación no le aplica el mismo criterio, y acierta, por la sencilla razón de que no cabe imaginar cómo la negación del genocidio puede representar una incitación indirecta a la comisión del delito. Del mismo modo, resulta difícil imaginar que la negación o la trivialización del genocidio, etc., puedan favorecer la creación de un clima favorable a la violencia y hostilidad contra esos grupos de personas. Creo, en consecuencia, que esta modalidad típica debería derogarse. Es cierto que la negación de delitos de genocidio o de lesa humanidad, si se acompaña de expresiones degradantes o vejatorias para las víctimas de esos delitos, puede lesionar su honor o integridad moral, pero ese atentado a estos bienes jurídicos ya se encuentra sancionado en otros preceptos, como el que comentamos a continuación.

## **VI. HUMILLACIÓN, MENOSPRECIO O DESCRÉDITO DE CIERTOS GRUPOS O DE MIEMBROS DE ESOS GRUPOS**

La reforma suprime la injuria colectiva del derogado art. 510.2 y, en su lugar, crea el nuevo delito del art. 510.2 *a*), primer inciso, donde se sanciona la realización de acciones, cualesquiera que sean, lesivas de la dignidad de las personas por

representar una humillación, menosprecio o descrédito de ciertos grupos o de miembros de esos grupos. Se pretende aquí acoger la idea reiterada por el Tribunal Constitucional en las sentencias que vengo citando, según la cual quedan al margen del amparo constitucional, por atentar contra el principio de dignidad de la persona, las conductas que impliquen un descrédito, menosprecio o humillación de personas o grupos por razón de determinadas condiciones o circunstancias personales, étnicas o sociales. Se trata de un delito que presenta menos problemas de legitimación que los demás, y al que probablemente podrían reconducirse la mayoría de las conductas negacionistas o caracterizadas como discurso del odio. En este caso, se identifican como bienes jurídicos el honor y la integridad moral<sup>116</sup>, aunque el precepto se refiera a una lesión de la dignidad. Esta referencia me parece desacertada, pues es muy discutible que se trate de un concepto lo suficientemente preciso como para cumplir satisfactoriamente las funciones atribuidas a los bienes jurídicos<sup>117</sup>.

Por otra parte, el inciso segundo castiga la producción o distribución de materiales idóneos para producir esa humillación, menosprecio o descrédito. Por tanto, basta en este caso con un peligro para los citados bienes jurídicos, incurriéndose de nuevo en el error de castigar el peligro con la misma pena que la lesión. Tampoco se comprende la previsión de una pena inferior en este delito a la establecida para las conductas del apartado primero del precepto, teniendo en cuenta que aquí sí se requiere la lesión de un bien jurídico, y no la mera promoción de un clima favorable a la realización de hipotéticos actos hostiles<sup>118</sup>.

## VII. APOLOGÍA DE UN DELITO COMETIDO CONTRA CIERTOS GRUPOS O MIEMBROS DE ESOS GRUPOS

La regulación, por lo que a tipos básicos respecta, se cierra con el art. 510.2 *b*), donde se castiga el enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública o de difusión, de cualquier delito cometido contra un grupo o una persona o personas por razón de su pertenencia a determinados grupos, o de quienes hayan participado en su ejecución. Estamos ante un precepto incomprensible y, en mi opinión, a todas luces inconstitucional<sup>119</sup>.

En efecto, en primer lugar, la tipificación de estas conductas no se demanda en la Decisión Marco de 2008, que únicamente pide la sanción de la apología de delitos concretos. En segundo lugar, se introduce en el Código penal como un cuerpo extraño la apología de *cualquier delito* que se cometa con motivos discriminatorios. No hace falta explicar aquí en detalle el tratamiento que el Código penal otorga a la

<sup>116</sup> Véase MUÑOZ CONDE (2015), p. 715.

<sup>117</sup> Sobre la discusión relativa a la protección penal de la dignidad, tomando partido a favor del reconocimiento de la dignidad humana como bien jurídico, véase ALONSO ÁLAMO (2013), pp. 298 ss.

<sup>118</sup> En este sentido, ROIG TORRES (2015), p. 1261.

<sup>119</sup> De este parecer también PORTILLA CONTRERAS (2015), p. 748.

apología. Ya es conocido que el párrafo segundo del art. 18.1, tras definirla, la deja prácticamente vacía de contenido al sancionarla solo como forma de provocación —castigada esta última, como el resto de los actos preparatorios, de manera excepcional— y cuando constituya una incitación directa a cometer delito. Y también es sabido que, en realidad, en el Código penal solo existían hasta ahora dos supuestos de auténtica apología —incitación indirecta o implícita a delinquir— cuya punición, aunque muy polémica, se justificaba por la especial gravedad de los delitos a cuya comisión se incitaba: el terrorismo y el genocidio —delitos en los que, por cierto, también es punible la provocación—<sup>120</sup>. En este marco, resulta un despropósito la criminalización del enaltecimiento de todos los delitos que se cometan con un móvil discriminatorio. Repárese en que puede tratarse de delitos muy variados, en los que probablemente ni siquiera esté previsto el castigo de la provocación para delinquir. Por si lo anterior no fuera lo suficientemente grave, hay que añadir que el legislador ha prescindido de la exigencia de un ánimo incitador para el castigo de estos supuestos de apología. He criticado *supra* que el art. 510.1 c) *in fine* se conforme con requerir la promoción o favorecimiento de un clima de violencia, hostilidad, etc., pero se da la circunstancia de que en este delito ni siquiera se incorpora un inciso que requiera ese mínimo componente incitador, al que solo se da entrada a través del tipo agravado previsto en el párrafo segundo del art. 510.2 b). Se trata, por tanto, de un tipo mucho más amplio que el descrito en el art. 510.1 c)<sup>121</sup>. En tercer y último lugar, por todo lo dicho, esta figura delictiva no respeta las directrices marcadas por el Tribunal Constitucional para considerar compatible con la libertad de expresión el castigo de la apología de delito. Baste traer a colación una de sus frases: «La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (...) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio».

## VIII. RECAPITULACIÓN

El Código penal de 1995 incorporó a su articulado dos preceptos sumamente polémicos dirigidos a sancionar conductas relacionadas con los fenómenos del discurso del odio y del revisionismo (arts. 510.1 y 607.2 CP). La doctrina especializada puso enseguida de relieve que el tenor literal de ambos preceptos, muy amplio e impreciso, permitía abarcar conductas cuya criminalización resultaba rechazable

<sup>120</sup> Sobre todo ello véanse, entre otros, DEL ROSAL BLASCO (1996), pp. 210 ss.; y ALONSO RIMO (2010), pp. 22 ss.

<sup>121</sup> Esta mayor amplitud respecto a la figura delictiva recogida en el art. 510.1 c) se aprecia también en otros aspectos —véase DEL ROSAL BLASCO (2016), pp. 1291 s.)—. Sorprende particularmente que se haya cambiado la referencia al enaltecimiento de los autores por la mención al enaltecimiento de quienes hayan *participado en la ejecución* de los delitos.



por conculcar principios básicos jurídico-penales y constitucionales. Estos delitos daban lugar a una considerable anticipación de las barreras de protección penal, por delante del castigo de los actos preparatorios, respecto del cual rige ya el principio de excepcionalidad, sin que se apreciaran motivos que justificaran dicha inusual anticipación de la respuesta penal. Además, tanto uno como otro planteaban serias fricciones con el derecho constitucional a la libertad de expresión.

Con estas premisas, la doctrina había elaborado diferentes fórmulas de interpretación restrictiva del tenor literal de esos preceptos que habían conseguido minimizar los problemas de legitimación de los delitos de provocación a la discriminación y justificación del genocidio. Algunas de estas propuestas se vieron plasmadas en las sentencias de las audiencias provinciales y del Tribunal Supremo, lo que dio lugar a un escaso número de condenas por estas infracciones. El Tribunal Constitucional también contribuyó a delimitar el ámbito de aplicación de dichos preceptos, señalando los comportamientos que podrían subsumirse en ellos sin vulnerar el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión. De todos estos planteamientos doctrinales y jurisprudenciales resultaba posible extraer una serie de consideraciones de *lege ferenda* que, de haber sido atendidas, hubieran desembocado sin duda en una regulación más precisa y acorde con los principios fundamentales del Derecho penal, así como respetuosa con el derecho a la libertad de expresión.

Por desgracia, el legislador de 2015, demostrando una absoluta falta de rigor, ha pasado por alto las aludidas argumentaciones y las propuestas a las que conducían, y ha creado en el nuevo art. 510 CP unos tipos penales que, no conformes con recoger la herencia de los defectos en los que incurría la regulación anterior, los agrandan sobremanera, situándose en las antípodas de las insistentes reclamaciones doctrinales y de las pautas que han venido marcando nuestros tribunales. Además, ninguna de las razones utilizadas como pretexto de la reforma consiguen justificarla, pues, por un lado, no es cierto que precisemos una regulación con este contenido para cumplir con nuestros compromisos internacionales y, por otro lado, la mayor parte de los tipos no se ajustan a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

### ***BIBLIOGRAFÍA CITADA***

- AGUILAR GARCÍA, M. A.: “La reforma del art. 510 del Código penal”, *La Ley Penal*, n.º 86, 2011, pp. 1 ss.
- ALASTUEY DOBÓN, C.: “La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas”, *Diario La Ley*, n.º 8245, 6 de febrero de 2014.
- ALCÁCER GUIRAO, R.: “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, *RECPC* 14-02 (2012).
- El mismo: “Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 97, 2013, pp. 309 ss.

- ALONSO ÁLAMO, M.: “Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad”, en *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 287 ss.
- ALONSO RIMO, A.: “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 4, 2010, pp. 13 ss.
- BARBER BURUSCO, S.: *Los actos preparatorios del delito*, Comares, Granada, 2004.
- BENLLOCH PETIT, G.: “El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad”, *ADPCP*, vol. LIV, 2001, pp. 175 ss.
- BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1998.
- BORJA JIMÉNEZ, E.: *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Comares, Granada, 1999.
- CANCIO MELIÁ, M.: “Artículo 510”, en Rodríguez Mourullo (Dir.)/Jorge Barreiro (Coord.): *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 1273 ss.
- CARBONELL MATEU, J. C./VIVES ANTÓN, T. S.: “Artículo 510” y “Artículo 607”, en Vives Antón (Coord.): *Comentarios al Código penal de 1995*, Volumen II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 2001 ss. y 2158 ss.
- CUERDA ARNAU, M. L.: “El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales”, en Quintero Olivares/Morales Prats (Coord.): *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 1125 ss.
- La misma: “Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento”, *RGDP*, n.º 8, 2007.
- La misma: “Terrorismo y libertades políticas”, *Teoría y Derecho*, n.º 3, 2008, pp. 61 ss.
- La misma: “Delitos contra la Constitución”, en Vives Antón (y otros): *Derecho penal. Parte especial*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 705 ss.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M.: “Negacionismo y revisionismo del genocidio: perspectiva penal y constitucional”, *La Ley*, n.º 6842, 2007, pp. 1 ss.
- DEL ROSAL BLASCO, B.: “La apología delictiva en el nuevo Código penal de 1995”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General)*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 185 ss.
- El mismo: “Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en Morillas Cueva (Dir.): *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2016, pp. 1283 ss.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (Dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: “Sucintas observaciones sobre algunas decisiones del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012”, en Álvarez García (Dir.)/Dopico Gómez-Aller (Coord.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 49 ss.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena”, *ADPCP*, vol. LVII, 2004, pp. 143 ss.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: “Reflexiones sobre los delitos de genocidio (artículo 607 del Código penal)”, *La Ley*, n.º 6, 1998, pp. 2267 ss.
- FRONZA, E.: “¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria”, *RDPyC*, n.º 5, 2011, pp. 97 ss.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P.: *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- GARCÍA ARÁN, M.: “Artículo 607”, en Córdoba Roda/García Arán (Dir.): *Comentarios al Código penal, Parte especial*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 2688 ss.
- GARROCHO SALCEDO, A./PORTILLA CONTRERAS, G.: “Delitos de incitación al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia”, en Álvarez García (Dir.)/Dopico Gómez-Aller (Coord.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 931 ss.
- GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: “Discurso del odio y principio del hecho”, en Mir Puig/Corcoy Bidasolo (Dir.): *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 89 ss.
- El mismo: “¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y discriminación en el Código penal español”, en Mir Puig/Corcoy Bidasolo (Dir.)/Hortal Ibarra (Coord.): *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2012, pp. 175 ss. (cit. 2012-2).
- GÓMEZ NAVAJAS, J.: “Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código penal de 1995”. *La Ley*, n.º 3, 1999, pp. 1839 ss.
- GRACIA MARTÍN, L.: “El ‘iter criminis’ en el Código penal español de 1995”, en Díez Ripollés (Dir.): *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 257 ss.
- GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: “La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación”, *Indret* 1/2015.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- ÍÑIGO CORROZA, E.: “Caso de la librería Europa”, en Sánchez-Ostíz Gutiérrez (Coord.): *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 613 ss.
- JAKOBS, G.: “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Derecho penal*, trad. Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, UAM/Civitas, Madrid, 1997, pp. 293 ss.
- KRAUB, M.: “§ 130”, en *Leipziger Kommentar StGB*, Band 5, 12. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2009, pp. 445 ss.
- LAMARCA PÉREZ, C.: “Apología: un residuo de incriminación de la disidencia”, *La ley penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 28, 2006, pp. 41 ss.
- LANDA GOROSTIZA, J. M.: *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al “delito de provocación” del artículo 510 del Código Penal*, Universidad del País Vasco, Zarautz, 1999.
- El mismo: “La llamada ‘mentira de Auschwitz’ (art. 607.2.º CP) y el ‘delito de provocación’ (art. 510 CP) a la luz del ‘caso Varela’: una oportunidad perdida para la ‘cuestión de inconstitucionalidad’. (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal N.º 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)”, *Actualidad Penal*, n.º 36, 1999, pp. 689 ss. (cit. 1999-2).
- El mismo: *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*, Comares, Granada, 2001.
- El mismo: “Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata”, *RDPyC*, n.º 7, 2012, pp. 297 ss.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A.: “La libertad de expresión tenía un precio. (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2010, pp. 69 ss.
- LAURENZO COPELLO, P.: “La discriminación en el Código Penal de 1995”, *EPC*, XIX, 1996, pp. 219 ss.

- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 19.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- *Derecho Penal. Parte Especial*, 20.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- PORTILLA CONTRERAS, G., en Cobo del Rosal (Dir.): *Curso de Derecho penal español, Parte especial II*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- El mismo: “La represión penal del ‘discurso del odio’” en Quintero Olivares (Dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 717 ss.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: “La declaración de inconstitucionalidad del delito de ‘negacionismo’ (art. 607.2 del Código penal)”, *Revista Penal*, n.º 23, 2009, pp. 120 ss.
- REBOLLO VARGAS, R.: *La provocación y la apología en el nuevo Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- El mismo: “Art. 510”, en Córdoba Roda/García Arán (Dir.): *Comentarios al Código penal, Parte especial*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 2425 ss.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C.: *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (análisis de los artículos 511 y 12 del Código penal)*, Bomarzo, Albacete, 2007.
- ROIG TORRES, M.: “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)”, en González Cussac (Dir.)/Matallín Evangelio/Górriz Royo (Coords.): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1249 ss.
- ROLLNERT LIERN, G.: “Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: los límites de la libertad de expresión. (A propósito de la STC 235/2007)”, *Revista de Derecho político*, n.º 73, 2008, pp. 103 ss.
- RUEDA MARTÍN, M. A.: “Delitos contra la Constitución II”, en Romeo Casabona/Sola Rèche/Boldova Pasamar (Coords.): *Derecho penal. Parte especial*, Comares, Granada, 2016, pp. 773 ss.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: “El peligro de las palabras. A propósito del delito de apología del genocidio”, en Cuerda Riezu/Jiménez García (Dir.): *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 283 ss.
- SANZ PÉREZ, A. L.: “Libertad de expresión y la negación de los crímenes contra la humanidad: la negación de los límites. Comentario a la STC 235/2007”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 18, 2008, pp. 13 ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997.
- El mismo: “La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto”, *Diario La Ley*, n.º 7464, 9 de septiembre de 2010.
- STERNBERG-LIEBEN, D.: “§ 130”, en Schönke/Schröder: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29. Auflage, C. H. Beck, München, 2014, pp. 1521 ss.
- SUÁREZ ESPINO, M. L.: “Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio”, *Indret* 2/2008.
- TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Artículo 510” y “Artículo 607”, en Quintero Olivares (Dir.)/Morales Prats (Coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 2047 ss. y 2331 ss.
- TAPIA BALLESTEROS, P.: “Artículo 510”, en Gómez Tomillo/Javato Martín (Dirs.): *Comentarios prácticos al Código penal*, Aranzadi, Pamplona, pp. 181 ss.
- TERUEL LOZANO, G. M.: “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código penal”, *Indret* 4/2015.

VIVES ANTÓN, T. S.: “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”, EPC, XXV, 2004, pp. 399 ss.