

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ACTUAL ARTÍCULO 510 CP EN RETROSPECTIVA Y EN PROSPECTIVA TRAS LA REFORMA PENAL DE 2015¹

Samuel Rodríguez Ferrández

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal. Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. Consideraciones introductorias. 2. Análisis exegético de las conductas castigadas en el nuevo artículo 510 CP. 2.1. El sujeto pasivo y elemento subjetivo del artículo 510 CP, comunes a todas las modalidades delictivas. 2.2. El tipo básico del apartado primero del artículo 510 CP. 2.3. Los tipos atenuados del apartado segundo del artículo 510 CP. 2.4. El tipo agravado común para los apartados 1 y 2 previsto en el artículo 510.3 CP por razón del mayor desvalor de acción. 2.5. El tipo agravado común previsto en el artículo 510.4 CP por razón del desvalor de resultado. 2.6. Previsiones adicionales y comunes. 3. Revisión de algunos casos que fueron declarados judicialmente impunes conforme a la regulación penal anterior a la reforma de 2015. 3.1. Las Librerías «Europa» y «Kalki». 3.2. El Partido Popular de Catalunya y la xenofobia. 3.3. La homilía del Obispo de Alcalá de Henares y la homofobia. 3.4. El video de Agrupación Social Independiente y la misoginia. 4. Consideraciones finales. 5. Bibliografía consultada.

Resumen: El legislador español, en la reciente reforma penal del año 2015, ha decidido reconfigurar por completo la regulación de los delitos relacionados con manifestaciones de odio, hostilidad, dis-

¹ Este artículo se realiza en el contexto del Proyecto de Investigación «Incitación a la violencia y discurso del odio en Internet. Alcance real del fenómeno, tipologías, factores ambientales y límites de la intervención jurídica frente al mismo» (DER2014-53449-R), del Programa Estatal de «Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad», en el marco del Plan Estatal de «Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación del Gobierno de España. Su Investigador Principal es Fernando MIRÓ LLINARES.

criminación y violencia hacia determinados grupos u individuos por razón de su pertenencia a los mismos. Dicha nueva regulación plantea incógnitas interpretativas sobre a qué supuestos de hecho se va a poder aplicar el nuevo artículo 510 CP pues, si bien la presencia de los anteriores artículos 510 y 607.2 CP en la jurisprudencia no había sido especialmente notable, tanto nuestros órganos jurisdiccionales como la doctrina científica habían hecho grandes esfuerzos interpretativos para restringir su ámbito de aplicación. Ahora, por tanto, cabe plantearse qué supuestos que antes no entraban en dicho ámbito de aplicación ahora sí estarían abarcados por el del nuevo artículo 510 CP, y cuáles de los que empiezan a causar alarma social no deberían encontrar castigo a través del Derecho penal, si es que queremos preservar los contornos de la libertad de expresión.

Palabras Clave: Discurso del Odio, Negacionismo, Libertad de Expresión, Ciberodio.

Abstract: Spanish legislative power, at latest Criminal Law reform on 2015, has decided to completely reconfigure the regulation of offences related to statements with hatred, hostility, discrimination and violence against certain groups or persons by reason of their belonging to them. The new regulation raises interpretative questions about to which cases will be the new art. 510 Penal Code applied, because, even though the presence of the former arts. 510 and 607.2 Penal Code in jurisprudence was not especially remarkable, both our courts and the authors had made great interpretive efforts to restrict their scope. Now, therefore, we have to consider which cases that before not entering on that scope, now could be covered by the new one, and what of those who begin to cause public alarm should not find punishment through the Criminal Law, if we want to preserve the outlines of the free speech.

Keywords: Hate Speech, Negacionism, Free Speech, Cyberhate.

1. Consideraciones introductorias

Uno de los preceptos más destacados de la reforma penal introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, es el artículo 510 CP, el cual contempla una redacción totalmente novedosa que el Gobierno justificaba en dos aspectos distintos: por un lado, en que 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, debía «ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico». Lo cierto es que uno se pregunta por qué una

norma comunitaria en materia de racismo y xenofobia que había sido aprobada² cinco años antes (tomando como referencia la fecha de envío del Proyecto de Ley Orgánica a las Cortes Generales, que fue septiembre de 2013) todavía no había sido «traspuesta» a nuestro Código Penal (aunque no era la primera vez que ocurría en esta materia, como informa VALLS PRIETO³), y más teniendo en cuenta que se aprobó otra reforma de gran calado en el año 2010 que se podría haber aprovechado para ello, y que también se había dictado en el año 2007 una importante resolución del Tribunal Constitucional sobre una materia relacionada. De hecho, en efecto, por otro lado, hacía referencia el propio Ejecutivo al hecho de que la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) núm. 235/2007, de 7 noviembre⁴ (emitida ante la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5.152/2000, planteada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona⁵), imponía «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».

² Aunque tal aprobación se produjo tras «un largo tiempo de espera hasta que se pudo alcanzar un consenso que fuera capaz de conciliar las diferentes tradiciones que respecto del entendimiento de la libertad de expresión tienen los países miembros», prueba de lo cual fue el hecho de que «ya en el año 2011 había una propuesta de Decisión Marco que no acabó de llegar a buen puerto hasta el año 2008 (Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia (2002/C 75E/17) COM (2001) 664 final 2001/0270 (CNS) (Presentada por la Comisión el 29 de noviembre de 2001)» (LANDA GOROSTIZA, J. M., «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 7, 2012, nota 57, p. 323).

³ En efecto, señala el autor que el legislador penal de 1995 no tuvo en cuenta tampoco el precedente inmediato de la Decisión Marco de 2008, cual era la Acción Común 96/443/JAI, de 15 de julio, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia (VALLS PRIETO, J., «Delitos contra la Constitución», en MORILLAS CUEVA, L. (DIR.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, 2015, p. 864).

⁴ Aunque más adelante incidiremos en el contenido de esta resolución, recomendamos la lectura del pormenorizado estudio exegético sobre la misma de 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)», en *Revista de Derecho Político*, núm. 73, 2008, pp. 103-146. También, destacando los principales aspectos jurídico-penales de la misma, véase RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «La declaración de inconstitucionalidad del delito de 'negacionismo' (art. 607.2 del Código Penal)», en *Revista Penal*, núm. 23, 2009, pp. 120-137.

⁵ Poco tiempo antes, ya demandaba el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sobre el anterior artículo 607.2 CP CUERDA ARNAU, M.^aL., «El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 56, 1999, p. 116.

No obstante, en realidad, como ha puesto de manifiesto PORTILLA CONTRERAS⁶, se puede afirmar con rotundidad, anticipando el análisis exegético que después abordaremos, que el legislador se ha excedido claramente en esa labor en algunos aspectos. Tal es así que, por un lado, mientras que la norma comunitaria «sólo sanciona los supuestos de incitación pública al odio y violencia», como vamos a ver, el legislador ha extendido el castigo «a otros actos que, sin llegar a la categoría de actos preparatorios, previos a los mismos, o participaciones intentadas, pueden promover, o incitar indirectamente al odio», a la vez que incluye el concepto de «hostilidad», no exigido por la Decisión Marco. Y, por otro lado, en lo que se refiere a la interpretación del Tribunal Constitucional sobre el delito de negación del genocidio, el legislador no respeta el límite trazado por el supremo intérprete de la Constitución, de modo que, «junto a los casos de incitación —directa o indirecta—, amplía la conducta típica» a supuestos que no serían más que «participaciones impunes en tentativas».

En cualquier caso, los tipos delictivos que ahora recoge el artículo 510 CP ya habían sido discutidos por la doctrina desde sus precedentes más lejanos en nuestro sistema democrático, fundamentalmente por dos razones, apuntadas por ALASTUEY DOBÓN⁷: en primer lugar porque «encuentran serias dificultades de conciliación con los principios básicos del Derecho penal, fundamentalmente el principio de intervención mínima»⁸, en tanto «dan lugar a un adelantamiento excesivo de las barreras de intervención del Derecho penal». Y, en segundo lugar, porque, según la misma autora, algunos de ellos pue-

⁶ PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal del ‘discurso del odio’», en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 737. Algo que ya advertía el autor sobre el texto del Anteproyecto en GARROCHO SALCEDO, A. y PORTILLA CONTRERAS, G., «Delitos de incitación al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (DIR.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (COORD.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 935.

⁷ ALASTUEY DOBÓN, M.^ªC., «La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas», en *Diario La Ley*, núm. 8.245, 2014, p. 2.

⁸ Cuyo doble contenido es expresado sintéticamente con maestría por DEL ROSAL BLASCO del siguiente modo: «El carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal exigen que éste no extienda sus conminaciones penales a todos los bienes, valores o intereses protegibles sino sólo a los más importantes, dignos y necesitados de protección; y, además, que esa protección no se extienda a todos los ataques sino únicamente a aquellos que sean más graves e intolerables» (DEL ROSAL BLASCO, B.: «La regulación legal de los actos preparatorios en el Código penal de 1995», en JORGE BARREIRO, A./BAJO FERNÁNDEZ, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J. (COORDS.): *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, 2005, pp. 953-954).

den contravenir el derecho constitucional a la libertad de expresión del artículo 20 CE 1978. Hay que recordar en este sentido que dicho derecho fundamental, como destaca ALCÁCER GUIRAO, «aspira a proteger», por ejemplo, «en su dimensión institucional, el desarrollo del debate social sobre asuntos con relevancia pública, como vehículo para la deliberación inherente a un sistema democrático»⁹, de tal modo que, como recuerda la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «la libertad de expresión debe amparar no sólo las ideas recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también las que hieren, chocan o inquietan: así lo demanda el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin las cuales no existe una “sociedad democrática”»¹⁰.

Se dice que este precepto trata de reprimir penalmente el denominado «Discurso del Odio»¹¹. Pues, bien, hay que partir de la conceptualización de que el término anglosajón «Hate Speech»¹² consiste en un empleo táctico e intencional de palabras, material audiovisual, símbolos, teorías de la conspiración y demás, convertidas en una compleja y eficaz maquinaria difamatoria¹³ focalizada, tradicionalmente, en el odio racial e históricamente asociada al negacionismo y a la propaganda de la Alemania Nazi¹⁴, que puede poner en peligro el sistema de convivencia basado en la dignidad y la igualdad en el que se basa la democracia. Con el surgimiento de las Tecnologías de

⁹ ALCÁCER GUIRAO, R., «Discurso del Odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14, 2012, p. 10.

¹⁰ Doctrina jurisprudencial recogida en sus Sentencias de 8 de julio de 1986 (asunto Lingens contra Austria), de 23 de abril de 1992 (asunto Castells contra España) y de 15 de marzo de 2011 (asunto Otegi contra España), recopiladas por ALCÁCER GUIRAO, R., «Discurso del Odio y discurso político...», *ob. cit.*, nota 13, p. 10.

¹¹ PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal...», *ob. cit.*, p. 717.

¹² La Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, lo define en la delimitación de su ámbito de aplicación como «all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin», definición que, como apunta DÍAZ LÓPEZ, tal vez «resulta un tanto *forzada*» (DÍAZ LÓPEZ, J. A., *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4.º CP*, Thomson Reuters-Civitas, 2013, p. 77), como suele suceder por otra parte en todo documento jurídico internacional en el que se intentan alcanzar consensos entre diferentes tradiciones sociojurídicas.

¹³ WHILLOCK, R. K., «The use of hate as a stratagem for achieving political and social goals», en WHILLOCK, R. K. y SLAYDEN, D. (Eds.), *Hate Speech*, Sage, 1995, p. 32.

¹⁴ MASSARO, T. M., «Equality and Freedom of Expression: The Hate Speech Dilemma», en *William and Mary Law Review*, núm. 32 (2), 1991, pp. 211-265.

la Información y de la Comunicación y la popularización de Internet se facilitó significativamente la actividad de los grupos racistas, al abaratar los costes de producción y multiplicar los potenciales receptores de folletos y materiales con ideas de odio¹⁵ que se integran ahora en el nombre de «Cyberhate Speech»¹⁶ o «Ciberodio»¹⁷ que, como apunta MIRÓ LLINARES, «no es más que una adaptación al ciberespacio» de la conducta en cuestión, incrementando «el riesgo que tal actividad supone»¹⁸. Y esto, a su vez, ha llevado a una debilitación del término en cuanto a la tradicional identificación del mismo con el odio racial, empezando a utilizarse también para integrar cualesquiera otras comunicaciones violentas realizadas con ánimo difamatorio o discriminatorio aunque no sean racistas. En este sentido es importante aclarar que hoy se puede utilizar el concepto «Hate Speech» en sentido laxo, como referido a cualquier comunicación violenta en Internet, o en sentido estricto, referido al «Discurso del Odio» racial propiamente dicho.

Es importante diferenciar estos dos sentidos porque aún lo es más distinguir entre dos debates jurídicos que, si bien pueden estar más relacionados de lo que demostraría el que no se haya realizado un análisis conjunto, pueden y deben analizarse primero por separado al haber surgido como discusiones dogmáticas diversas y en momentos diferentes. Por una parte tendríamos el debate sobre la respuesta penal al «Hate Speech» en sentido estricto o «Discurso del Odio» propiamente dicho, que se concreta, muy en particular, en el odio racial y en los potenciales límites que puede tener el derecho a la libertad de expresión cuando la comunicación genera este tipo de odio y, con ello, pone en peligro el sistema democrático. Por otro lado tendríamos el debate sobre la respuesta penal a las formas de incitación a la violencia en Internet, conductas (a las que nos

¹⁵ CITRON, D. K. y NORTON, H., «Intermediaries and hate speech: Fostering digital citizenship for our information age», en *Boston University Law Review*, núm. 91, 2011, pp. 1.435-1.484.

¹⁶ Por ejemplo, entre otros muchos, AKDENIZ, Y., «Controlling illegal and harmful content on the Internet», en WALD, D. (Ed.), *Crime and the Internet*, Routledge, 2001; LEVIN, B., «Cyberhate: A Legal and Historical Analysis of Extremists' Use of Computer Networks in America», en *American Behavioral Scientist*, núm. 45 (6), 2002, pp. 958-988; o también DANIELS, J., «Cloaked websites: propaganda, cyber-racism and epistemology in the digital era», en *New Media & Society*, núm. 11 (5), 2009, pp. 659-683.

¹⁷ MORETÓN TOQUERO, M.^ªA., «El 'ciberodio', la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 27, 2012, pp. 12-17.

¹⁸ MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, 2012, p. 114.

referiremos en el epígrafe final de este trabajo) que no tienen por qué estar relacionadas con el odio racial (aunque podrían estarlo también) sino que se concretan en una difusión de mensajes que pueden generar, no ya odio, sino concreta violencia y que se relaciona específicamente con la cuestión penal de la respuesta a los actos preparatorios.

Comenzando por el primero, la génesis de las discusiones sobre los límites de la respuesta jurídica, en general, y penal, en particular, frente a comunicaciones violentas en Internet tiene su origen en las primeras formas de divulgación de mensajes de odio racial, no especialmente en Internet, y, más en concreto, con el discurso de negación del Holocausto¹⁹. En Estados Unidos la discusión ha puesto de manifiesto la necesidad de revisar los márgenes del derecho a la libertad de expresión²⁰, entre una visión liberal del Estado que lo magnifica y que no entiende que exista, en las expresiones verbales de odio, ningún daño sino, en todo caso, un riesgo de que otros actúen violentamente, y una nueva visión comunitarista que entiende que el «Hate Speech», por su significado discriminatorio, ya produce un daño efectivo a la propia comunidad²¹. En Europa, muy en particular en Alemania²², la discusión se ha centrado en el odio racial y

¹⁹ Entre otros, con carácter monográfico, WALDRON, J., *The Hate in Harm Speech*, Oxford University, 2012.

²⁰ Desarrollando recientemente una explicación del sistema de la libertad de expresión derivado de la interpretación de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, véase RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del Derecho penal*, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 107-220, así como, poniéndolo en relación específicamente con las declaraciones de carácter racista, GASCÓN CUENCA, A., «La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 47, 2013, pp. 163-182. Más sintéticamente, también sobre la libertad de expresión en los Estados Unidos, ALCÁCER GUIRAO, R., «Víctimas y disidentes. El 'Discurso del Odio' en EEUU y Europa», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, 2015, pp. 56-64. Véase también, abogando por que la jurisprudencia y doctrina europeas «vuelvan sus ojos» hacia la doctrina de la libertad de expresión («free speech doctrine») del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, DE PABLO SERRANO, A., «Todo a una carta. La libertad de expresión. El debate en torno al discurso extremo y al discurso de odio en la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ED.) y DÍAZ CORTÉS, L. M. (COORD.), *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías. Memorias III Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales (17, 18 y 19 de junio de 2013)*, Universidad de Salamanca, 2014, p. 83.

²¹ En este sentido, SANDEL, M. J., *Liberalism and the limits of Justice*, Cambridge University, 1998.

²² Véase, por ejemplo, BOCK, A., «Online 'Auschwitzlüge' und deutsches Strafrecht BGH», en *Computer und Recht: Forum für die Praxis des Rechts der Datenverarbeitung, Information und Automation*, núm. 17 (4), 2001, pp. 260- 264.

en la posibilidad de sancionar el negacionismo o la justificación del Holocausto en un debate que plantea si existe un interés colectivo que permitiría limitar la libertad de expresión²³. Y origen similar tiene la discusión científica en nuestro país, siendo el particular punto de partida el Caso «Librería Europa» o Caso «Varela», en el marco del cual se dictó la STC núm. 235/2007, de 7 noviembre a la que anteriormente nos hemos referido, y que constituye un supuesto de hecho sobre el que incidiremos más adelante.

Así, pues, en España, la doctrina penal ha discutido con profusión la cuestión de fondo relacionada con esta materia especialmente mediante el análisis de si los anteriores artículos 510 y 607.2 CP (que guardaban para LANDA GOROSTIZA una relación entre sí de «género» y «especie», respectivamente²⁴) suponían una intervención injustificada del «ius puniendi» que violaba la libertad de expresión²⁵. En síntesis, la opinión mayoritaria, que se corresponde en lo esencial con la mencionada doctrina Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es que tal derecho fundamental encuentra sus límites en aquellas manifestaciones innecesarias que no se limiten a cuestionar teóricamente el sistema democrático, sino que lo pongan materialmente en peligro²⁶. El debate, sin embargo,

²³ BRUGGER, W., «The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)», en *German Law Journal*, núm. 12 (3), 2002, pp. 1-44; y «Part II», en *German Law Journal*, núm. 1 (4), 2003, pp. 2-45.

²⁴ Véase LANDA GOROSTIZA, J. M., «Incitación al odio...», *ob. cit.*, p. 337. O, el mismo autor, utilizando «un símil de pesca», afirmaba que «el 607.2 es un tipo de retel con un agujero de red *ad hoc* que detecta y separa una clase particular de discurso del odio revisionista, más conocido y reconocible en términos sociales y por ello con una presunción (*iuris tantum*) más fuerte del daño social», mientras que el artículo 510 era el tipo de recogida, de tal forma que «el retel» del mismo se encargaba «del filtrado del conjunto del discurso de agitación cuyo punto final de mira es el crimen contra la humanidad» (LANDA GOROSTIZA, J. M., «Incitación al odio...», *ob. cit.*, p. 338).

²⁵ Véase LANDA GOROSTIZA, J. M., «Incitación al odio...», *ob. cit.*, pp. 297-346, con una sugerente propuesta de interpretación «de lege lata» del artículo 510 CP en pp. 341-344.

²⁶ Por ejemplo, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La libertad de expresión tenía un precio», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2010, p. 1 y, participando de su postura, GÓMEZ MARTÍN, V., «Discurso del Odio y principio del hecho», en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (DIRS.), *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 114-115 y, de nuevo, en GÓMEZ MARTÍN, V., «Fighting words, Auschwitzlüge y libertad de expresión», en *InterseXiones*, núm. 4, 2013, p. 94. Resulta de interés, por otro lado, el planteamiento de MIRÓ LLINARES, F., «La criminalización de conductas ofensivas. A propósito del debate anglosajón sobre los límites del legislador penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17, 2015, donde, siguiendo la tradición alemana y, particularmente, anglosajona, relaciona la criminalización de estos comportamientos con las conductas ofensivas que afectan a la sensibilidad y sentimientos sociales

no podía considerarse cerrado a la luz de los citados preceptos. Por un lado, y como puso de manifiesto con acierto ALCÁCER GUIRAO, «el libre discurso político» siempre «es susceptible de generar riesgos sociales»²⁷, por lo que «las libertades comunicativas no pueden restringir su ámbito de protección a mensajes socialmente inocuos»²⁸ como pueden ser, por ejemplo, «sarcasmos, burlas o tópicos»²⁹. Al fin y al cabo, y como ya planteó VIVES ANTÓN³⁰, debe deslindarse adecuadamente el plano de la libertad de expresión del de la inocuidad, pues una auténtica democracia exige la defensa de los distintos discursos políticos ya que, como recuerda LASCURAÍN SÁNCHEZ, «no podemos castigar la mera expresión de una ideología política aunque ésta sea antidemocrática»³¹. Además no deben descuidarse las consecuencias que para el Estado Democrático de Derecho puede conllevar el que se ha denominado «efecto desaliento» o «chilling effect»³²

relacionados con la moral colectiva. Al respecto véase, también, MIRÓ LLINARES, F., «Derecho penal y Moral. Notas a partir de la controversia Devlin vs. Hart», en *Libro Homenaje al Profesor Miguel Bajo Fernández* (en prensa).

²⁷ Como explica el autor, y estamos de acuerdo con él, la protección de determinados grupos que pueden «sentir amenazada su seguridad», no puede llevarse a cabo «a costa del riesgo de silenciar a toda opinión política disidente» que, «por extremista y rechazable que pueda resultar desde los valores de convivencia asumidos por la mayoría, se halla amparada por el derecho fundamental a la libertad de expresión», de tal modo que «sólo la admisión de todas las opiniones, tanto las concordantes como las discordantes, permite considerar verdaderamente democrático el debate social y político» (ALCÁCER GUIRAO, R., «Discurso del Odio y discurso político...», *ob. cit.*, p. 19).

²⁸ ALCÁCER GUIRAO, R., «Discurso del Odio y discurso político...», *ob. cit.*, p. 28.

²⁹ ALCÁCER GUIRAO, R., «Discurso del Odio y discurso político...», *ob. cit.*, p. 27.

³⁰ VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 25, 2004, pp. 430 y ss.

³¹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación?», en GARCÍA GARCÍA, R. y DOCAL GIL, D. (DIRS.), *Grupos de odio y violencias sociales*, Rasche, 2012, p. 33.

³² Véase sobre el efecto desaliento, con carácter general y extensamente, DE DOMINGO PÉREZ, T., «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado 'chilling effect' o 'efecto desaliento'», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 122, 2003, pp. 141-166; y, más recientemente, DE DOMINGO PÉREZ, T., «La teoría del desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales», en MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A. L. y DE DOMINGO PÉREZ, T., *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones*, Comares, 2011, pp. 85-105. Analizándolo en relación con el ámbito jurídico-penal, CUERDA ARNAU, M.^a L., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 8, 2007, pp. 1-43 y, anteriormente, CUERDA RIEZU, A. R., «Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna», en Díez Ripollés, J. L./Romeo Casabona, C. M.^a/Gracia Martín, L./Higuera Guimerá, J. F. (Eds.): *La ciencia del Derecho penal ante*

(o, más bien, «deterrent effect»³³) «sobre conductas amparadas por el derecho fundamental» de que se trate, pero que se hallan «en la periferia de lo prohibido» siendo la norma «imprecisa», efecto inhibitorio que será más intenso «cuanto más grave sea la consecuencia jurídica» que prevea la intervención penal³⁴. Por otro lado, la razonable aceptación de la idea de que hay discursos de odio que pueden poner en efectivo peligro el propio fundamento del sistema democrático y que no deben ser amparados bajo el derecho a la libertad de expresión, no convierte en sencilla la imprescindible tarea de deslindar los que lo hacen de los que no. Resulta esencial establecer criterios que permitan determinar qué tipo de mensajes de odio pueden efectivamente poner en peligro la democracia. En caso de no hacerlo, no sólo se corre el riesgo de enmudecer la disidencia política, sino de que lo que hoy sirve para incriminar el odio racial vaya extendiéndose poco a poco a otros ámbitos discriminatorios (sexo, orientación sexual, ideología, etc.) a partir de argumentaciones basadas en una mera supuesta «equivalencia funcional». Al fin y al cabo la discriminación racial no es el único odio posible, y la aceptación de la penalización de los discursos de odio que pongan en riesgo a la democracia puede derivar en la aceptación de la incriminación de discursos de odio de cualquier otra forma discriminatoria.

Partiendo de estas premisas, nuestra labor a partir de este momento, en el siguiente epígrafe, será la de analizar la reforma penal vigente desde el 1 de julio de 2015, conforme a la cual se ha creado un nuevo artículo 510 en el Código Penal, con origen en los mencionados y antiguos ya artículos 510 y 607.2 CP, que dieron lugar a la viva discusión doctrinal que acabamos de sintetizar. Dicho análisis estará aderezado con las pocas opiniones doctrinales que en tan poco espacio de tiempo se han manifestado ya en tono crítico hacia el nuevo precepto. Una vez realizado ese análisis, llevaremos a cabo una somera revisión de si, a la luz del nuevo artículo 510 CP, serían ahora punibles algunos de los principales casos, relacionados con la incitación al odio, en los que se produjeron sentencias absolutorias firmes. Y, finalmente,

el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Tecnos, 2003, pp. 237-256.

³³ Apunta ROIG TORRES que el término anglosajón que se corresponde con «efecto desaliento» es «deterrent effect», mientras que el término «chilling effect» se correspondería con la traducción al castellano «efecto escalofriante» (ROIG TORRES, M., «El 'Discurso del Odio' en el sistema norteamericano y europeo. Tratamiento del racismo y la xenofobia en el Proyecto de Reforma del Código Penal», en *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 15, 2014, p. 180).

³⁴ ALCÁCER GUIRAO, R., «Discurso del Odio y discurso político...», *ob. cit.*, p. 18.

como consideraciones finales, haremos referencia a la necesidad de, ante este nuevo escenario, tomar en cuenta una fenomenología criminológica (a la que ya hemos aludido tangencialmente en las anteriores líneas), que es la que tiene que ver con las manifestaciones violentas y de odio a través de Internet, y su necesario estudio para calibrar su posible encaje jurídico-penal (o no) en el nuevo artículo 510 CP.

2. Análisis exegético de las conductas castigadas en el nuevo artículo 510 CP

En las siguientes páginas vamos a realizar un estudio exegético de la nueva redacción que se ha otorgado al artículo 510 CP, el cual abre la Sección Primera, titulada «De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución», del Capítulo IV («De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas»), incardinado dentro del Título XXI, que tipifica los «Delitos contra la Constitución». En este precepto, en realidad, se incluyen tres clases distintas de delitos, como destaca VALLS PRIETO: delitos de odio, delitos de discriminación y delitos de racismo y xenofobia³⁵. Todos ellos con objetos de protección diversos³⁶, pero relacionados entre sí, sobre todo, por tener unos titulares comunes y reiterados continuamente a lo largo de casi todos los apartados del precepto, que son a los que vamos a hacer referencia seguidamente en primer lugar.

³⁵ VALLS PRIETO, J., «Delitos contra la Constitución», *ob. cit.*, p. 865. Es interesante la discusión teórica (véase LANDA GOROSTIZA, J. M., «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 núm. 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)», en *Actualidad Penal*, núm. 36, 1999, pp. 700 y ss.) sobre si estos delitos podrían ser calificados dentro de la categoría de, propia del Derecho penal de autor, los «delitos de clima», formulada por JAKOBS, G., «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico» (traducido por Enrique PEÑARANDA RAMOS), en DEL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, 1997, pp. 313-322. Sobre las sucesivas ocasiones en que el autor alemán ha traído a colación esta categoría desde 1985 hasta tiempos recientes, véase el relato de GÓMEZ MARTÍN, V., «Fighting words...», *ob. cit.*, pp. 83-84.

³⁶ Véase, respecto al anterior artículo 510 CP, ALCÁCER GUIRAO, R., «Discurso del Odio y discurso político...», *ob. cit.*, p. 22, o, sobre los bienes jurídicos protegidos en el actual texto legal del precepto, PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal...», *ob. cit.*, pp. 722-724 y VALLS PRIETO, J., «Delitos contra la Constitución», *ob. cit.*, pp. 865-866.

2.1. *El sujeto pasivo y elemento subjetivo del artículo 510 CP, comunes a todas las modalidades delictivas*

El primer elemento a destacar en este análisis exegético del artículo 510 CP es que todas las conductas en él castigadas tienen un sujeto pasivo común, cual es «un grupo, una parte del mismo» o «una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél», siempre que la conducta de que se trate se realice con el siguiente elemento subjetivo: «por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad».

Si acudimos a la redacción anterior del artículo 510.1 CP comprobaremos cómo el legislador ha modificado la descripción del colectivo de referencia, los denominados por LANDA GOROSTIZA «grupos diana»³⁷, que anteriormente eran «grupos o asociaciones», y ha añadido la posibilidad de que las conductas tipificadas se refieran individualmente a una persona determinada (lo cual ha servido para zanjar dudas interpretativas respecto a la regulación anterior)³⁸, aunque siempre por razón de su adscripción al grupo, o parte del grupo, en cuestión.

También se han introducido leves matizaciones en la descripción del elemento subjetivo que ha de estar presente en el actuar del sujeto activo, de tal modo que, en primer lugar, se añaden a los móviles o motivos de su conducta la pertenencia del sujeto pasivo a una «nación» junto a una etnia o raza (manteniendo también como diferenciado el «origen nacional», se entiende, por nacimiento, que puede ser una nación distinta de aquella a la que actualmente se pertenezca). Y, en segundo lugar se realizan dos modificaciones, sobre cuyo olvido en la reforma de 2010 ya había advertido LANDA GOROSTIZA³⁹: por un lado se añade la «identidad» sexual (que busca

³⁷ LANDA GOROSTIZA, J. M., «Incitación al odio..», *ob. cit.*, p. 303.

³⁸ VALLS PRIETO formula en este punto una propuesta alternativa «para mantener una coherencia y evitar problemas» de tipo concursal, consistente en crear para los sujetos pasivos individuales «un tipo específico de amenazas» sin la exigencia de cantidad o condición, «pero con la agravante pertinente por estar incluido en el grupo concreto por el que se fomenta, promueva o incita al odio, hostilidad, discriminación o violencia», resultando una pena mayor en estos casos («de cinco a siete años y medio» de prisión) y «teniendo una protección mayor el sujeto individual» (VALLS PRIETO, J., «Delitos contra la Constitución», *ob. cit.*, p. 867).

³⁹ LANDA GOROSTIZA, J. M., «Incitación al odio..», *ob. cit.*, nota 14, p. 303. Aprovechando esta circunstancia el autor denunciaba que se acentuaba «más si cabe la falta de coordinación sistemática en el conjunto de preceptos antidiscriminatorios que

«extender la punición a supuestos de transfobia»⁴⁰) junto a la ya anteriormente prevista «orientación sexual»⁴¹; y, por otro lado, como ha sido elemento común en la reforma penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se sustituye el término «minusvalía» por el de «discapacidad» (en consonancia con lo establecido en la Disposición Adicional Octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia).

2.2. El tipo básico del apartado primero del artículo 510 CP

Este primer apartado del artículo 510 CP prevé la imposición de las penas de prisión de uno a cuatro años y de multa de seis a doce meses, para quienes realicen los tres grandes tipos de conductas que se van a analizar a continuación, en los siguientes subepígrafes.

2.2.1. Fomento, promoción o incitación directa o indirecta al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra el sujeto pasivo común (letra a)

En la primera de las conductas se castiga a «quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia» contra el sujeto pasivo común (incluido el elemento subjetivo) ya analizado. Esta primera conducta viene a sustituir a la que se castigaba en el anterior artículo 510.1 CP, pero con una descripción típica bastante más completa que, por lo pronto, da lugar a «un deslinde definitivo entre este delito y la provocación» recogida como acto preparatorio punible en el artículo 18.1 CP⁴².

presentan tenores literales aún más dispares tras la reforma» de 2010, problemas que el propio autor había puesto de manifiesta una década antes en LANDA GOROSTIZA, J. M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho Penal*, Comares, 2001, pp. 13 y ss., y p. 129.

⁴⁰ PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal...», *ob. cit.*, p. 738.

⁴¹ Con ello «se hace referencia a la libertad de opción en materia sexual sin que nadie pueda ser discriminado por la elección que realice -homosexualidad, heterosexualidad, promiscuidad, etc.-» (PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal...», *ob. cit.*, p. 738). En efecto, como apuntaba LAURENZO COPELLO en su momento, en tal referencia «habría que considerar abarcadas todas las formas posibles de enfrentarse a la sexualidad: desde el celibato, hasta la promiscuidad sexual», es decir, todas las «tendencias» sexuales de las personas, incluyendo la bisexual (LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código Penal de 1995», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 19, 1996, p. 247).

⁴² ROIG TORRES, M., «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (DIR.)/GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLÍN EVAN-

En efecto, frente al único verbo típico «provocar»⁴³ que se utilizaba en la conducta derogada, ahora se utilizan tres distintos: «fomentar», «promover» (ambos, aparte de ser «equivalentes», no aparecen recogidos en la Decisión Marco de 2008⁴⁴) e «incitar», a la que las dos anteriores se asemejan. Y, además, se les añaden a estos verbos típicos dos adverbios modales: «públicamente»⁴⁵ y «directa o indirectamente». Por cierto, la inclusión del primero supone, en buena lógica, la exclusión del ámbito de punibilidad de esas formas de conducta «cuando son ejecutadas en el ámbito privado»⁴⁶.

Se añade que los verbos típicos no sólo enfoquen su acción hacia la «discriminación», el «odio» o la «violencia» (que ya estaban presentes en la redacción anterior), sino también hacia la «hostilidad», lo cual es coherente, como apunta ROIG TORRES, con la redacción del artículo 20.2⁴⁷ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (ratificado por España el 30 de abril de 1977) y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁸.

En cualquier caso, participamos de la opinión de PORTILLA CONTRERAS sobre la tipificación de esta conducta, con los elementos señalados, cuando afirma que lo que se está haciendo es convertir «en un delito autónomo lo que no son más que actos preparatorios de delitos, actos preparatorios de sentimientos y otros actos de complicidad en delitos y sentimientos sin inicio de la tentativa que no llegan a la categoría de actos preparatorios»⁴⁹.

Una última novedad viene dada por la pena aplicable, pues mientras que, como se ha dicho anteriormente, para esta conducta

GELIO, Á. (COORDS.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1.253.

⁴³ Véase la recapitulación de posicionamientos doctrinales a favor y en contra de la utilización entonces de tal verbo típico que realizan ROIG TORRES, M., «Los delitos de racismo y...», *ob. cit.*, pp. 1.253 y 1.254, y PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal...», *ob. cit.*, pp. 722-723 y 725, así como la de pronunciamientos jurisprudenciales condenando o absolviendo interpretando la «provocación» a la discriminación, al odio o a la violencia a la que aludía el anterior artículo 510.1 CP (PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal...», *ob. cit.*, pp. 732-736).

⁴⁴ ROIG TORRES, M., «Los delitos de racismo y...», *ob. cit.*, p. 1.255.

⁴⁵ Que, como apunta ROIG TORRES, no se encontraba incluido en el Proyecto de Ley Orgánica remitido por el Gobierno al Congreso, y «se añadió en la versión remitida al Senado» (ROIG TORRES, M., «Los delitos de racismo y...», *ob. cit.*, p. 1.254).

⁴⁶ PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal...», *ob. cit.*, p. 724.

⁴⁷ «Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley».

⁴⁸ ROIG TORRES, M., «Los delitos de racismo y...», *ob. cit.*, pp. 1.254-1.255.

⁴⁹ PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal...», *ob. cit.*, p. 725.

(y las restantes del actual art. 510.1 CP) se prevé prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, se puede comprobar que ello supone una elevación del límite máximo de la pena privativa de libertad con respecto al precepto derogado, pues anteriormente se fijaba en los tres años. La duración de la pena pecuniaria, en cambio, permanece inalterada.

2.2.2. Producción, elaboración, posesión para la distribución, facilitación de acceso a terceros, distribución, difusión o venta de escritos o cualquier material o soporte con contenido idóneo para la realización de la conducta anterior (letra b)

La segunda de las conductas, que no tiene un precedente en el texto del Código Penal anterior a la reforma de 2015, se castigan una serie de comportamientos preordenados a la realización de la conducta anterior (fomentar, promover o incitar directa o indirectamente⁵⁰ al odio, hostilidad, discriminación o violencia) contra el sujeto pasivo de referencia. En concreto, se castigan ciertas conductas en relación con un objeto material determinado, cuales son «escritos o cualquier otra clase de material o soportes», a lo que se añade la punición de la conducta cuando los mismos, «por su contenido sean idóneos», como se ha dicho, para realizar la mencionada conducta delictiva de la letra a).

Conforme a los verbos típicos que se emplean, dichas conductas aquí punibles son, por un lado, la «producción» y la «elaboración» y, por otro, la «posesión con la finalidad de distribuir», la «facilitación de acceso a terceros», la «distribución», la «difusión» y la «venta». Se trata de comportamientos previos a los de la letra anterior y, por ello, constitutivos de un menor desvalor jurídico-penal, razón por la cual se ha criticado por la doctrina que sean equiparados penalmente a aquéllos⁵¹ (recordemos que la previsión de pena es común a todos los supuestos de este apartado 1 del art. 510 CP), equiparación que, según ha resaltado ROIG TORRES, tiene su origen en una recomendación incluida en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica⁵², en el que este

⁵⁰ Se vuelven a utilizar aquí los adverbios «directa o indirectamente» de la letra a, pero lógicamente no el adverbio modal «públicamente», en tanto la gran mayoría de los verbos típicos de la conducta de esta letra b, llevan implícita esa modalidad de actuación.

⁵¹ PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal...», *ob. cit.*, p. 740, o también ROIG TORRES, M., «Los delitos de racismo y...», *ob. cit.*, p. 1.257.

⁵² ROIG TORRES, M., «Los delitos de racismo y...», *ob. cit.*, p. 1.257.

órgano argumentaba en la página 245 que el prelegislador, al prever en el texto mencionado una pena más leve para estos casos, estaba confiriendo «un trato penal más beneficioso a conductas que, incluso, denotan una mayor peligrosidad para el bien jurídico protegido, habida cuenta los medios a cuyo través se proyectan al exterior las conductas sancionadas. Por ello se estima necesario subsanar la deficiente detectada de manera que, al menos, los comportamientos consistentes en la efectiva distribución, venta, difusión o facilitación a terceros de los materiales o soportes deben ser sancionados como lo que en realidad son: actos que fomentan, promueven o incitan al odio, la hostilidad, violencia o discriminación o, en su caso, lesionan la dignidad personal».

2.2.3. Negación, trivialización grave o enaltecimiento de los delitos (o de sus autores) de los delitos de los Capítulos II, II bis y III del Título XXIV («Delitos contra la Comunidad Internacional») cometidos contra el sujeto pasivo común (letra c)

Esta tercera y última conducta punible incardinada en el artículo 510.1 CP supone realizar «públicamente» alguno de los siguientes tres comportamientos: «negar», «trivializar» gravemente y «enaltecer». Y estos comportamientos se refieren a los delitos de «genocidio» (art. 607 CP), de «lesa humanidad» (art. 607 bis) o «contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado» (arts. 608 a 614 bis), todos ellos tipificados consecutivamente en los Capítulos II, II bis y III del Título XXIV de nuestro Código Penal («Delitos contra la Comunidad Internacional»).

Además, se repite en último lugar de nuevo el verbo «enaltecer» (también considero que hay que entender reiterado el adverbio «públicamente», en tanto encabeza la redacción de este último conjunto de conductas del art. 510.1 CP) para referirlo también a los «autores» de todos los tipos delictivos reseñados del Título XXIV. Creo que es obvio que dicha referencia a los autores debería ser entendida en sentido amplio como a la de cualquier sujeto que haya intervenido en la realización de tales delitos (incluyendo a los partícipes por tanto), y no sólo en sentido estricto o dogmático a los autores (sean directos, mediatos o coautores, por supuesto).

En cualquier caso, lo realmente destacable de esta conducta tipificada en la letra c) del artículo 510.1 CP es que es, por decirlo de algún modo, la «heredera» de la que se recogía en la anterior redacción del artículo 607.2 CP, en el cual se establecía inicialmente que «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas» que «negaran» o «justificaran» el delito de genocidio, o «pretendieran»

también «la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos», era castigada con la «pena de prisión de uno a dos años», inferior en su límite máximo a los cuatro que, como se ha dicho, contempla la franja punitiva actualmente aplicable a la nueva conducta típica.

Por todos es bien conocido que la expresión «nieguen» fue declarada inconstitucional y nula por la STC núm. 235/2007, de 7 noviembre, si bien sí admitió la constitucionalidad de la expresión «justifiquen»⁵³ (la cual ha encontrado continuidad de algún modo como conducta delictiva más adelante, en el art. 510.2 b), aunque sin ser respetados los límites que trazó para ello el Tribunal Constitucional, como veremos posteriormente). En cualquier caso, como decíamos, la expresión «nieguen» del anterior artículo 607.2 CP fue declarada inconstitucional⁵⁴ y se recomendó al legislador, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

⁵³ En concreto, en su Fundamento Jurídico Noveno consideró que «resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP). Tal comprensión de la justificación pública del genocidio, y siempre con la reseñada cautela del respeto al contenido de la libertad ideológica, en cuanto comprensiva de la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas, permite la proporcionada intervención penal del Estado como última solución defensiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas protegidos, cuya directa afectación excluye la conducta justificativa del genocidio del ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 Constitución Española), de manera que, interpretada en este sentido, la norma punitiva resulta, en este punto, conforme a la Constitución».

⁵⁴ Porque «la libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, por lo que ahora interesa, nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político» (Fundamento Jurídico Sexto), de tal modo que el Tribunal Constitucional concluyó que «la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE)» (Fundamento Jurídico Octavo). Considerando que esta decisión del Tribunal Constitucional colocaba al Estado español «en una situación delicada» por el compromiso político adquirido de castigar penalmente la negación del Holocausto, SANZ-DÍEZ DE ÚLZURRUN LLUCH, M., «El peligro de las palabras. A propósito del delito de apología del genocidio», en CUERDA RIEZU, A. R. y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (DIRS.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*, Tecnos, 2009, p. 325.

en aplicación del artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁵, que «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» (Fundamento Jurídico Séptimo), consejo que se ha seguido introduciendo «in fine» un elemento típico, a tenor del cual, la conducta de negación de los delitos concernidos sólo será punible «cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos». Dicho elemento típico se debería interpretar, siguiendo a ROIG, TORRES, como que ese clima o ambiente «ha de ser propicio para provocar actos reales de discriminación»⁵⁶, criterio muy certero y que hay que tener confianza en que será aplicado por la jurisprudencia⁵⁷, que se esforzó en su momento, junto a la doctrina, para buscar criterios interpretativos restrictivos para la aplicación de los anteriores artículos 510 y 607.2 CP.

Por otro lado, en lo que se refiere al contenido que trazaba la Decisión Marco de 2008 para la tipificación de esta conducta, hay que advertir que se han producido varios excesos del legislador español, denunciados por PORTILLA CONTRERAS⁵⁸, en la línea apuntada al comienzo de este trabajo. En efecto se castiga en este artículo 510.1.c) CP (junto a la negación y la trivialización)⁵⁹ el enaltecimiento en lugar de la «apología»⁶⁰, se califica la conducta de trivialis-

⁵⁵ En concreto, con lo establecido en la Sentencia de 8 de julio de 1999 (asunto Ergogdu & Ince contra Turquía).

⁵⁶ ROIG TORRES, M., «Los delitos de racismo y...», *ob. cit.*, p. 1.258.

⁵⁷ Más desconfiado al respecto TERUEL LOZANO, que considera (comentando este elemento típico sobre la base del texto del Proyecto de reforma remitido a las Cortes Generales) que para poder castigar las conductas recogidas en el actual art. 510.1.c) CP, «se delega en el juez para que valore peligrosos contextos socio-políticos y motivaciones subjetivas» (TERUEL LOZANO, G. M., *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Particular estudio de los ordenamientos español e italiano*, Tesis Doctoral inédita, Universidad de Murcia/Università di Bologna, 2014, pp. 511-512).

⁵⁸ PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal...», *ob. cit.*, p. 743.

⁵⁹ Expresamente en contra el castigo penal de estas dos conductas, SANTANA VEGA, D. M., «Protección penal de la discriminación y libertad de expresión: la difícil convergencia europea», en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (DIRS.), *Protección penal...*, *ob. cit.*, p. 148.

⁶⁰ Término que sí incluía el Anteproyecto y que fue sustituido por el comentado al ser enviado el Proyecto de Ley Orgánica a las Cortes Generales, lo cual, como advierte de nuevo ROIG TORRES, M., «Los delitos de racismo y...», *ob. cit.*, p. 1.258, parece tener su origen también en cierta manera en una observación del Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto, en cuyas páginas 246

lización como «grave» en vez de como «flagrante»⁶¹ y, finalmente, no se incluye la sugerencia del artículo 1.4.º de la norma comunitaria (que sí contemplaba el Anteproyecto de Ley Orgánica), según la cual sólo se castigarían dichos tres comportamientos en caso de que los delitos concernidos hubieran sido «establecidos por resolución firme de un tribunal nacional» de un Estado miembro o «un tribunal internacional», o «mediante resolución firme exclusiva de un tribunal internacional».

2.3. *Los tipos atenuados del apartado segundo del artículo 510 CP*

En este apartado se castigan dos tipos de conductas con una pena más leve que en el anterior apartado (la pena de prisión se reduce a una franja punitiva de seis meses a dos años, quedando igual la extensión de la pena de multa)⁶², salvo en el caso de que concurra una

y 247 venía a decir que «cuando el sujeto activo enaltece o ensalza los crímenes a que se refiere el apartado b del artículo 510.2 y, de ese modo, promueve o favorece el resultado ya referido, obviamente la gravedad de esa conducta es cualitativamente superior que aquella otra en que simplemente se nieguen o se trivialicen tales crímenes, ya que, de hecho, es perfectamente parangonable al supuesto enunciado en el artículo 510.1.a). Siendo ello así, el trato penal más benigno que se propone carece de justificación, por lo cual, se sugiere sancionar el supuesto de apología con mayor gravedad».

⁶¹ Tal término es el empleado por la Decisión Marco en su traducción al castellano. En realidad, el término empleado por el texto de dicha norma en inglés es «grossly», que vendría a significar «extremadamente», es decir, «mucho», una cuantificación en definitiva y, por tanto, en la misma línea semántica, aplicado a nuestro ámbito, que el término «grave» utilizado por el legislador penal español. En cambio, el término «flagrante» es sinónimo de «evidente» o «manifiesto» y, por tanto, semánticamente distinto. Por tanto, se puede decir que el legislador español, en mi opinión, en esta divergencia terminológica del artículo 510 CP respecto al texto de la Decisión Marco en su versión en castellano, ha obrado correctamente.

⁶² Reducción de pena con la que no está de acuerdo ROIG TORRES en lo que se refiere a la conducta de la letra a de este artículo 510.2 CP, en tanto argumenta que «no vemos por qué ha de aplicarse una penalidad menor a la del apartado anterior», esto es, «por qué ha de aplicarse una pena inferior a quien lesiona la dignidad de otra u otras personas mediante actuaciones humillantes, por motivos raciales o discriminatorios, que a quien por iguales razones fomenta el odio contra esas mismas personas», de tal modo que «era preferible el criterio adoptado en el Anteproyecto, donde se asignaba idéntico castigo a quienes lesionan la dignidad mediante acciones que entrañan humillación, menosprecio o descrédito, que a quienes fomentan, promueven o incitan al odio, hostilidad, discriminación o violencia, contra un grupo o sus miembros, por móviles racistas o discriminatorios» (ROIG TORRES, M., «Los delitos de racismo y...», *ob. cit.*, pp. 1.261-1.262).

circunstancia (véase el epígrafe 2.3.3) que elevaría de nuevo la pena privativa de libertad a los parámetros de gravedad del artículo 510.1 CP (prisión de uno a cuatro años).

2.3.1. Lesión de la dignidad del sujeto pasivo común mediante humillación, menosprecio o descrédito de modo directo o a través de las conductas recogidas en el artículo 510.1.b) CP (letra a)

Nos encontramos aquí con una conducta típica que trae origen de alguna manera de la que recogía la anterior redacción del artículo 510.2 CP, conforme al cual se castigaba a «los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas» sobre el sujeto pasivo que nos viene ocupando, y que, en opinión de ALASTUEY DOBÓN⁶³, y estamos de acuerdo, es un delito que «presenta menos problemas de legitimidad» que los restantes recogidos en este artículo 510 CP.

Así, pues, abandonando una relación tan clara y directa con la estructura típica de los delitos contra el honor, ahora se castiga la lesión de la dignidad del sujeto(s) pasivo(s) común(es) (incluido el elemento subjetivo) mediante las acciones de «humillar», «menospreciar» o «desacreditar»⁶⁴, o bien la puesta en peligro («idóneos») de tal dignidad mediante la misma serie de conductas recogidas en la letra b) del artículo 510.1 CP, referidas a los mismos objetos materiales, en tanto entrañen una «grave» acción de, igualmente, «humillación», «menosprecio» o «desacreditación».

Con la tipificación de todas estas acciones el legislador español de nuevo amplía el ámbito de los comportamientos considerados delictivos más allá de lo sugerido por la Decisión Marco de 2008, aunque ALASTUEY DOBÓN señala que la razón de su tipificación tiene su origen en la voluntad del legislador de «acoger la idea reiterada por el TC 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»⁶⁵. No obstante, como advierte PORTILLA CONTRERAS,

⁶³ ALASTUEY DOBÓN, M.^ºC., «La reforma...», *ob. cit.*, p. 8.

⁶⁴ Con el castigo jurídico-penal de dichas acciones argumenta ROIG TORRES que se actúa de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, expresada particularmente en las SSTC núms. 214/1991, de 17 de diciembre, 176/1995, de 11 de diciembre y la ya citada 235/2007, de 7 de noviembre (ROIG TORRES, M., «Los delitos de racismo y...», *ob. cit.*, pp. 1.260-1.261).

⁶⁵ ALASTUEY DOBÓN, M.^ºC., «La reforma...», *ob. cit.*, p. 8.

hay bastantes probabilidades de que al realizar las conductas aquí tipificadas «generalmente se plantee un concurso de normas con otros preceptos que protegen la dignidad de la persona —artículos 208, 173 o 525—», en el que la norma especial sería el artículo 510 CP por su más específico y completo ámbito de protección⁶⁶.

Por otro lado, como se ha advertido, la pena prevista para este delito es la prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses, lo cual es digno destacar en tanto supone una dulcificación de la privación de libertad respecto a su predecesor (el antiguo art. 510.2 CP), que preveía una franja punitiva de uno a tres años e idéntica extensión a la actual para la pena pecuniaria. Ahora bien, como también se ha denunciado desde la doctrina, esa reducción de pena debería incrementarse para el elenco de conductas de puesta en peligro que recoge en su segunda parte este artículo 510.2.a CP, pues tal y como está redactado ahora el precepto, se están castigando con la misma pena conductas de lesión y conductas de puesta en peligro, lo cual evidentemente es totalmente contrario al principio de proporcionalidad⁶⁷.

2.3.2. Enaltecimiento o justificación pública de delitos contra el sujeto pasivo común, o de quienes hayan participado en su ejecución (letra b)

La segunda conducta que castiga el artículo 510.2 CP en su letra b) guarda similitudes con la recogida en el artículo 510.1.c) CP, en tanto vuelve a castigarse el enaltecimiento público de delitos y delincuentes contra el sujeto pasivo recurrentemente aludido en este precepto. Ahora bien, también hay diferencias. La primera es que la referencia al carácter público del enaltecimiento no se hace con el simple adverbio de modo, sino con la expresión más extensa «por cualquier medio de expresión pública o de difusión», lo cual no diferencia cualitativamente esta conducta de enaltecimiento de la tipificada en el artículo 510.1.c) CP. La segunda es que ahora tal exaltación no se refiere tan sólo a los tipos penales recogidos en los artículos 607 a 614 bis CP, sino a cualquier otro que sea cometido contra el sujeto pasivo y sus características⁶⁸. Y, finalmente, la terce-

⁶⁶ PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal...», *ob. cit.*, p. 746.

⁶⁷ PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal...», *ob. cit.*, p. 746, o también ROIG TORRES, M., «Los delitos de racismo y...», *ob. cit.*, p. 1.262.

⁶⁸ Delitos a los que PORTILLA CONTRERAS se refiere continuamente al estudiar este apartado como «delitos discriminatorios» (PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal...», *ob. cit.*, pp. 748-750).

ra sería que aquí no se contempla el elemento consistente en que la conducta «promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos», que sí está contemplado al final del artículo 510.2 CP para, en caso de concurrir en la conducta, resituar la pena al nivel de gravedad del artículo 510.1.c) CP⁶⁹.

No podemos dejar de lado que, junto al enaltecimiento, también se prevé el castigo de la «justificación» pública de los mismos hechos, dando continuidad de alguna manera (aunque no de la misma, como se ha visto al analizar el distinto contenido que tenía la anterior redacción del art. 607.2 CP), a la conducta punible que se consideró acorde con la Constitución por la STC núm. 235/2007, de 7 noviembre. Ahora bien, el legislador no ha realizado la tipificación de esta conducta de «justificar» correctamente esta vez pues, aparte de no respetar una vez más el contenido de la Decisión Marco de 2008, no ha contemplado en este tipo la exigencia por parte del Tribunal Constitucional de que tal justificación suponga una «incitación indirecta» a la discriminación contra los grupos implicados a lo largo de todo el precepto. Tal elemento sólo lo contempla como un tipo agravado en el último inciso del artículo 510.2 CP, como ahora mismo veremos. En otras palabras, equiparando las conductas de «enaltecer» y «justificar» los delitos concernidos y/o a los intervinientes en los mismos, sin elemento típico adicional alguno, basta la realización de las mismas para poder aplicar este artículo 510.2.b) CP, «sin necesidad de demostrar que tales conductas tienen la capacidad de generar *ex ante* un clima de hostilidad, odio, violencia o discriminación hacia determinados colectivos»⁷⁰, lo cual contradice lo establecido en su momento por el Tribunal Constitucional.

Hay un último elemento a resaltar, y es cómo hace esta vez el legislador la referencia a los delincuentes intervinientes en los delitos contra el sujeto pasivo que se busca proteger, que aquí son enaltecidos o justificados. Ahora se refiere a «quienes hayan participado en su ejecución», sin perjuicio de lo cual creo que esa expresión, como la de «sus autores» del artículo 510.1.c) CP, debe entenderse igualmente referida a todo interviniente en el delito, sea a título de autor o de partícipe (cómplice, cooperador necesario o inductor).

⁶⁹ Es esta razón, y no el tipo de delitos respecto a los que se produce el enaltecimiento (como parece entender VALLS PRIETO, J., «Delitos contra la Constitución», *ob. cit.*, p. 869), lo que justifica que en este artículo 510.2.b) CP en principio (sin la concurrencia del elemento agravatorio del último inciso de este apartado del precepto) la pena sea inferior a la del artículo 510.1.c) CP.

⁷⁰ PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal...», *ob. cit.*, p. 749.

2.3.3. Tipo agravado común para los supuestos del artículo 510.2 CP, con equiparación de la pena a la del artículo 510.1 CP

Como se ha anunciado, el último inciso del artículo 510.2 CP agrava la pena para los casos de las letras a) y b) cuando concurra el elemento que debería formar parte del propio tipo de la letra b) para poder afirmar su constitucionalidad. Así, pues, conforme a la actual regulación, si, en primer lugar, la lesión o puesta en peligro de la dignidad de los grupos protegidos, o si, en segundo lugar, el enaltecimiento o justificación públicos de los delitos cometidos (y de quienes los hayan cometido) contra el sujeto pasivo, sirven para «promover» o «favorecer» un «clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos», entonces la pena privativa de libertad aplicable se incrementa tanto en su límite mínimo (de seis meses a un año) como en su límite máximo (de dos a cuatro años). Pero, de nuevo, siguiendo otra vez a ROIG TORRES, hay que interpretar, para aplicar esta agravación, que en todos los casos se ha de crear «un riesgo real de desencadenar actos violentos o discriminatorios»⁷¹.

2.4. *El tipo agravado común para los apartados 1 y 2 previsto en el artículo 510.3 CP por razón del mayor desvalor de acción*

En el tercer apartado del artículo 510 CP, ya sin kilométricas referencias al sujeto pasivo del precepto, se recoge uno de los primeros tipos agravados comunes a las diversas conductas tipificadas en los dos apartados anteriores. Este primero supone una agravación de las franjas punitivas contempladas en dichos apartados consistente en la aplicación de su mitad superior cuando se pueda predicar, de la conducta de que se trate, un mayor desvalor de acción por haberse realizado «a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información» en tanto dichos medios logren que los hechos punibles resulten ser «accesibles a un elevado número de personas», además de que es más difícil «la persecución del delito y la identificación del responsable»⁷².

Aprovechamos para advertir ahora que la tipificación de este supuesto agravado nos va a servir como punto de partida de las con-

⁷¹ ROIG TORRES, M., «Los delitos de racismo y...», *ob. cit.*, p. 1.263.

⁷² ROIG TORRES, M., «Los delitos de racismo y...», *ob. cit.*, pp. 1.263-1.264.

sideraciones finales del presente trabajo, en tanto en cuanto hace referencia a un fenómeno criminológico que precisa de un estudio más pormenorizado ante el nuevo escenario que ofrece esta nueva regulación jurídico-penal para las conductas que estamos estudiando.

2.5. *El tipo agravado común previsto en el artículo 510.4 CP por razón del desvalor de resultado*

El segundo de los tipos agravados comunes a los dos primeros apartados, supone también una agravación de la pena que corresponda en su mitad superior (que, incluso puede llegar a la superior en grado), en función de un mayor desvalor de resultado de la conducta materializado en un elemento sugerido por la Decisión Marco de 2008 que otros legisladores europeos, como el alemán, incluyeron hace tiempo en su tipo básico correspondiente para la represión de esta clase de conductas (en este caso, el § 130 Volksverhetzung del StGB)⁷³.

En concreto, el elemento agravante de la pena aparece referido a «cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos», por un lado, «para alterar la paz pública» (concepto distinto y preferible desde el punto de vista de la seguridad jurídica al de «orden público» sugerido por la Decisión Marco de 2008) o, por otro lado, «crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo». En primer lugar, hablar de «paz pública» supone hacerlo de «tranquilidad y quietud» o de «sosiego y buena correspondencia de unos con otros y se opone a la guerra, a las riñas y disensiones, pero no al desorden», lo cual dota al término de «una mayor certeza» para poder determinar el núcleo que fundamenta la agravación⁷⁴. En segundo lugar, no obstante, hablar de un «sentimiento de inseguridad o temor», como se contempla en la segunda parte de la agravación, supone emplear «conceptos mucho más difusos que el anterior» que «además suscitan problemas de deslinde con las figuras básicas» en opinión de ROIG TORRES⁷⁵.

Para finalizar, si bien hemos comenzado diciendo que este tipo agravado es aplicable a los dos primeros apartados del artículo 510 CP,

⁷³ Introducido en el texto del Strafgesetzbuch en 1960, tras una «ola de antisemitismo (sinagoga de Colonia ultrajada, pintadas de es[v]ásticas...) que, iniciada de forma virulenta en las navidades de 1959 en Alemania, se extendió como reguero de pólvora por buena parte de los países europeos occidentales» (LANDA GOROSTIZA, J. M., «Racismo, xenofobia y Estado democrático», en *Eguzkilore*, núm. 18, 2004, p. 67).

⁷⁴ ROIG TORRES, M., «Los delitos de racismo y...», *ob. cit.*, p. 1.264.

⁷⁵ ROIG TORRES, M., «Los delitos de racismo y...», *ob. cit.*, pp. 1.264-1.265.

lo cierto es que también lo sería para el caso de que se aplique el tipo agravado del artículo 510.3 CP, pues su redacción lo permite, al referirse textualmente a «los hechos, a la vista de sus circunstancias», lo cual entiendo que engloba todos los hechos anteriormente tipificados dentro del precepto. Ello significaría en la práctica que, para el caso de que concurren en los hechos tanto la agravación del artículo 510.3 CP como la de este artículo 510.4 CP, la pena que corresponda (la del primero o la del segundo apartado del artículo) será incrementada, primero en su mitad superior (art. 510.3 CP) y, luego, sobre ese incremento, podrá aplicarse el cuarto superior de la franja punitiva resultante o, incluso, incrementar la pena agravada por el artículo 510.3 CP en un grado adicional (art. 510.4 CP).

2.6. Previsiones adicionales y comunes

La tipificación de las conductas analizadas finaliza con una serie de previsiones sancionadoras adicionales: las dos primeras recogidas en los últimos dos apartados del propio artículo 510 CP (apartados 5 y 6) y la tercera y última recogida en un precepto aparte, el artículo 510 bis CP, como ocurre con toda previsión de responsabilidad penal de personas jurídicas recogida a lo largo del Código Penal, confirme al sistema instaurado en esta materia a través de la reforma penal operada con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

2.6.1. Pena de inhabilitación especial para profesión u oficio (art. 510.5 CP)

En efecto, en primer lugar, el apartado 5 del artículo 510 CP prevé que «en todos los casos», además de las penas de prisión y multa correspondientes, se impondrá la pena accesoria de «inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre», pena que tiene su origen, como destaca ROIG TORRES⁷⁶, en una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Mixto para «atender el interés superior de los menores»⁷⁷, y que

⁷⁶ ROIG TORRES, M., «Los delitos de racismo y...», *ob. cit.*, p. 1.265.

⁷⁷ Enmienda núm. 98 al Proyecto de Ley Orgánica presentada por el Gobierno ante el Congreso de los Diputados, firmada por Carlos Casimiro Salvador Armendáriz (Unión del Pueblo Navarro), con la siguiente justificación: «La naturaleza y gravedad de los delitos comprendidos en este título hacen aconsejable regular una protección cualificada de los menores frente a la posibilidad de que sus autores puedan entrar en disposición de ejercer algún tipo de influencia en la formación o desarrollo

considera PORTILLA CONTRERAS que es «inocuidadora», que «aniquila la libertad de expresión» y que «vulnera, entre otros derechos, la libertad de cátedra»⁷⁸. El fundamento de la misma, en todo caso, es, como explica la citada autora, el de tratar de «evitar que los condenados puedan utilizar su relación con los menores en los contextos previstos, para inculcarles ideas racistas p discriminatorias»⁷⁹.

Para la duración de la misma establece una franja de «tres y diez años» por encima de «la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia», estableciendo como criterios para su concreta determinación judicial la «proporcionalidad» respecto «a la gravedad del delito», así como «el número de los cometidos» (entendemos lógicamente que «delitos») y «las circunstancias que concurren en el delincuente».

2.6.2. Eliminación del material utilizado o de sus soportes (art. 510.6 CP)

En segundo lugar, el artículo 510.6 CP contempla una sanción accesoria a imponer obligatoriamente por el órgano jurisdiccional (no contempla el precepto que sea una decisión facultativa o discrecional del Juez o Tribunal), consistente en «la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido».

En particular, para el caso de que las conductas punibles se hayan llevado a cabo «a través de tecnologías de la información y la comunicación», prevé en su último inciso del primer párrafo que «se acordará la retirada de los contenidos». Adicionalmente, el segundo párrafo de este apartado sexto del artículo 510 CP, prevé que «en los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente» dichos contenidos, el órgano jurisdiccional ordenará

educativo de los mismos que, muy especialmente en el caso de los niños, por su falta de madurez física y mental, como recoge la Convención de los Derechos del niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, el 20 de noviembre de 1989. Desde los distintos poderes públicos se debe atender el interés superior de los menores, frente a otros intereses concurrentes, y para ello se debe garantizar a nivel legislativo la protección efectiva de la formación de la infancia y la juventud, impidiendo que, su normal desarrollo, pueda verse perjudicado, impedido o desviado, en ningún caso».

⁷⁸ PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal...», *ob. cit.*, p. 751.

⁷⁹ ROIG TORRES, M., «Los delitos de racismo y...», *ob. cit.*, p. 1.265.

(de nuevo no se le da la opción de hacerlo o no) «el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo».

La valoración de PORTILLA CONTRERAS sobre este apartado, acerca de cuya tipificación se ha congratulado públicamente (y confesado como demandante del mismo a las autoridades políticas para aplicarlo a los casos de adoctrinamiento yihadista) el Magistrado de la Audiencia Nacional Javier GÓMEZ BERMÚDEZ⁸⁰, es realmente dura pero no seré yo quien la valore como desacertada en cuando al fondo, pues afirma que el mismo «representa el retorno a las hogueras, a la caza de brujas, a Fahrenheit 451, e irradia el hedor de los Estados autoritarios», en tanto «supone el mayor ataque a la libertad de expresión desde el franquismo»⁸¹.

2.6.3. Responsabilidad penal de personas jurídicas y aplicación específica del tipo agravado por razón del desvalor de acción del apartado tercero del artículo 510 (art. 510 bis CP)

En último lugar, como se ha avanzado, la última de las tres previsiones adicionales es la referida al establecimiento de la posibilidad de derivar responsabilidad penal de la persona jurídica en el caso de la comisión de alguna de las conductas tipificadas en el artículo 510 CP. No obstante, hay que hacer notar un error de redacción, en tanto tal previsión se refiere a «los dos artículos anteriores», lo cual implicaría correctamente al artículo 510, pero también, sin sentido alguno, al artículo 509 CP, que está incluido en el Capítulo anterior y tiene como sujetos activos a un «Juez, Magistrado, autoridad o funcionario público» (delito especial de usurpación de funciones). En buena lógica el legislador se habrá querido referir a los dos primeros apartados del artículo 510 CP⁸², pero ni así la eventual referencia a «los dos apartados anteriores» hubiera sido correcta, pues los dos apartados inmediatamente anteriores a este precepto son, como acabamos de ver, el quinto y sexto del artículo 510 CP. Bastaría con una modificación del precepto (la cual no se produjo en la corrección de errores publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 11 de junio de 2015) que simplemente se remitiera a «los delitos

⁸⁰ GÓMEZ BERMÚDEZ, J., «Terrorismo yihadista: lobo solitario, lagunas legales», Conferencia inaugural pronunciada en el *I Congreso del Centenario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia*, 4 de mayo de 2015.

⁸¹ PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal...», *ob. cit.*, p. 751.

⁸² De la misma opinión, ROIG TORRES, M., «Los delitos de racismo y...», *ob. cit.*, p. 1.267.

comprendidos en el artículo anterior» o a «los dos primeros apartados del artículo anterior».

En todo caso, la penas previstas para las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables por la comisión de una de las conductas del artículo 510 CP son, por un lado, la de multa de dos a cinco años y, por otro, las recogidas en las letras b) a g) del artículo 33.7 CP (cumpliendo con las reglas de aplicación del art. 66 bis CP).

Por último, se establece que en el caso de la responsabilidad penal de personas jurídicas por conductas tipificadas en el artículo 510 CP, «será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal» o, en otras palabras, que las penas que se acaban de señalar pueden ser impuestas en su mitad superior si los hechos se han realizado por la persona jurídica «a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información» si ello ha supuesto la accesibilidad de los mismos «a un elevado número de personas».

3. Revisión de algunos casos que fueron declarados judicialmente impunes conforme a la regulación penal anterior a la reforma de 2015

Pues bien, realizado el análisis exegético, con sus principales aspectos novedosos, del artículo 510 CP, toca ahora, como anunciábamos más arriba, emprender una somera revisión de si, a la luz este precepto, serían ahora punibles algunos de los principales casos, relacionados con la incitación al odio, en los que se produjeron sentencias absolutorias firmes conforme a los anteriores artículos 510 y 607.2 CP.

Como señalaba LANDA GOROSTIZA, los órganos jurisdiccionales penales españoles no terminaban de «encontrar la llave» para que el anterior artículo 510 CP pudiera «desplegar su ámbito de prohibición», a lo que había sumar una «exigua realidad aplicativa»⁸³ constituida mayoritariamente por «supuestos provocadores de racismo y xenofobia de corte antisemita, filonazi y de rechazo a los inmigrantes» a los que se unían de modo «excepcional» los relativos a otros grupos⁸⁴. De hecho, el legislador penal ha intervenido respecto a este

⁸³ LANDA GOROSTIZA, J. M., «Incitación al odio... », ob. cit., p. 299.

⁸⁴ LANDA GOROSTIZA, J. M., «Incitación al odio... », ob. cit., p. 310.

precepto cuando la toma de posición interpretativa del Tribunal Supremo estaba en un estado que, siguiendo a este mismo autor, podía ser calificada como «incipiente»⁸⁵ al haberse podido pronunciar tan sólo una vez al respecto en el denominado caso «Librería Kalki», al que seguidamente haremos referencia. Además, el artículo 607.2 CP había sufrido la ya mencionada declaración de inconstitucionalidad de la conducta de negación del genocidio, aunque la de justificación sí tuvo cierta repercusión en las resoluciones jurisprudenciales previas a esta reforma.

En cualquier caso, precisamente este nuevo panorama legislativo abre indudablemente nuevos horizontes aplicativos del nuevo artículo 510 CP que hacen que, en este epígrafe, nos planteemos en retrospectiva si conductas iguales o similares a las que en su momento dieron lugar a sentencias **absolutorias** firmes (sobre la base de una selección personal de los casos a analizar y sin considerar, por limitaciones de espacio, aquellas que dieron lugar efectivamente a pronunciamientos condenatorios firmes), podrían ser declaradas ahora como constitutivas de delito conforme al ya analizado nuevo artículo 510 CP. Además, adelantando acontecimientos, en el último epígrafe, como complemento a esta visión retrospectiva, haremos una reflexión en prospectiva sobre la importancia que puede tener en los próximos años una fenomenología criminológica en relación con la futura dinámica aplicativa del precepto del Texto Punitivo que nos ocupa.

3.1. *Las Librerías «Europa» y «Kalki»*

Así, pues, adentrándonos ya en el estudio de los casos ocurridos bajo la vigencia de la regulación anterior, en primer lugar tenemos que centrarnos en dos muy similares, a los que ya se ha hecho mención en líneas anteriores, que tienen que ver fundamentalmente (aunque no exclusivamente) con la venta y distribución en librerías de material susceptible de lesionar los bienes jurídicos penalmente protegidos de los grupos o individuos «diana» a los que alude constantemente el artículo 510 CP. En concreto, nos referimos a los casos de la «Librería Europa» (también denominado caso «Varela») y de la «Librería Kalki», ambas situadas en Barcelona.

En cuanto al primer caso, el de la «**Librería Europa**», en realidad nos encontramos ante dos subcasos, como señala LANDA GOROS-

⁸⁵ LANDA GOROSTIZA, J. M., «Incitación al odio...», ob. cit., p. 299.

TIZA⁸⁶, que dieron lugar a dos procedimientos judiciales distintos: el primero de ellos fue resuelto por la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998 y, en apelación, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 3.^a) de 5 de marzo de 2008 (Ponente: José Grau Gasso); y el segundo por la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 11 de Barcelona de 5 de marzo de 2010 y, en apelación, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 2.^a) de 26 de abril de 2010 (Ponente: María José Magaldi Paternostro).

Los Hechos Probados de ambos procedimientos comparten la misma esencia pero, lógicamente, se refieren a conductas parcialmente distintas que merecen ser señaladas separadamente.

Así, por un lado, en el **primer procedimiento** se consideran como Hechos Probados los siguientes por parte de la mencionada Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998: «1. *El acusado Pedro Varela Geiss, mayor de edad y sin antecedentes penales, actuando en su condición de titular y director de la librería Europa, sita en la calle Séneca n.º 12 de ésta ciudad de Barcelona, ha venido procediendo de forma habitual y continuada, con posterioridad al mes de junio de 1.996, y a sabiendas de la entrada en vigor en España de la actual legislación penal en ésta materia, a la distribución, difusión y venta de todo tipo de materiales en soporte documental y videográfico, libros, publicaciones, cartas, carteles, etc..., en los que de forma reiterada e inequívocamente vejatoria para el grupo social integrado por la comunidad judía, se negaba la persecución y genocidio sufridos por dicho pueblo durante el período histórico de la segunda guerra mundial, masacre colectiva programada y ejecutada por los responsables de la Alemania nazi que gobernaron en la época de III Reich. La inmensa mayoría de dichas publicaciones, contenían textos en los que se incita a la discriminación y al odio hacia la raza judía, considerándoles inferiores a los que se debe exterminar como "a las ratas".* 2. *Conocida dicha actividad por la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, se solicitó y obtuvo autorización judicial de entrada y registro en la sede la citada librería, practicada el día 11 de diciembre de 1996 con todas las garantías legales, por una comisión judicial dotada del pertinente Secretario encargado de la fe pública, con la asistencia de los Mossos d'Esquadra en funciones de policía judicial. Como consecuencia de dicha diligencia, fueron ocupados 20.972 libros, 324 vídeos, 35 cintas de audio, 124 fotolitos, 35 catálogos y numerosa correspondencia, relacionados con las publicaciones*

⁸⁶ LANDA GOROSTIZA, J. M., «Incitación al odio...», ob. cit., nota 10, pp. 301-302.

anteriores, así como multitud de revistas, postales, posters, en los que aparecen reproducidos los símbolos del nacionalsocialismo, en actitud inequívocamente exaltatoria y se hacen continuas alusiones ofensivas y de denigración a la raza judía. 3. En la citada librería se vendían también publicaciones relativas a Arte, Historia y Mitología religiosa, pero su número era manifiestamente testimonial en comparación con las obras dedicadas al revisionismo del Holocausto judío. El público habitual del establecimiento eran jóvenes caracterizados por su afinidad con las ideologías defensoras de la violencia, como método de resolución de conflictos. Dichas publicaciones y material, estaban a la venta al público, y se exportaban por correo a multitud de clientes en Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Chile, Argentina y Sudáfrica, entre otros países. La librería Europa figuraba en toda la correspondencia remitida y recibida, como editora y distribuidora del material comercializado. 4. A título de simple ilustración de sus contenidos y en aras de la necesaria concreción fáctica, de entre los libros ocupados merecen destacarse las siguientes reseñas extractadas», y a continuación se recogen en el relato de Hechos Probados muy diversos extractos de los contenidos de varios de los libros incautados negando el genocidio o justificando el mismo, o bien con afirmaciones incitando al exterminio.

La imputación de responsabilidad jurídico-penal por estos hechos a Pedro Varela Geiss en la Sentencia citada consistió en su condena como autor «de un delito continuado de genocidio previsto y penado en el artículo 607.2 del Código Penal» (por el que se le imponía una «pena de dos años de prisión») y como autor «de un delito continuado cometido con ocasión del ejercicio de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas garantizados por la Constitución, consistente en provocación a la discriminación, al odio y a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas y antisemitas, previsto y penado en el artículo 510.1 del Código Penal» (imponiéndole por el mismo una «pena de tres años de prisión y doce meses de multa a razón de una cuota diaria de dos mil pesetas»).

No obstante, en apelación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 3.^a) de 5 de marzo de 2008 estimó parcialmente el recurso interpuesto por el condenado, manteniendo la condena «como autor de un delito de genocidio del artículo 607.2 del Código Penal», eliminándole el carácter de continuado⁸⁷, pero aplicándole

⁸⁷ Al considerar que «en el delito de difusión de doctrinas justificadoras del genocidio no existe un momento consumativo como en el llamado delito instantáneo, sino un período durante el cual, al persistir los elementos objetivos y la intencionalidad del sujeto, el delito se sigue consumando en todo momento, y, por tanto, no le son de aplicación las reglas de continuidad delictiva del artículo 74».

ahora «la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas» (recordemos que durante el procedimiento se tramitó la cuestión de inconstitucionalidad que dio lugar a la, ya citada durante este trabajo, STC núm. 235/2007, de 7 noviembre)⁸⁸, rebajando la pena de prisión por este delito desde los dos años de prisión de la sentencia recurrida hasta los siete meses, pero absolviendo a Pedro Varela Geiss por el «delito de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia, previsto en el artículo 510 del Código Penal». Para el mantenimiento de la condena por el anterior artículo 607.2 CP el Tribunal se basó en que «parece claro que, de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, una vez que han sido eliminadas todas las referencias a las llamadas doctrinas negacionistas, es patente que siguen existiendo razones para aplicar el tipo penal previsto en el artículo 607.2 del Código Penal, toda vez que el contenido general de las publicaciones y materiales distribuidos por el acusado se aprecia, sin ningún género de dudas, una voluntad inequívoca de denigrar a la comunidad judía tildándola de genéticamente mentirosa, incitando, aunque sea de forma indirecta, a la discriminación, al odio y a la violencia contra dicha comunidad, que como ha dicho el Tribunal Constitucional, es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP)». Por otro lado, para la revocación de la condena por el anterior artículo 510 CP partió de la consideración de que la incitación a la discriminación, al odio y a la violencia conforme a dicho precepto debía ser «necesariamente directa», así que «desde esta perspectiva nosotros consideramos que en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia tan sólo se refleja una labor de difusión de las doctrinas mencionadas, pero no se menciona ningún dato que permita atribuir al acusado una conducta de incitación directa a la realización de las conductas antes mencionadas, por lo que no concurren los requisitos necesarios» para la aplicación del precepto en cuestión.

⁸⁸ En concreto, el Magistrado ponente argumenta del siguiente modo al respecto: «es patente el perjuicio ocasionado al acusado como consecuencia de la existencia del presente procedimiento, toda vez que durante una parte importante del tiempo transcurrido (desde la fecha de la sentencia de instancia de fecha 16/11/1998, hasta el auto de ésta Sección de la Audiencia Provincial de fecha 28/07/2003) el acusado estuvo privado de su pasaporte y, por tanto, se le ha impedido salir del territorio español, lo que no deja de ser una limitación importante de un derecho fundamental como lo es la libertad deambulatoria. Dado el tiempo transcurrido entre la fecha en que se dictó la sentencia de instancia y la fecha de la presente resolución (más de nueve años), estimamos que debe apreciarse dicha atenuante con el carácter de muy cualificada, siendo procedente imponer la pena inferior en un grado a la prevista para el delito tipificado en el artículo 607.2 del Código Penal, estimando adecuada a la gravedad de los hechos y de las circunstancias concurrentes la pena de siete meses de prisión».

En segundo lugar, los Hechos Probados concernientes al **segundo procedimiento** fueron los siguientes: «*Primero. Queda probado, y así se declara, que Pedro Varela Geiss, mayor de edad y condenado por sentencia del Juzgado n.º 3 de Barcelona de fecha 16 de noviembre de 1998, firme el 15 de mayo de 2008, a la pena de siete meses de prisión como autor de un delito de apología del genocidio, antecedente no computable por estar cancelado o ser susceptible de cancelación, actualmente y al tiempo de los hechos propietario de la librería Europa, sita en la calle Séneca n.º 12 de Barcelona y director gerente de la Asociación Cultural Editorial Ojeda, inscrita el 26 de febrero de 1998, en el Registre d'Associacions i Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya, a través de la mencionada librería Europea, a principio del año 2006 y hasta abril de ese mismo año, se ha dedicado a vender y difundir de forma habitual y continuada, en la sede física de la librería, a través de catálogos enviados por correo postal y a través de las páginas web tanto de la librería como de la editorial Ojeda (<http://personal.redstb/liv.europa/> y www.edicionesojeda.com), y sus correspondientes correos electrónicos lib.europa@mx3.redstb.es y ojeda@hotmail.com, libros y publicaciones que enaltecen y justifican el genocidio cometido por el III Reich de Hitler contra el pueblo judío y otras minorías y libros y publicaciones que menosprecian a otras razas o etnias, mujeres, homosexuales y personas con alguna discapacidad. En la sede de la librería Europa, en una especie de sala preparada para ello, con capacidad para unas sesenta personas sentadas, y con una decoración a base de fotografías de Hitler, León Degrelle, un cartel de "Ediciones Ojeda, la otra cara de la Historia" y otras fotografías de estética nacionalsocialista, se programaron para los años 2005, 2006 estableciéndose un avance para el 2007, ciclos de conferencias impartidas por distintos ponentes, publicadas en trípticos y otros formatos, algunas con similares finalidades como las descritas en el párrafo anterior» recogiendo a título ilustrativo «algunas de las contenidas en esas publicaciones» a lo largo de un par de páginas. Y prosigue: «Segundo. El 10 de abril de 2006 se procedió por parte de la comisión judicial dirigida por el Secretario Judicial con la asistencia de los Mossos d'Esquadra a la entrada y registro de la librería Europa, autorizado por auto de 9 de abril de 2006 por el Juzgado de instrucción n.º 33 de Barcelona, en las diligencias previas 1.627/06. En esta diligencia de entrada y registro fueron incautados de las distintas estancias con las que cuenta la librería Europa 4.793 libros, algunos de los cuales tienen contenido denigrante para el pueblo judío y otras minorías étnicas, mujeres, homosexuales y personas con algún tipo de discapacidad, folletos con publicidad de estos libros editados por el propio acusado a través de la Editorial Ojeda, catálogos de publicaciones de la editorial de los años 2004 y 2005, programas de los ciclos de conferencias de la librería Europa, cartel y entrada para las*

conferencias en la sede de la librería, los ponentes de 2003 y 2004, 483 sobres, 257 vacíos y con el destinatario escrito, 29 vacíos con matasellos y retornados y 191 preparados para ser enviados y que contenían el programa de conferencias para el 2006, 63 programas de conferencias para el año 2006, 425 ejemplares de una hoja con el nombre "al servicio de la verdad", una caja con cartas preparadas para enviar con el título "los libros secuestrados por las democracias". En la sala de conferencias se intervinieron seis banderas, una caja con portadas del libro "Absolución para Hitler", un ejemplar de *Mi lucha en alemán*, una esvástica de hierro, un busto de Hitler de yeso, fotolitos de impresión offset para edición de posters, diversas fotografías, posters de David Irving, cajas con diapositivas y distintas cajas y archivadores con diversa documentación. En la trastienda también se intervino distinta documentación, archivadores y vídeos y discos compactos. Y en el despacho, además de documentación varia, tres torres de ordenador. Y en la tienda cuatro gorras militares y un casco. Además de ocupar en todas estas estancias libros con el contenido mencionado. Tercero. El contenido de los libros ocupados refleja un menosprecio al pueblo judío y a otras minorías, llegando incluso a recomendar la segregación racial» y continuación, a lo largo de más de una decena de páginas, se reproducen diversos contenidos destacados de dichos libros.

En este caso, la imputación de responsabilidad jurídico-penal a Pedro Varela Geiss, por los hechos de este segundo procedimiento que se acaban de reproducir, lleva a la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 11 de Barcelona de 5 de marzo de 2010 a condenarle como «autor de un delito de difusión de ideas genocidas y de un delito cometido con ocasión del ejercicio de los Derechos fundamentales de las Libertades públicas garantizados por la Constitución, en régimen de concurso real», imponiéndole por el primer delito la pena de «un año y tres meses de prisión» y por el segundo la de «un año y seis meses de prisión» y «multa de ocho meses, con una cuota diaria de doce euros». Además, el pronunciamiento condenatorio acuerda «el comiso de todos los libros relatados en los hechos probados, así como el busto de Hitler, la esvástica de hierro, cascos militares, así como las fotografías, carteles de temática nacionalsocialista intervenidos, como consecuencia de la relación con los delitos por los cuales se ha condenado al acusado, procediéndose a su destrucción una vez firme la sentencia. Se devolverá toda la documentación personal del acusado, así como el material de oficina, banderas, equipos informáticos y demás libros que no tienen relación con los hechos» y se añade que «no procede acordar las comparencias apud acta» del condenado, ni «la retirada del pasaporte y la prohibición de salida del territorio nacional».

No obstante, de nuevo, la Audiencia Provincial volvió a enmendar la plana al Juzgado de lo Penal como en el primer procedimiento y, al resolver el asunto en apelación mediante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 2.^a) de 26 de abril de 2010, estimó parcialmente el recurso interpuesto por Pedro Varela Geiss y se limitó a «absolver libremente» a éste «del delito de provocación al odio y a la discriminación del que venía acusado» y «confirmando el resto de los pronunciamientos de la citada sentencia», no estimando tampoco en este caso, por cierto, la aplicación del artículo 74 CP por continuidad delictiva (en este caso solicitada por el Ministerio Fiscal tanto en primera instancia como en apelación). Así, pues, la Sentencia confirma la condena por el anterior artículo 607.2 CP argumentando que Pedro Varela no llevaba a cabo conductas aisladas sino una auténtica difusión de las ideas y doctrinas justificadoras del genocidio, «la cual posee en sí misma el potencial lesivo para el bien jurídico en cuanto posibilita objetivamente, presentándolas como legítimas y/o necesarias, la reafirmación y el renacimiento de unas ideas y doctrinas que han originado las más grandes vergüenzas que la historia de la humanidad debe cargar sobre sus espaldas, y lo hace en un país en el que por su historia reciente las ideologías fascistas y la extrema derecha no democrática continúan representando potencialmente un peligro cierto y en una situación social (incremento de la inmigración de etnias bien definidas) que ha dado ya lugar a episodios xenófobos, en la que resucitarlas constituye una incitación indirecta a la violencia (peligro potencial)». Por otro lado, fundamenta la absolución⁸⁹ por el delito contenido en el anterior artículo 510 CP en que «la incitación debe ser directa, es decir, clara y explícita, sea a la comisión de un delito concreto, sea a actitudes de auténtica y real hostilidad y desde luego ello no puede predicarse de los hechos

⁸⁹ Pronunciamiento en el que se da la curiosidad de que al no existir en la sentencia de primera instancia «razones jurídicas de cuáles y porqué se subsumen» los hechos en el tipo del anterior art. 510 CP, la Audiencia Provincial se ve obligada «por un lado, a entender que la subsunción en el precepto lo es de todos los hechos probados y, por otro lado, a tener que efectuar «ex novo» una labor interpretativa acerca del contenido y alcance del tipo del artículo 510 CP para comprobar la corrección jurídica de la decisión de la Juez a quo». Y, por ello, acaba concluyendo, tras descartar la aplicación del anterior artículo 510 CP a los hechos, que «en todo caso y aun si se entendiera que su conducta cumple los dos tipos penales de los que venía acusado y por los que se pronuncio condena en la primera instancia (al igual que ha sucedido en otras sentencias dictadas por la jurisprudencia menor) no podemos dejar de señalar que no resulta justificada jurídicamente esta doble condena que se pronuncia por los mismos hechos -y no por hechos diferenciados- de los que se dice se hallan en concurso real», concurso que, en todo caso, según entiende la Audiencia Provincial conforme a dos posibles interpretaciones del pronunciamiento «a quo», sólo podría ser o de leyes o normas, o de delitos pero ideal.

llevados a cabo por el acusado (difundir aquellas ideas y doctrinas justificadoras) que, desde cualquier perspectiva jurídica, suponen exclusivamente una incitación indirecta (porque justifican las razones que hacen aparecer el genocidio y la discriminación como un mal menor) y no un llamamiento o incitación directa a cometer genocidio o a discriminar a ningún grupo o raza, por mucho que se les llame parásitos, ratas o inferiores», lo cual le lleva a poner de manifiesto la existencia de una «insostenible contradicción, fáctica y jurídica» en la Sentencia «a quo», en tanto que aquella interpreta que «unos mismos hechos suponen, a la vez, una incitación indirecta a la discriminación (artículo 607.2.º) y una incitación directa a los mismos fines y por las mismas razones (artículo 510)».

En lo que se refiere al segundo caso, el de la «**Librería Kalki**», las resoluciones jurisprudenciales en las que se abordó el mismo fueron, en primera instancia, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 10.ª) de 7 de octubre de 2009 y, en casación (éste fue el único supuesto, al que aludíamos más arriba, en que el Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el anterior régimen punitivo sobre la materia que nos ocupa), la STS núm. 259/2011, de 12 de abril (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca).

Los Hechos Probados ante los órganos jurisdiccionales ante los que se sometió el caso fueron los siguientes: «*El acusado Óscar Panadero García, mayor de edad y sin antecedentes penales, en su condición de propietario y administrador del establecimiento “Librería Kalki”, sita en la calle Argenter núm. 11 de Barcelona, local que tenía arrendado, entre los meses de enero y julio de 2.003 procedió a la distribución y venta de todo tipo de publicaciones en las que se disculpan los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial por el régimen del Tercer Reich de la Alemania nazi contra el pueblo judío nazi y otras minorías, con exaltación y justificación del régimen nazi, así como otras publicaciones que incitan a la eliminación del pueblo judío y que tienen por finalidad generar discriminación, odio e incitar a la violencia tanto contra el pueblo judío, y se propugna la reinstauración de regímenes totalitarios basados en la supremacía de una raza disculpando el exterminio o la exclusión de las demás, propugnando asimismo la discriminación e incitando al odio contra otros grupos de personas como los negros, los homosexuales, los enfermos y dementes. La distribución y venta de estas publicaciones las efectuaba el citado acusado en el mismo local librería o valiéndose del apartado de correos núm. 549 08080 de Barcelona y de la página web www.libreria-kalki.com, identificada con el número de IP 209-133-246.117, del que era titular el citado acusado. El acusado Óscar Panadero García*

llevaba a cabo su actividad de librero efectuando la distribución y venta de las publicaciones cuyo contenido parcialmente se reproducirá a continuación, con plena conciencia de ello y voluntad de generar un estado de opinión favorable al nazismo, por ser seguidor del régimen nacional socialista, ostentando el cargo de delegado en Cataluña de la asociación «Círculo de Estudios Indoeuropeos», en adelante C. E. I., asociación autodefinida como nacionalsocialista. En fechas 8 de julio de 2.003 y 25 de mayo de 2.004 se practicaron sendas diligencias de entrada y registro, con las pertinentes autorizaciones judiciales, en el local de la mencionada librería y en las viviendas y locales propiedad de dos de los otros encausados junto a Óscar Panadero: Ramón Bau y Juan Antonio Llopart.

Ramón Bau era «miembro fundador y, a partir de noviembre de 2.002, presidente-director del C. E. I., titular de Ediciones Wotan, editaba y distribuía el fanzine “BAJO LA TIRANIA. Una voz Nacional Socialista bajo la dictadura democrática”, en el que se venían publicando artículos de diversos autores que banalizaban el genocidio del pueblo judío ejecutado por el régimen nazi del Tercer Reich durante la Segunda Guerra Mundial, e incitaban a la consideración de razas inferiores a aquellas otras que no fueran blancos europeos, con la exaltación y justificación de regímenes fascistas totalitarios, propugnando su reinstauración». También editaba otras publicaciones de ese contenido e, incluso, era autor de libros de los que, junto a otras muchas publicaciones intervenidas, se extrajeron pasajes en una exhaustiva recopilación, a lo largo de más de un centenar de páginas, en el relato de Hechos Probados. Tanto los dos individuos ya citados, como Carlos García Soler (autor de algunos artículos de esta temática), eran miembros de la asociación de Círculo de Estudios Indoeuropeos (CEI), «autodefinida como nacionalsocialista» y empleaba simbología de esa estética, de la que Ramón Bau era fundador y presidente-director, Óscar Panadero delegado en Cataluña y Carlos García Soler miembro y desempeñaba las funciones de secretario del anterior. La asociación fue disuelta durante la tramitación de la causa.

Por su parte, finalmente, Juan Antonio Llopart Senent era «administrador único de la editorial Ediciones Nueva República, S. L., con domicilio social en el Passatge Poeta Mateu Janés i Durán núm. 3 de Molins de Rei (Barcelona), y a través de dicha editorial publicaba y/o distribuía, también a la Librería Kalki propiedad del acusado Oscar Panadero García, diversas publicaciones en las que no se condenan los crímenes cometidos contra el pueblo judío y otros pueblos, étnias o grupos sociales, justificándolos e incitando a la marginación y exclusión social, publicaciones en las que se incitaba a la discriminación, exclusión y eliminación de distintos grupos raciales y a la exaltación y

justificación de regímenes fascistas totalitarios, propugnando su reinstauración. Para ello se valía de la página web www.edicionesnuevarepublica.com, identificada con el número de IP 207.44.212.17 del que es titular la citada editorial, así como el correo electrónico, el apartado de correos núm. 44 de la localidad de Molins de Rei y los números de teléfono 639824354 y 977803190».

Pues bien, dados estos hechos, en la sentencia de primera instancia se condena a los acusados, en concepto de autor, del delito de asociación ilícita (salvo a Juan Antonio Llopart), pero también de un «delito de difusión de ideas genocidas» (anterior art. 607.2 CP) y de un «delito cometido con ocasión del ejercicio de los Derechos fundamentales y de las Libertades públicas garantizados por la Constitución» (anterior art. 510 CP). Por el delito de asociación ilícita (en el que se les aplica la circunstancia atenuante de disminución de los efectos del delito por la consignación de 18.000 euros durante el proceso para que fueran entregados a las tres entidades que ejercían la acusación particular) les impone la Audiencia Provincial a cada uno de los tres sujetos miembros activos de CEI una pena de un año de prisión y multa de doce meses, con una cuota diaria de diez o seis euros, según el caso; por el delito de difusión de ideas genocidas impone a cada uno de los cuatro condenados una pena de un año y tres meses de prisión (un año en el caso de Carlos García); y por el delito del anterior artículo 510 CP una pena de un año y tres meses de prisión (de nuevo un año en el caso de Carlos García) y multa de ocho meses (seis meses en el caso de Carlos García), con una cuota diaria de diez o seis euros, según el caso. Además, aparte se decretó la conclusión de las piezas de responsabilidad civil (por la consignación de los 18.000 euros antes mencionados), así como «el comiso de todos los libros y publicaciones relacionados en el resultado de hechos probados así como de las banderas, escudos, brazaletes, gorras, camisetas, bustos, cascos, uniformes, insignias, fotografías, pósters, pegatinas, litografías, carteles y trípticos de temática nacionalsocialista que les fueron intervenidos a los acusados».

Recurrida la sentencia condenatoria en casación, el Tribunal Supremo absuelve a los cuatro sujetos de todos los delitos por los que habían sido condenados, dejando por tanto sin efecto todos los pronunciamientos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 10.^a) de 7 de octubre de 2009, aunque con el voto particular del Magistrado Andrés Martínez Arrieta⁹⁰. En lo que se re-

⁹⁰ Abogando por haber confirmado la sentencia de instancia en su integridad, al considerar que los Hechos Probados podían ser subsumidos perfectamente en los

fiere en particular a los concretos delitos que nos interesan, en cuanto al anterior artículo 510 CP el Tribunal Supremo considera que «en la descripción contenida en el relato fáctico no se contienen actos ejecutados por aquellos que puedan considerarse como incitaciones directas a la comisión de actos mínimamente concretados, de los que pudiera afirmarse que se caracterizan por su contenido discriminatorio, presididos por el odio o violentos contra los integrantes de los grupos protegidos». Y, por otro lado, en lo relativo al anterior artículo 607.2 CP, matizando antes que la sentencia recurrida «sigue un sistema para la configuración de los hechos probados que puede inducir a confusión», en tanto entiende el Tribunal Supremo que «en muchos de los extractos contenidos en el relato no se precisa si la frase recogida es propia del autor del libro o se pone en boca de alguno de los personajes a los que se refiere, cuya existencia histórica, así como su posicionamiento respecto de estas cuestiones, no se puede negar». La cuestión es que el Tribunal Supremo acaba valorando que «no se describe en los hechos probados, como sería necesario para aplicar el tipo, ningún acto de promoción, publicidad, defensa pública, recomendación, ensalzamiento, incitación o similares imputados a los acusados que vinieran referidos a la bondad de las ideas o doctrinas contenidas en los libros que editaban, distribuían o vendían en razón de su contenido filonazi, discriminatorio o proclive al genocidio o justificativo del mismo, o a la conveniencia de adquirirlos para conocimiento y desarrollo de aquellas, o que aconsejaran de alguna forma su puesta en práctica, que pudieran considerarse como actividades de difusión, que tuvieran mayor alcance y fueran distintas del hecho de editar determinadas obras o de disponer de ejemplares a disposición de los eventuales clientes». Y añade que «tampoco se aprecia en los actos imputados en el relato fáctico un ensalzamiento de dirigentes del nazismo en razón de sus actitudes discriminatorias o genocidas, por lo que sin perjuicio de la opinión que a cada uno tales personas pudieran merecer, en relación con lo hasta ahora dicho, no puede valorarse como una incitación indirecta al genocidio o como una actividad encaminada a la creación de un clima hostil del que pudiera desprenderse la concreción en actos específicos contra las personas ofendidas o contra los grupos de los que forman parte». A partir de ese momento, pasa a analizar individualizadamente las imputaciones fácticas de cada uno de los encau-

tipos penales que les habían sido aplicados a los encausados. Mostrando su acuerdo con el sentido de este voto particular, REY MARTÍNEZ, F., «Discurso del odio y racismo líquido», en REVENGA SÁNCHEZ, M. (DIR.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, 2015, p. 73, si bien entendiendo que «hubiera sido mejor aplicar el artículo 510.2 CP».

sados, y va descartando, sobre la base de los criterios interpretativos generales que se acaban de transcribir, la lesividad o peligrosidad jurídico-penal de sus conductas. En definitiva, entiende el Tribunal Supremo para el caso enjuiciado, y respecto a los dos delitos que nos ocupan, que «los hechos probados no alcanzan el nivel de acciones delictivas previsto en el artículo 607.2 del Código Penal, según la interpretación que del mismo ha realizado el Tribunal Constitucional, al no poder identificarse como una provocación o incitación directa a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por los motivos expresados en el artículo 510 del Código Penal; y al no poder afirmarse tampoco, que mediante la difusión de ideas o doctrinas justificadoras el genocidio a través de la edición, distribución o venta genérica de libros o revistas, constituyan una incitación indirecta a la comisión de actos constitutivos de tal delito, o una conducta creadora de un clima de hostilidad contra los mencionados grupos susceptible, por sus características, de concretarse en actos específicos de violencia contra aquellos».

Pues bien, llegados a este punto toca poner ambos casos (el de la «**Librería Europa**» y el de la «**Librería Kalki**») sobre el tapete del nuevo artículo 510 CP. Realizando dicha operación, entiende PORTILLA CONTRERAS rotundamente que, en tanto en el artículo 510.1.b) CP «ya no se exige el criterio de la identificación expresa con el mensaje contenido en el escrito»⁹¹, resulta que «el delito se consuma con la mera posesión para difundir o la difusión misma de esas ideas, siempre que el escrito o mensaje sea idóneo para contribuir a participaciones intentadas u actos preparatorios con capacidad objetiva *ex ante*»⁹² para «incrementar un contexto de hostilidad que puede llegar a convertirse en actos violentos o discriminatorios»⁹³. Lo cierto es que el artículo 510.1.b) CP castiga la «posesión para la distribución, facilitación de acceso a terceros, distribución, difusión o venta de escritos o cualquier otra clase de material o soportes» sobre la temática que nos ocupa, añadiendo que el contenido de esos objetos materiales debe ser idóneo para «fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél» por los motivos que ya conocemos.

⁹¹ Ya no se podrá decir, por tanto, que conductas como la de Pedro Varela Geiss son sancionadas por suponer «la aprobación de comportamientos delictivos», como apuntaba a colación del asunto judicial ÍÑIGO CORROZA, E., «Caso de la Librería Europa», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (COORD.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, 2011, p. 631.

⁹² PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal...», *ob. cit.*, p. 741.

⁹³ PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal...», *ob. cit.*, p. 742.

Pues bien, hemos de darle la razón a PORTILLA CONTRERAS, porque las resoluciones judiciales emitidas y analizadas en las páginas anteriores reconocían de algún modo que los hechos tenían esa idoneidad, con lo que la condena por este precepto sería prácticamente inevitable si se volvieran a repetir unos hechos semejantes. En efecto, siendo evidente lo relativo al encuadre de las conductas de que se trata en el artículo 510.1.b) CP⁹⁴, sobre la **idoneidad** de los materiales **para incitar indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia** contra los grupos o individuos «diana», las valoraciones de los órganos jurisdiccionales incluían afirmaciones como las siguientes: «se desprende con claridad que gran parte del material intervenido profería expresiones ofensivas y denigratorias para la raza judía» y, «en consecuencia, tenemos que concluir que la difusión de dicho material, en su conjunto, incitaba aunque fuera de forma indirecta al odio a la comunidad judía»⁹⁵; o también que «basta la lectura de los textos transcritos y las conferencias que conforman los hechos probados, para observar que en ellos no sólo se difunden tesis negacionistas, sino que se exalta la primacía intelectual de la raza blanca, se menosprecia a negros y judíos a los que se considera pueblos inferiores por lo que debe serles negados todos los derechos civiles y políticos, se abomina del mestizaje, se apuesta por la segregación racial, por la exclusión de las razas no indoeuropeas y de las mujeres de la vida pública y por la eliminación de los seres tarados y enfermos incurables, esgrimiendo argumentos, incluso biológicos, que justificarían la eliminación o el sometimiento de estos pueblos, etnias o personas lo cual, equivale objetivamente a una incitación, por lo menos indirecta y subliminal, a la discriminación»⁹⁶; además de las argumentaciones de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 2.^a) de 26 de abril de 2010, afirmando que «ninguna duda le suscita a este Tribunal que el acusado procedía a la difusión de este mensaje con un afán de ofrecer a sus correligionarios obras de ideólogos, antiguos y modernos, del nacionalsocialismo y del racismo y de posibilitar la expansión y conocimiento de dichas ideas de lo que es exponente la felicitación al Mosso d'Escuadra que había adquirido una de ellas»,

⁹⁴ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 3.^a) de 5 de marzo de 2008 reconoció expresamente se había realizado, en los hechos sometidos al primer procedimiento contra Pedro Varela Geiss, una labor de «difusión», entendida como «una pluralidad de actos tendentes a lograr que dichas doctrinas alcancen a una pluralidad de personas más o menos indeterminada».

⁹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 3.^a) de 5 de marzo de 2008.

⁹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 2.^a) de 26 de abril de 2010.

a lo que añadía esta misma resolución el reconocimiento de que «los hechos llevados a cabo por el acusado (difundir aquellas ideas y doctrinas justificadoras)» venían a suponer claramente «una incitación indirecta (porque justifican las razones que hacen aparecer el genocidio y la discriminación como un mal menor)»; incluso la restrictiva Sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso de la «Librería Kalki» venía admitir implícitamente (al negar sólo expresamente su carácter de incitación directa en este punto) que los hechos podían suponer una incitación indirecta «a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por los motivos expresados en el artículo 510 del Código Penal» en su versión previa a la reforma de 2015.

Eso es lo que se refiere a los sujetos que, en los casos analizados, realizan conductas de difusión, venta o edición de materiales incitadores. Las mismas razones darían lugar al castigo, pero por el artículo 510.1.a) CP, de los autores intelectuales de afirmaciones que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia.

En el precepto penal en el que no encontrarían acomodo estos hechos sería en el artículo 510.1.c) CP, en la medida en que las conductas públicas de negación, trivialización grave y enaltecimiento del genocidio han de conllevar necesariamente para su punición la promoción o favorecimiento de «un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos», esto es, como hemos dicho más arriba, un clima que sea propicio para «provocar actos reales de discriminación», lo cual no puede predicarse de ninguno de los dos casos analizados.

3.2. *El Partido Popular de Catalunya y la xenofobia*

Aquí de nuevo he decidido incardinar el análisis de dos casos con matices fácticos distintos, pero con un hilo conductor común, cual es la coincidencia del partido político al que se encuentran adscritos los protagonistas de las conductas, así como el tema sobre el cual se pronuncian, indirecta o directamente.

El primero de ellos es el tratado por el Auto de 3 de marzo de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (Ponente: José Francisco Valls Gombau) y que vamos a denominar el caso del «**Videojuego Alicia Croft**» con la líder por entonces del Partido Popular en Catalunya (Alicia Sánchez Camacho) caracterizada como la protagonista del videojuego de acción «Lara Croft». Los hechos recogidos en la querrela que interpuso sobre este caso la asociación

«SOS Racisme Catalunya» eran los siguientes: «Con fecha de 17 de noviembre de 2010 en hora aún no determinada de la noche, se publicó en la página web de campaña del partido popular de Catalunya a las elecciones autonómicas del año 2010 (PPC) un videojuego denominado RESCATE, donde sus protagonistas, un personaje de ficción, Alicia Croft (que en el cine ha sido encarnado por la actriz norteamericana Angelina Jolie y que en el videojuego es encarnado por Alicia Sánchez Camacho, actual diputada del Parlamento de Catalunya y entonces candidata por el partido popular de Catalunya a la presidencia de Catalunya) y una gaviota a la que en dicho videojuego se denomina PEPE. En la portada de presentación, aparece el dibujo (a modo de cómic) de D.^a Alicia Sánchez Camacho sonriente, junto a la gaviota Pepe haciendo el saludo militar. En dicho videojuego, Alicia Sánchez Camacho va montada volando a lomos de la gaviota Pepe sobre la ciudad de Barcelona (al fondo la silueta de la iglesia de la Sagrada Familia del arquitecto Gaudí) mientras dispara y va aniquilando supuestos enemigos a batir (entre ellos los denomina independentistas) y donde al menos en dos momentos dispara sobre unos grupos de paracaidistas sobre los que sobreimpresionado se coloca el cartel de “Inmigrantes ilegales”. En ese momento y una vez aniquilados, explotan y hace aparición una señal de tráfico sobre la que se inscribe STOP ILEGALES. Para finalizar con el “juego” aparece la gaviota Pepe con el dedo pulgar levantado diciendo a modo de bocadillo de cómic: ENHORABUENA ¡HAS SUPERADO EL JUEGO PERO TU MISION NO ACABA AQUÍ... ACUDE A LAS URNAS EL PRÓXIMO 28 DE NOVIEMBRE, Y POR TODO LO QUE NOS UNE, HAZ QUE SE HAGA REALIDAD». Según trascendió posteriormente en prensa, dicho video o videojuego (que estaba disponible en Youtube) fue realizado por los responsables de «Noves Generacions», la rama juvenil del partido conservador catalán.

La resolución judicial mencionada, la única emitida en este caso⁹⁷, vino a inadmitir la querrela contra los responsables políticos del video por no ser los hechos constitutivos de ilícito alguno, al considerar que «en el caso examinado, no nos encontramos, como señalaba el Ministerio Fiscal —Servicio de Delitos de Odio y Discriminación— rechazando la denuncia interpuesta por SOS RACISME y decretando el archivo de las actuaciones, ante una infracción penal», pues «los disparos contra los iconos anteriormente señalados y en el caso denunciado contra la inmigración ilegal no se dirigen contra el grupo o colectivo representado por los inmigrantes ilegales, sino contra la ilegalidad que representa una inmigración no sujeta a los

⁹⁷ No nos consta si se interpuso el correspondiente recurso de súplica, pero todo indica que no.

requisitos legalmente establecidos y que debe ser suprimida o parada (luego en el videojuego se coloca la señal de STOP)», lo cual «también se constata si lo ponemos en relación con el contexto de la totalidad de los iconos del videojuego, en que también se alude a otros grupos como el paro, el independentismo o incluso los políticos que mediante despilfarro público e impuestos no fomentan el ahorro». En definitiva, para el TSJ, «no puede estimarse que en el citado videojuego se incite directamente contra un grupo o colectivo como el de los inmigrantes ilegales mediante una provocación directa a la comisión de delitos, que en la misma querrela se señala serían los de homicidio o asesinato selectivo. Ni que sea, como seguidamente se añade en la querrela, dirigida a “provocar los más bajos instintos de actuación contra la vida e integridad física de las personas... y que potencialmente pueden dar lugar a que por parte de algunos se pase a la acción concreta: el tiro o disparo real”, puesto que lo que se desprende del visionado del videojuego en su contexto global es la supresión, no de un grupo o asociaciones como se reseña en dicha querrela mediante violencia física sino, como señalamos, contra la ilegalidad de la inmigración sin que exista una provocación directa a la violencia física aun cuando se dispare contra determinados iconos en el sentido expuesto precedentemente».

El segundo caso que comentaremos en este apartado es el del actual líder del Partido Popular en Catalunya, y anterior alcalde de Badalona (candidato a dicha alcaldía cuando sucedieron los hechos), **Xavier García Albiol**, consistente en la distribución de folletos en que se ligaba la delincuencia con personas de nacionalidad rumana y etnia gitana y que fue objeto de investigación por el «Servicio de Delitos de Odio y Discriminación» de la Fiscalía Provincial de Barcelona⁹⁸. En un principio se archivó la querrela interpuesta por SOS Racisme (Juzgado de Instrucción núm. 2 de Badalona en marzo de 2011), aunque la causa fue reabierta a finales de mayo de 2011, por orden de la Audiencia Provincial de Barcelona (25 de mayo de 2011), dando lugar con posterioridad a dos resoluciones judiciales: la Sentencia de 10 de diciembre de 2013 del Juzgado de lo Penal núm. 18 de Barcelona y, en apelación, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 2.^a) de 22 de julio de 2014 (Ponente: Pedro Martín García), con el voto particular de la Magistrada María José Magaldi Paternostro.

⁹⁸ Sobre la actividad de dicho Servicio (SDOD), véase GUERRI FERRÁNDEZ, C., «La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso del odio en España», en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2015, pp. 10-15.

Los Hechos consignados como Probados en el procedimiento fueron los siguientes:

«Primero. El acusado don Xavier Garcia Albiol, mayor de edad y sin antecedentes penales, era en el año 2010 concejal y Presidente del Grupo Municipal del Partido Popular de Catalunya en la ciudad de Badalona.

Segundo. En enero de 2010 el acusado manifestó públicamente su intención de no permitir el empadronamiento de extranjeros en situación irregular, si él llegaba a ser alcalde. Así mismo, se manifestó contrario a que los españoles y los extranjeros en situación irregular tuvieran acceso al mismo nivel a los servicios sociales.

Tercero. El día 16-4-2010 don Xavier Garcia Albiol participó en una tertulia televisiva del canal "Canal Català", donde se refirió a los gitanos rumanos que vivían en Badalona y utilizó las palabras "plaga" y "lacra"; dijo además que "Creo que la inmensa mayoría de inmigrantes que vienen a nuestro país son personas honradas que han venido a buscar un puesto de trabajo. Ahora, con la misma sinceridad, hay colectivos que han venido a este país sabiendo que las leyes son permisivas, única y exclusivamente a robar y a ser delincuentes".

Cuarto. El día 24-4-2010 el acusado estuvo en el barrio de La Salut, de Badalona, repartiendo un folleto, en forma de tríptico, cuya edición él mismo había autorizado. En la mitad superior de la portada del mencionado folleto aparecía una fotografía de unas personas que por su apariencia física podrían ser consideradas de etnia gitana, y más concretamente de procedencia rumana; y en la mitad inferior de la portada había un recuadro negro con la pregunta: "¿Tu barrio es seguro?" En el interior del folleto había diez fotografías: la primera parecía ser una manifestación de ciudadanos con pancartas en las que se lee "l'Alcalde de Badalona" y "Contra la inseguridad, por la dignidad". En la segunda fotografía aparecen seis personas, posiblemente de origen pakistaní o similar, asomadas a un balcón o terraza. En la tercera fotografía una mujer lleva un cartel que dice "El alcalde no nos escucha". En la cuarta fotografía hay cinco hombres, de los cuales uno parece de etnia gitana, y dos de ellos están sentados o apoyados sobre un tobogán infantil. En la quinta fotografía aparece un cartel colocado en una valla, con el mensaje "No queremos rumanos". En la sexta fotografía hay un montón de basura en el suelo. En la séptima fotografía, un coche en muy mal estado, y posiblemente quemado. En la octava fotografía, un grupo de personas con un cartel que dice "Por la dignidad del barrio". En la novena fotografía se ve otro grupo de personas con un cartel que dice "L'alcalde de Badalona no escolta als veïns". Y en la décima fotografía aparecen dos mujeres y un hombre sentados en un banco,

teniendo las mujeres apariencia de pertenecer al colectivo gitano procedente de Rumanía. Intercalados entre las fotografías hay cuatro recuadros negros en los que se lee "Inseguridad", "Suciedad", "Delincuencia" y "Civismo"; y un rectángulo más grande en el que sobre fondo azul se lee "+ Seguridad PP de Badalona". En la contraportada del folleto aparece la foto del acusado y el siguiente texto: "Estoy a sólo dos concejales de ganar las elecciones municipales. Si en 2011 soy el alcalde os aseguro que: Podremos salir por el barrio con la seguridad de no ser acosados y atracados. Quien viva en Badalona tendrá que adaptarse a nuestras normas y costumbres"». Y, a partir de ese momento, desde el Hecho Probado Quinto hasta el Decimocuarto se recogen diversas declaraciones en medios de comunicación por parte del acusado (periódicos, radios y televisiones), así como, en general, repercusiones en prensa sobre el folleto en cuestión.

La Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 18 de Barcelona absolvió⁹⁹ a Xavier García Albiol «de los delitos de provocación al odio, a la discriminación o a la violencia, y de injuria colectiva, que se le imputaban», de tal modo que la asociación querellante y acusadora particular, «SOS Racisme Catalunya», interpuso recurso de apelación. Dicho recurso fue desestimado por la mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 2.ª) de 22 de julio de 2014, con lo que confirmó íntegramente el pronunciamiento absolutorio respecto a los delitos recogidos en los dos apartados del anterior artículo 510 CP, por los que se había formulado acusación.

⁹⁹ Muy crítico con el Juez autor de dicha Sentencia, REY MARTÍNEZ, F., «Discurso del odio y...», *ob. cit.*, pp. 78-79, no tanto por haber absuelto a García Albiol (considera que «el ordenamiento debería haber ofrecido una respuesta sancionadora» ante este supuesto», fuera penal o administrativa), como por «su incapacidad para calificar como racistas este tipo de declaraciones», considerándola como «una manifestación más» de un «problema general», consistente en que, según el autor, «en nuestro país se halla extendido un racismo de baja intensidad y formas nuevas, un racismo *líquido*, que, sin embargo, no es percibido como tal por sus autores». Este término, relacionado por REY MARTÍNEZ con otros de más trayectoria como los de «racismo simbólico» o «neo-racismo», y que parte del concepto de «modernidad líquida» formulado por Zygmunt BAUMAN, viene a suponer un tipo de racismo (que el autor considera que está muy presente en nuestro país), que «disimula la hostilidad racial, utiliza un lenguaje tan políticamente correcto como falso, genera una aceptación pública, pero un rechazo privado, produce reacciones de evitación de la convivencia, desplaza la idea biológica de raza hacia la cultura ('nuestra cultura' frente a la de otros) y la desigualdad hacia la diferencia (no habría discriminación, sino legítima diferencia, exaltando un enfoque multicultural y no intercultural: todas las culturas son respetables, pero cada una debe avanzar por su carril, sin mezclarse)» (REY MARTÍNEZ, F., «Discurso del odio y...», *ob. cit.*, pp. 83-84).

¿Serían punibles estos dos casos conforme a la actual regulación del artículo 510 CP? En el primer supuesto considero que básicamente las mismas valoraciones que realizó el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya servirían para descartar la tipicidad de la conducta de creación de la simulación de videojuego con la dirigente política del Partido Popular catalán como protagonista, pues de los distintos elementos que lo componen no cabe inferir realmente ningún fomento, promoción o incitación ni desde luego directa, ni tampoco indirecta al odio, hostilidad, discriminación o violencia. Ahora bien, en el segundo supuesto, el de Xavier García Albiol, la valoración de los hechos imputados y, en consecuencia, su encaje típico, es una cuestión diferente. En efecto, ya en el propio voto particular de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona la Magistrada María José Magaldi consideró, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los límites del discurso político¹⁰⁰, que el encausado debería haber sido condenado «como autor responsable de un delito de difusión de informaciones injuriosas sobre un grupo en relación con su etnia» del anterior artículo 510.2 CP a la pena de un año de prisión (que era la mínima que permitía ese precepto y que, extrapolándola al actual art. 510.2.a) CP, sería de una duración de seis meses) junto con (y en este caso, por la ocupación del sujeto, es procedente mencionarlo expresamente) la «inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena». Por ello, considero que es perfectamente posible que una parte de las conductas que resultan imputadas fácticamente a Xavier García Albiol puedan ser castigadas a través del actual artículo 510.2.a) CP, que ya dijimos más arriba que era de alguna manera «heredero» del anterior artículo 510.2 CP. Me estoy refiriendo por ejemplo a sus declaraciones llamando «plaga» y «lacra» al colectivo de gitanos romaníes, en tanto la utilización de tales términos supone claramente un «menosprecio» hacia dicho colectivo; también encontrarían encaje en el mencionado artículo 510.2.a) CP, pero en su segundo inciso, la elaboración/distribución del tríptico (cuya edición el político reconoció abierta y expresamente haber autorizado) en el que se incluían términos como «Suciedad» o «Delincuencia» junto a fotografías de personas con ese origen nacional y etnia. Ahora bien, cuestión distinta es si los hechos podrían ser constitutivos de alguna de las conductas del actual artículo 510.1 CP, sea la letra a) o la letra b), respectivamente, y ahí ya

¹⁰⁰ De hecho, como recuerda REY MARTÍNEZ, F., «Discurso del odio y...», *ob. cit.*, pp. 74-79, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 16 de julio de 2009 (asunto Féret contra Bélgica), había confirmado la condena a un diputado belga del «Frente Nacional» por unos hechos muy similares.

creo que la valoración ha de resultar desestimatoria de esta posibilidad interpretativa, porque, en mi opinión, no hay ninguna concreta manifestación verbal o escrita en el relato fáctico que pueda entenderse como un favorecimiento, promoción o incitación directa, pero tampoco indirecta como ahora permite expresamente este precepto, al odio, hostilidad, discriminación o violencia hacia el grupo de gitanos de origen rumano; tan sólo, como digo, manifestaciones de menosprecio hacia tales individuos, atentatorias contra su dignidad.

3.3. La homilía del Obispo de Alcalá de Henares y la homofobia

El supuesto que examinaremos en este apartado se corresponde con el caso de la homilía de Monseñor Juan Antonio Reig Plá, obispo de la diócesis de Alcalá de Henares, durante la misa del Viernes Santo del año 2012, retransmitida en directo por Televisión Española, y durante la cual hizo declaraciones críticas contra la homosexualidad (y también contra el aborto). Además, la denuncia inicial se amplió para incluir unas declaraciones del mismo obispo en una extensa entrevista al portal «www.religionenlibertad.com». Las dos resoluciones jurisdiccionales en las que se abordó este caso fueron el Auto de 10 de julio de 2012 del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Alcalá de Henares y, recurrido el mismo en apelación, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 23.^a) de 15 de mayo de 2014.

Los hechos sometidos a consideración de los órganos jurisdiccionales en este procedimiento fueron los siguientes: «*PRIMERO. Constituye el objeto del presente procedimiento determinar si existe delito en las manifestaciones del obispo de Alcalá de Henares en su homilía del Viernes Santo pasado, así como en las manifestaciones realizadas por el mismo en una posterior entrevista al medio "Religión en Libertad"; hecho éste último al que se alude en la ampliación de la denuncia inicial realizada por la Asociación Preeminencia del Derecho en su escrito presentado el pasado 20 de abril, así como en la comunicación recibida en último término en este Juzgado y procedente de la Oficina para la No Discriminación del Ayuntamiento de Barcelona, cuya unión a los autos debe acordarse por medio de esta misma resolución. En las diversas denuncias interpuestas contra el obispo se alude a la supuesta comisión por su parte del delito previsto en el artículo 510 del Código Penal. SEGUNDO. En cuanto a las palabras pronunciadas por el obispo de Alcalá de Henares en su homilía del pasado 6 de abril de 2012 [...] se aludía entre otras cosas al pecado y al sufrimiento que del mismo se deriva. El obispo de Alcalá de Henares puso en relación*

a ello diversos ejemplos que comprendían la infidelidad conyugal, el aborto, el impago del salario, la conducta de los trabajadores desleales, el hurto, los favores sexuales en el trabajo, el alcohol, los sacerdotes con doble vida y, ciertamente, una alusión a las personas homosexuales». Las concretas palabras empleadas por el obispo en este punto, resultantes de la transcripción literal de la grabación audiovisual que se recogió en la prensa, fueron las siguientes: «Quisiera decir una palabra a aquellas personas llevados por tantas ideologías que acaban por no orientar bien lo que es la sexualidad humana. Piensan ya desde niños que tienen atracción hacia las personas de su mismo sexo y, a veces, para comprobarlo se corrompen y se prostituyen o van a clubs de hombres nocturnos. Os aseguro que encuentran el infierno». Respecto a las declaraciones vertidas en la entrevista, aparecen recogidas en la dirección web <http://www.religionenlibertad.com/obispo-reig-plano-quiero-ofender-a-nadie-pero-no-renuncio-21995.htm> todavía, por si quieren ser consultadas por el lector.

Pues bien, el Juzgado de Instrucción acordó en el Auto aludido «el sobreseimiento libre y el archivo de las presentes actuaciones» al considerar, en primer lugar respecto a la homilía, que «si bien de las palabras del obispo se desprende una posición crítica hacia la homosexualidad (se alude a las ideologías que no orientan bien la sexualidad humana), las mismas, rectamente entendidas, no contienen una injuria a los homosexuales en general ni tampoco una llamada a su discriminación por razón de su orientación sexual; como tampoco podría llegarse a esa conclusión respecto del resto de los grupos relacionados con los diversos ejemplos mencionados por el obispo». Así el instructor considera que «en la homilía sometida a examen no se señala que los homosexuales en general se prostituyan, corrompan o vayan a “clubes de hombres nocturnos”, empleando la misma terminología usada en la indicada homilía. Expresamente se señalaba en la homilía que ello ocurre según el obispo “a veces” y para comprobar una inclinación sexual, además de que del sentido de sus palabras se desprende que el mismo parecía estar aludiendo a niños, como resulta de lo que a continuación se señalaba en dicha homilía. De igual forma, en la homilía tampoco se señalaba que los homosexuales en general abusen de los menores. Finalmente, en cuanto a la referencia al hallazgo “del infierno”, del sentido de las palabras examinadas no se desprende que ello se aplique según el obispo a los homosexuales en general, sino exclusivamente a quienes se hallan en el ejemplo expuesto en la homilía, esto es: quienes se prostituyen, corrompen y van a los aludidos “clubes de hombres nocturnos”. Por otro lado, la referencia al indicado infierno, además de no poderse considerar injuriosa en un sentido mínimamente estricto, ha de en-

marcarse en el contexto general de alusión al sufrimiento causado por el pecado que se hace en la indicada homilía». Y, en segundo lugar, en lo referente a la entrevista concedida al portal «www.religionenlibertad.com», considera el Juez de Instrucción que «la conclusión ha de ser la misma» y que «de hecho, refuerza esa tesis» interpretativa. Así, argumenta que en dicha entrevista «no se aprecia tampoco ninguna de las conductas típicas previstas en los dos apartados del artículo 510 del Código Penal» pues, «si bien es indudable que en la entrevista se sostiene una posición crítica hacia la homosexualidad, a la que se califica de inclinación desordenada, ello no equivale en sentido estricto ni a una provocación al odio ni tampoco a una injuria, además de aludirse en la entrevista en relación a esa cuestión a la doctrina de la Iglesia, cuya defensa lícitamente puede sostener el obispo al amparo de la libertad religiosa». Incluso trae a colación que «de hecho y en contra de la existencia de un discurso injurioso o incitador al odio, en la expresada entrevista [...] se indica que “bajo ningún concepto queremos ofender a nadie, sin embargo no renunciamos a anunciar la verdad en la caridad”, además de señalarse que la Iglesia enseña que las personas con AMS¹⁰¹ deben ser acogidas “con respeto, compasión y delicadeza. Se evitará, respecto a ellos, todo signo de discriminación injusta”». Además, si bien es cierto a que en la entrevista el obispo alude a que «muchos casos, especialmente si la práctica de actos homosexuales no se ha enraizado, pueden ser resueltos positivamente con una terapia apropiada», lo hace citando «de forma explícita y textual el documento titulado “Sexualidad Humana: Verdad y Significado” del Pontificio Consejo para la Familia». Y concluye el Juzgado que, en tanto «el contenido completo de la entrevista [...] incluye expresas alusiones a la necesidad de evitar la discriminación injusta», ello «permite entender que las palabras del obispo se hallan amparadas por la libertad de expresión y la libertad religiosa, no siendo constitutivas de delito».

Con posterioridad, el ya mencionado el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 23.^a) de 15 de mayo de 2014 desestimó el recurso de apelación que el partido «Soberanía de la Razón» interpuso contra la decisión del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Alcalá de Henares de archivar la querrela, confirmando tal decisión, al considerar que no había motivo para apreciar un delito de provocación a la discriminación porque de la homilía «no se deduce un ataque a la totalidad del colectivo gay», pues el obispo se refirió «claramente a individuos aislados y concretos, no a todo el grupo» y dijo que «esos individuos» a veces realizaban «conductas que el obispo

¹⁰¹ «Atracción hacia el Mismo Sexo».

considera reprobables» y que las declaraciones del mismo «no contienen incitación alguna al odio, a la discriminación o a la violencia contra los homosexuales, que es el grupo al que se refiere, sino que se limitan a poner de manifiesto las ideas de Monseñor Reig Plá sobre las personas de esa orientación sexual», añadiendo que «guste o no guste lo que dijo Monseñor Reig Plá, se limitó a ejercer su libertad ideológica, religiosa y de opinión de forma pública, sin que en sus expresiones existiera una incitación a ejercer violencia, odio o discriminación sobre el colectivo gay». Por tanto, para la Audiencia, lo afirmado por el obispo «tan sólo es una opinión» que «no tiene por qué ser compartida y por muy desajustada que parezca con los valores de la sociedad actual, eso no la convierte en constitutiva de delito».

¿Sería punible este caso ahora? En mi opinión la reforma del artículo 510 CP no ha convertido en típica esta conducta, por más que ahora sí pueda ser este precepto aplicable a supuestos en que las referencias incitadoras al odio, hostilidad, discriminación o violencia se realicen referidas a sujetos individuales o concretos y no sólo a grupos. Pero falta claramente el núcleo del injusto típico propio del artículo 510 CP en cualquiera de sus apartados punibles, conforme a las valoraciones realizadas y consignadas en las dos resoluciones jurisdiccionales anteriormente transcritas y que no merece la pena reproducir de nuevo en este punto.

3.4. El video de Agrupación Social Independiente y la misoginia

El último caso seleccionado en este estudio retrospectivo es el relativo a la publicación de un video de animación sobre veinte maneras de matar a una mujer dentro de la página web del partido político «Agrupación Social Independiente», sobre el cual tuvieron la oportunidad de pronunciarse la Sentencia de 10 de diciembre de 2012 del Juzgado de lo Penal núm. 7 de Palma de Mallorca y, en apelación, la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Illes Balears (sección 1.^a) de 10 de diciembre (Ponente: Gemma Robles Morató).

El relato de imputaciones fácticas sobre la base del cual se dictaron dichas resoluciones fue el siguiente: «*Eduarne Tania, formaba parte, si bien no como militante o afiliada, del partido político Agrupación Social Independiente (ASI). Dentro de esta formación política desarrollaba tareas de colaboración interna con su ejecutiva y con su Presidente en el año 2005 y 2006, Alexander Pablo, entre las cuales se encontraban la revisión y supervisión de la redacción de los discursos y mensajes que posteriormente serían colgados en la web del precitado*

partido político www.asi-ib.com, y la entrega y comunicación con el informático al servicio de ASI de las tareas que debía realizar para actualizar la web del partido político. En fechas indeterminadas, si bien con posterioridad a la época estival del año 2005, el partido político ASI precisó de un nuevo informático para actualizar su página web y colgar el contenido más conveniente que creyeran sus afiliados y miembros de la dirección, si bien Edurne Tania dada la proximidad y amistad que la vinculaba a las personas que conformaban el núcleo de decisión de ASI propuso a Jose David, a quien conocía a través de un amigo en común de ambos. Tras la proposición de Jose David para el puesto de informático de ASI, éste fue contratado, y se le facilitaron todas las claves de acceso a la web para poder realizar su trabajo, siendo en todo momento Edurne Tania la intermediaria entre ASI y Jose David, ya que las decisiones que se tomaban desde el grupo político eran transmitidas en exclusiva y únicamente a Jose David por Edurne Tania, sin que nadie más supiera los términos de las conversaciones entre ambos, ni como ésta le indicaba cómo tenía que hacer el trabajo a desarrollar ni el propio trabajo a ejecutar; el trabajo era realizado por Jose David cuando podía y desde donde podía, pues consistía en subir a la página web lo que le indicaban y por tanto no tenía la necesidad imperiosa de tener un despacho en la sede de ASI ni un horario fijo ni estable. El trabajo que realizaba Jose David le era abonado por Edurne Tania, quien empleaba para tal fin dinero del partido o dinero de su propiedad que posteriormente le era reembolsado desde la agrupación política.

A finales del mes de noviembre de 2005 o el primer día del mes de diciembre del mismo año, Edurne Tania le transmitió a Jose David la necesidad urgente de colgar en la web del partido alguna animación — algo que estuviera en movimiento— y le encomendó que lo diseñase ya que debían, y querían, retirar un documento que estaba colgado en un apartado de la página web de ASI de nombre “¿Qué pasó con Marcial Jaime?” Jose David le respondió que podía desarrollar tal proyecto si bien precisaría de un elevado número de horas y que el precio de ese encargo sería alto, por lo que descartó la idea y le indicó Edurne Tania una web en la que estaba colgado un programa denominado “The naked woman”, que ambos visionaron parcialmente y en el que los dos comprobaron cómo una mujer muere al arrollar un perro que queda partido por la mitad, y se le ven las vísceras. Tras su visionado durante unos segundos, Edurne Tania le dio la orden de que subiera ese programa a la web. Jose David anotó la dirección web que había visitado Edurne Tania para exhibirle “The Naked Woman” anteriormente y el día 2 de diciembre de 2005 a las 11:33 horas desde la dirección IP NUM004 del domicilio de Jose David, accedió a la web de ASI la animación con nombre de archivo “203507_nakedwoman.swf” y obtenido desde la web <http://uploads.undergrounded.nat/>. En la precitada ani-

mación se puede observar como una mujer —dibujada íntegramente desnuda con dos pechos de considerable tamaño y de forma ascendente que le impiden la visión, con puntos negros en las piernas que simulan ser vello al igual que en la zona púbica— desciende una colina en bicicleta, y muere de hasta veinte formas distintas [el relato de hechos sólo enumera 18, como a continuación se verá] y por este orden:

1. *atropella a un perro al que parte por la mitad,*
2. *atraviesa un cristalera transportada por dos hombres y se la ve llena de cristales y ensangrentada,*
3. *circula sobre una rampa ascendente, vuela tras pasar sobre ella y acaba estrellada y contra el suelo,*
4. *choca contra una roca y sale volando tras resultar mutilada de una pierna si bien cuando cae al suelo la cabeza se le separa del resto del cuerpo,*
5. *es presa de una trampa para cazar tigres,*
6. *alcanzada por lava volcánica que la funde,*
7. *una corriente de aire que emerge del suelo la hace volar por los aires en sentido estricto de las palabras y al caer sobre el suelo lo hace sobre la bicicleta quedando así ensartada en ésta,*
6. *pisa una mina de tierra y sale despedazada en la imagen,*
7. *muere ahogada al caer a un río y se ve su cuerpo flotando,*
8. *queda encerrada en un cubo gigante de gelatina que se solidifica y la atrapa en su interior,*
9. *colisiona contra un muro de escasa altura y muere,*
10. *colisiona contra otra persona que puede ser calificada como sumamente obesa que está tumbada en el suelo desnuda de cintura para abajo siendo que la bicicleta queda atrapada entre las nalgas y la conductora sale despedida y vuela,*
11. *choca contra un cactus de mayor tamaño que la propia mujer,*
12. *colisiona contra una valla electrificada,*
13. *se despeña por un acantilado,*
14. *atropella a una anciana y después cae por un precipicio,*
15. *colisiona contra un poste de una carretera en obras y muere,*
16. *atraviesa un bloque de cemento fresco y cae en su interior,*

17. *se encuentra con la actriz WHOOPI GOLDBERG a la que atropella y como consecuencia de ello muere,*
18. *es triturada por un ventilador industrial.*

Antes de que comience la animación en sí misma se observa un tanque y bajo del mismo dos pechos de gran tamaño. Tras esa imagen aparecen las letras "A FOOP PRODUCTIOON", siendo las O de FOOP dos pechos y luego "Animation by BAD DEEDS" que significa "Animación por Malos deseos". Posteriormente aparece el título "The naked woman" o "La mujer desnuda" y tras ello, "You decide what she hits" o "Tú decides qué la golpea". La animación "The naked woman" se colgó en el apartado de la web de ASI "¿Qué pasa con Marcial Jaime?" y fue de acceso público para cualquier persona que visionase la web del antedicho partido político sin que fuere necesaria ninguna clave o contraseña ni ser afiliado, simpatizante o estar registrado en su web».

La Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 7 de Palma de Mallorca condenó a Alexander Pablo y a Edurne Tania «en concepto de autores responsables de un delito cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución», imponiéndoles a cada uno «la pena 1 año y 6 meses de privación de libertad» y «multa de 12 meses a razón de 50 euros de cuota diaria», absolviendo a la persona jurídica Agrupación Social Independiente del delito de asociación ilícita.

Posteriormente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares revoca en apelación las condenas de primera instancia, con lo que ambos sujetos encausados son absueltos por el Tribunal con todos los pronunciamientos favorables, al considerar atípica la conducta conforme al anterior artículo 510 CP. La Audiencia Provincial valora que «el video en cuestión constituye un hecho aislado, no va unido a un discurso sexista, no está enmarcado en discurso alguno anexo al propio juego», sino que «muestra 20 maneras de morir absurdas, poco comunes, surrealistas y de pésimo gusto, pero el motivo de su muerte no es la discriminación, ni la desigualdad, ni el ejercicio de un poder superior, ni la sumisión, ni el odio», en tanto «la animación se encuentra tan alejada de la realidad que ni intimida, ni provoca o incita sentimiento de odio o de discriminación porque refleja muertes que no se corresponden con las muertes que por desgracia se producen en el ámbito de la violencia machista». Por tanto, pese a que se reconoce que es un video violento, se deja claro que ello «no significa que provoque actos agresivos, que incite a ellos», con lo queda absolutamente descartada su tipicidad conforme al anterior artículo 510 CP y, desde luego, conforme al actual

artículo 510.1 CP. No obstante, la Magistrada ponente va haciendo mención a una serie de términos valorativos sobre los hechos que recuerdan a los términos típicos empleados por el artículo 510.2.a) CP. En concreto considera por ejemplo que el video es «degradante por la estética», «irrespetuoso con la imagen de la mujer», que puede provocar «indignación», que su contenido «degrada la imagen de la mujer» o es «denigrante» en la medida en que «refleja una imagen peyorativa de la misma».

¿Podrían dar lugar esas valoraciones actualmente a que entonces se procediera a aplicar a los hechos enjuiciados el nuevo artículo 510.2.a) CP? La respuesta ha de ser negativa, pese a esa tipicidad indiciaria de la conducta. Y las claves argumentativas para dar esa respuesta negativa son las mismas que utiliza el Tribunal para calificar de atípica la conducta conforme al anterior artículo 510 CP: por un lado, que el video se desarrolla en «un contexto caricaturesco» que «no alcanza el límite de gravedad necesario para merecer un reproche penal» y, por otro lado, que de los hechos en ningún caso cabe deducir de la actuación de los encausados un comportamiento con el dolo que exige el actual artículo 510 CP en todas sus conductas, pues de la prueba practicada extrae la Magistrada ponente que «el video se colocó para “fastidiar” a alguien y no precisamente a las mujeres» y ese alguien era el tal Marcial Jaime («afiliado al partido y después expulsado») al que se refería ese apartado concreto de la web en el que se publicó, espacio en el que previamente «se había colocado un video de naturaleza pornográfica, conforme consta en la sentencia [de instancia] “una rubia haciendo una felación a un negro”», y posteriormente a la retirada del video que nos ocupa, se publicó en su sustitución «otra animación “el mamut se hizo mierda” [...] de similar corte, de un mamut pequeño que muere de cáncer, de cirrosis, de sida y de sobredosis». Por tanto, de la conducta de Alexander Pablo y de Edurne Tania, no se puede predicar la realización del injusto típico que permita realizar una atribución de un demérito que conllevara la aplicación a los hechos realizados por ellos de una pena conforme al actual artículo 510.2.a) CP.

4. Consideraciones finales

Precisamente, el hecho de que el último caso analizado tenga que ver con la realización de una conducta a través de Internet (publicación de video en página web), y el hecho de que, como vimos más arriba, el artículo 510.3 CP agrave las penas de las conductas tipificadas en los apartados que le preceden hasta su mitad superior,

en tanto se realicen «a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información», nos sirven como punto de partida para contextualizar estas consideraciones finales.

En este sentido, todos somos conscientes de que vivimos una revolución social sin parangón en la Historia de la Humanidad, impulsada por la evolución de las Tecnologías de la Información y la Comunicación. Este cambio social, que afecta a todas las facetas de la vida diaria, ha supuesto la creación de un ámbito de intercomunicación social y personal nuevo, el ciberespacio, que va ampliando su incidencia en las personas y en las sociedades tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo. Y en ese ámbito no sólo aparecen nuevos intereses sociales, nuevas convenciones, nuevas conductas, sino que adquieren un sentido distinto algunos de los intereses que existían antes sólo en el espacio físico, se modifica el significado de las convenciones entre las personas y se replican conductas que, en el nuevo ámbito, pueden adquirir dimensiones y, por tanto, relevancia, muy diferentes a las que tenían en el mundo de «la distancia física». En este sentido hoy puede afirmarse que el ciberespacio es un ámbito de oportunidad criminal distinto al espacio físico¹⁰² por las diferencias estructurales de su arquitectura que hacen que el evento criminal se produzca de forma distinta a como se produce en el espacio físico.

Lo cierto es que ni la incitación a formas concretas o generales de violencia ni el discurso del odio son fenómenos que se puedan achacar al nacimiento o a la popularización de Internet. Existían antes de él y la valoración social sobre el significado individual de tales conductas no debiera diferir mucho del actual. Pero es innegable que tales fenómenos de comunicación violenta, al perpetrarse en un nuevo ámbito con caracteres intrínsecos y extrínsecos tan distintos en lo comunicativo a los del «espacio físico», han cambiado. Al hacerlo, también está empezando a modificarse la valoración social sobre la gravedad de las mismas y a abrirse un complejo debate (que, sin ir más lejos, ha dado lugar a la profunda modificación, ya analizada más arriba, del art. 510 CP) que no debiera limitarse al discernimiento de cómo evitar que se realicen estos comportamientos, sino que debiera admitir de inicio la existencia de una enorme variedad (también en lo cualitativo) de formas de expresión violenta en Internet, así como incluir en el debate la discusión sobre qué límites nos

¹⁰² Véase MIRÓ LLINARES, F., «La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13, 2011, pp. 4 y ss. Y, con carácter monográfico, MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, ob. cit., pp. 143 y ss.

impone el Estado Democrático de Derecho para llevar a cabo estas reformas y qué instrumentos preventivos distintos a los jurídicos nos pueden permitir hacerlo sin violentar derechos fundamentales básicos como el de la libertad de expresión.

Parece evidente que la «comunicación violenta» adquiere una especial significación al llevarse a cabo en el ciberespacio. Por una parte, Internet aumenta exponencialmente los efectos comunicativos de cualquier tipo de discurso, al facilitar la forma de expresión y multiplicar significativamente el número de destinatarios potenciales del mismo. Por otra parte, los mismos caracteres del ámbito no sólo incrementan los receptores potenciales del mensaje, sino que facilitan la acción de los emisores: éstos no sólo no necesitan proximidad física para verter mensajes racistas u otras comunicaciones violentas, sino que se aprovechan de la transnacionalidad del ciberespacio para evitar ser perseguidos y del anonimato que da el medio para tomar la decisión de perpetrar la comunicación violenta sin temor a consecuencias negativas en forma de estigmatización social o de sanciones formales. Además algunas convenciones sociales sobre el carácter libre de Internet, unidas a ciertas percepciones extendidas sobre lo inocuo del medio, pueden incidir en el cumplimiento de las normas¹⁰³ y transmitir la idea de que lo que se comunica en Internet, sea violento, manifieste ideas racistas o, incite a acciones violentas concretas, no es tan grave por el hecho de transmitirse en «el espacio virtual».

Es indudable, pues, que Internet le ha dado un nuevo significado social al discurso del odio y a la incitación de la violencia que existían antes de él: lo que antes suponía esencialmente una comunicación a nivel privado, es ahora un mensaje público con tal lesividad que constituye un riesgo social relacionado con valores distintos pero tan relevantes como la dignidad, la igualdad, la intimidad o incluso el orden público. Así, sucesos tan recientes como los comentarios antisemitas que fueron publicados en Twitter tras la victoria del Maccabi de Tel-Aviv ante el Real Madrid en la final de la Euroliga 2014 de baloncesto, que acabó con la denuncia presentada por 11 entidades judías, han disparado la alarma social en torno a estos delitos y han llevado al Fiscal General del Estado a poner en marcha el pasado año 2014 una red de 50 Fiscales en toda España para perseguir los crímenes de odio que se cometen en Internet¹⁰⁴. Y no son estos sucesos ni estas manifestaciones las únicas que han saltado a

¹⁰³ En este sentido, véase TYLER, T. R., *Why people obey the law*, Princeton University, 2006.

¹⁰⁴ <http://www.elperiodico.com/es/noticias/sociedad/una-red-fiscales-persigue-internet-los-crímenes-odio-3279498>.

la palestra. Internet parece repleto de páginas web con contenido xenófobo, con mensajes de odio por motivos de género, de ideología, orientación sexual o nacionalidad; proliferan vídeos violentos en los que se muestra como perpetrar acciones violentas o en los que se incita a ejecutarlas; y las redes sociales¹⁰⁵ se han convertido en terreno abonado tanto para la difusión de mensajes denigrantes y despectivos contra personas vivas o fallecidas, o contra colectivos concretos o indeterminados, como para la incitación, bien genérica o bien específica, a la perpetración de acciones violentas en campos tan diversos como la violencia deportiva, la violencia sexista o la protesta política violenta; y sucesos de magnitud internacional relacionados con el nuevo terrorismo yihadista y la constatación de la utilización de Internet para la difusión de instrucciones violentas por parte de grupos terroristas como el Estado Islámico y, en concreto, para la captación de terroristas¹⁰⁶, han dado lugar a un contexto «justificante» de la reforma legislativa del artículo 510 CP cuyos puntos más destacados han sido analizados en este trabajo.

Pero ¿era realmente necesaria la misma?, ¿es tan grave el problema de las comunicaciones violentas en Internet?, ¿cuáles son las dimensiones reales de estos fenómenos en Internet?, ¿cómo se relacionan efectivamente con la violencia?, ¿cómo pueden prevenirse de forma efectiva?, ¿cómo debería haberse llevado a cabo la reforma penal de haber sido respondidos adecuadamente todos los anteriores interrogantes? Éstas y otras muchas preguntas, no siempre afrontadas y casi nunca en el orden adecuado por parte de los poderes públicos, debieran conformar parte de la reflexión en torno a las decisiones legislativas a adoptar en relación con este fenómeno pero, también, debieran ser tenidas en consideración a la hora de regular las obligaciones de los prestadores de servicios en Internet implicados en toda comunicación en el ciberespacio y a la hora de llevar a cabo acciones educativas imprescindibles para que la sociedad se adapte a la nueva realidad. Además, no son preguntas imposibles de responder, pero requieren de estudios empíricos generalmente obviados en el proceso de toma de decisiones de las políticas públicas o, en particular, de la política legislativa penal. Y exigen, además, que los mismos se realicen con rigor y desde premisas teóricas bien fundamentadas que comprendan, en particular, las reglas y los lími-

¹⁰⁵ FALXA, J., «Redes sociales y discursos de odio, un enfoque europeo», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ED.) y DÍAZ CORTÉS, L. M. (COORD.), *Moderno discurso penal...*, ob. cit., pp. 89-106.

¹⁰⁶ Véase CANO PAÑOS, M.Á., «Internet y terrorismo islamista: aspectos criminológicos y legales», en *Eguzkilore*, núm. 22, 2008, pp. 67-88.

tes del ordenamiento jurídico si es que los estudios pretenden informar futuras decisiones legislativas.

Recapitulando lo afirmado, la inexistencia de estudios empíricos serios sobre el fenómeno y el efecto de dramatismo mediático con el que se comunican algunas noticias relacionadas con la violencia y el odio en Internet, anticipan cierto desenfoque sobre las dimensiones reales de estas conductas. Se hace imprescindible, pues, disponer de una «fotografía» sobre la realidad del fenómeno que nos ofrezca una imagen clara y no distorsionada del mismo y de sus efectos. Y esto a su vez, exige en primer lugar, admitir la vaguedad de lo que se suele denominar «comunicación violenta en Internet», y nos obliga a situar en su justa medida tanto las dimensiones como los efectos sociales de cada una de las concretas formas de la misma. La comunicación violenta en Internet sería cualquier acción consistente en descubrir, manifestar o hacer saber acciones de contenido violento, por su carácter difamatorio, peyorativo, intimidatorio o lesivo, contra particulares o contra colectivos, utilizando para esta ocasión los diferentes recursos comunicativos que ofrece el ciberespacio. Estas formas de comunicación violenta en Internet pueden ser mediatizadas por los usuarios de manera tanto pasiva, cuando los usuarios se limitan a comunicar y compartir los contenidos violentos procedentes de fuentes ajenas, como activa, con la ideación, fabricación o modificación de contenido violento por parte de los mismos usuarios que luego le darán difusión¹⁰⁷. Como forma de comunicación violenta especialmente relevante está la incitación a la violencia que ya conocemos, categoría también amplia que incluiría cualquier expresión comunicativa que manifieste la voluntad de que se ejerzan indeterminadas o concretas formas de violencia sobre objetivos más o menos determinados. La incitación a la violencia puede ser expresa, con una manifiesta declaración de la voluntad de que se ejerza la violencia, o bien implícita y tácita, y esto no de forma dicotómica sino en diversas graduaciones. Además la incitación puede ser una comunicación dirigida a receptores concretos, a colectivos más o menos determinados, o incluso puede ser emitida sobre destinatarios genéricos y nada determinados. Por último la incitación puede definir de forma clara el objetivo de la violencia, bien sea individual o grupal, o también éste puede estar declarado de forma clara o ser más bien indeterminado. Todo esto difumina los límites de la incitación a la violenta y complica,

¹⁰⁷ SANMARTÍN, J., «¿Qué es esa cosa llamada violencia?», en *Diario de campo*, núm. 40, 2006, pp. 11-29.

consecuentemente, la valoración sobre hasta dónde debe llegar la intervención penal.

El análisis sobre qué tipologías de comunicación violenta o incitación a la violencia pueden castigarse penalmente es una modernización de un debate clásico, el que se centraba en la crítica a la penalización de la apología¹⁰⁸, que partía de la esencial diferenciación entre las distintas fases del «iter criminis» a partir del diferente peligro de las conductas en una u otra fase¹⁰⁹. Lo cierto es que el mismo parece que va a tener que ser retomado a raíz del actual artículo 510 CP que, como hemos podido comprobar, va más allá de las manifestaciones de odio racial y puede abarcar nuevas manifestaciones verbales y visuales discriminatorias y de incitación a la violencia en Internet. El argumento para la incriminación de expresiones lejanas a la lesión o puesta en peligro efectiva de bienes jurídicos dignos de tutela, ahora, ya no es la puesta en peligro del sistema democrático, sino la capacidad de Internet como potenciador de actitudes y conductas violentas. Pero, siendo obvio que Internet cambia el riesgo que supone este tipo de comunicaciones por las especiales características del ciberespacio, ¿puede cambiar el significado de las expresiones hasta el punto de convertir en actos de riesgo lo que, en el espacio físico, no serían más que declaraciones violentas execrables moralmente pero axiológicamente inocuas? ¿Sólo por el hecho de proferir estas expresiones a través de Internet, deben de tener una respuesta penal distinta a la que tendrían si se execraran en el espacio físico? ¿Por el mero hecho de que alguien se sienta incitado por determinadas declaraciones, significa eso que éstas deben ser perseguidas penalmente? Y ¿realmente resultará útil para lograr reducir tales conductas en Internet la incriminación penal de las mismas?

¹⁰⁸ CARBONELL MATEU, J. C., «Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites de la actuación del Derecho Penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 18, 2012, pp. 8-44; DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 58, 1996, pp. 69-88; REBOLLO VARGAS, R., *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, Valencia, 1997; CANCIO MELIÁ, M., «Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000», en *Jueces para la Democracia*, núm. 44, 2002, pp. 19-26; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., «La apología del delito», en *Persona y Derecho*, núm. 55, 2006, pp. 619-652; FUENTES OSORIO, J. L., «Formas de anticipación de la tutela penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 8, 2006, pp. 1-40.

¹⁰⁹ BARBER BURUSCO, S., *Los actos preparatorios del delito. Conspiración, proposición y provocación*, Comares, 2004, pp. 201 y ss.

Aunque las bases de la discusión son similares a las que tradicionalmente se han esgrimido en relación con la cuestión de la penalización de los actos preparatorios¹¹⁰, es obvio que resulta necesario modernizar el debate tanto discutiendo si las bases son las mismas en la sociedad del riesgo en la que vivimos como planteando la equivalencia funcional de tales categorías (apología, provocación, conspiración, proposición, o incluso la inducción) a las nuevas formas de incitación en Internet, delimitando el riesgo potencial de cada uno de los distintos actos y siempre desde la base de que sigue siendo tal peligro el que marcará los límites de la respuesta penal.

Es obvio que todas estas cuestiones, más las que expresábamos anteriormente, que nos deberían delimitar el alcance real del fenómeno antisocial o criminológico en cuestión, son demasiadas, incluso como para tratar de resolverlas en un proyecto de investigación de tres años de duración como aquél en el que se incardina este trabajo. Pero también lo es que son demasiado importantes como para obviarlas y que es esencial dar pasos para ello y sobre la base de tal necesidad hemos emprendido el mencionado proyecto de investigación. Estamos, por tanto y sin duda, ante una fenomenología criminológica o antisocial (que no necesariamente delictiva) que nos debería preocupar más intensamente de cara a la futura aplicación del nuevo artículo 510 CP por la necesidad de seguir preservando los contornos de la libertad de expresión en nuestro Ordenamiento jurídico, de modo que, como advierte VIVES ANTÓN, la alocución «Discurso del Odio» no acabe dando cobertura al «déficit de legitimidad del castigo de ciertas expresiones que deberían quedar amparadas» por tal derecho fundamental¹¹¹.

5. Bibliografía consultada

- AKDENIZ, Y., «Controlling illegal and harmful content on the Internet», en WALD, D. (Ed.), *Crime and the Internet*, Routledge, 2001.
- ALASTUEY DOBÓN, M.^aC., «La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas», en *Diario La Ley*, núm. 8.245, 2014.
- ALCÁCER GUIRAO, R., «Discurso del Odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14, 2012.

¹¹⁰ FUENTES OSORIO, J. L., *La preparación delictiva*, Comares, 2007.

¹¹¹ VIVES ANTÓN, T. S., «Sobre la apología del terrorismo como 'discurso' del odio», en REVENGA SÁNCHEZ, M. (Dir.), *Libertad de expresión y...*, ob. cit., p. 45.

- ALCÁZER GUIRAO, R., «Víctimas y disidentes. El “Discurso del Odio” en EEUU y Europa», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, 2015.
- BARBER BURUSCO, S., *Los actos preparatorios del delito. Conspiración, proposición y provocación*, Comares, 2004.
- BOCK, A., «Online “Auschwitzlüge” und deutsches Strafrecht BGH», en *Computer und Recht: Forum für die Praxis des Rechts der Datenverarbeitung, Information und Automation*, núm. 17 (4), 2001.
- BORJA JIMÉNEZ, E., *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Comares, 1999.
- BRUGGER, W., «The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)», en *German Law Journal*, núm. 12 (3), 2002; y «Part II», en *German Law Journal*, núm. 1 (4), 2003.
- CANCIO MELIÁ, M., «Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000», en *Jueces para la Democracia*, núm. 44, 2002.
- CANO PAÑOS, M.Á., «Internet y terrorismo islamista: aspectos criminológicos y legales», en *Eguzkilore*, núm. 22, 2008.
- CARBONELL MATEU, J. C., «Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites de la actuación del Derecho Penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 18, 2012.
- CITRON, D. K. y NORTON, H., «Intermediaries and hate speech: Fostering digital citizenship for our information age», en *Boston University Law Review*, núm. 91, 2011.
- CUERDA ARNAU, M.^aL., «El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 56, 1999.
- CUERDA ARNAU, M.^aL., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 8, 2007.
- CUERDA RIEZU, A. R., «Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna», en Díez Ripollés, J. L./Romeo Casabona, C. M.^a/Gracia Martín, L./Higuera Guimerá, J. F. (EDS.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, 2003.

- DANIELS, J., «Cloaked websites: propaganda, cyber-racism and epistemology in the digital era», en *New Media & Society*, núm. 11 (5), 2009.
- DE DOMINGO PÉREZ, T., «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado “chilling effect” o “efecto desaliento”», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 122, 2003.
- DE DOMINGO PÉREZ, T., «La teoría del desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales», en MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A. L. y DE DOMINGO PÉREZ, T., *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones*, Comares, 2011.
- DE PABLO SERRANO, A., «Todo a una carta. La libertad de expresión. El debate en torno al discurso extremo y al discurso de odio en la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ED.) y DÍAZ CORTÉS, L. M. (COORD.), *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías. Memorias III Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales (17, 18 y 19 de junio de 2013)*, Universidad de Salamanca, 2014.
- DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 58, 1996.
- DEL ROSAL BLASCO, B.: «La regulación legal de los actos preparatorios en el Código penal de 1995», en JORGE BARREIRO, A./BAJO FERNÁNDEZ, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J. (COORDS.): *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, 2005.
- DÍAZ LÓPEZ, J. A., *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4.ª CP*, Thomson Reuters-Civitas, 2013.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LVII, 2004.
- FALXA, J., «Redes sociales y discursos de odio, un enfoque europeo», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ED.) y DÍAZ CORTÉS, L. M. (COORD.), *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías. Memorias III Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales (17, 18 y 19 de junio de 2013)*, Universidad de Salamanca, 2014.
- FUENTES OSORIO, J. L., «Formas de anticipación de la tutela penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 8, 2006.
- FUENTES OSORIO, J. L., *La preparación delictiva*, Comares, 2007.

- GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, Tirant lo Blanch, 2004.
- GARROCHO SALCEDO, A. y PORTILLA CONTRERAS, G., «Delitos de incitación al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (DIR.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (COORD.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, 2013.
- GASCÓN CUENCA, A., «Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2012.
- GASCÓN CUENCA, A., «La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 47, 2013.
- GÓMEZ BERMÚDEZ, J., «Terrorismo yihadista: lobo solitario, lagunas legales», Conferencia inaugural pronunciada en el *I Congreso del Centenario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia*, 4 de mayo de 2015.
- GÓMEZ MARTÍN, V., «Discurso del Odio y principio del hecho», en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (DIRS.), *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Tirant lo Blanch, 2012.
- GÓMEZ MARTÍN, V., «Fighting words, Auschwitzlüge y libertad de expresión», en *InterseXiones*, núm. 4, 2013.
- GÜERRI FERRÁNDEZ, C., «La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso del odio en España», en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2015.
- ÍÑIGO CORROZA, E., «Caso de la Librería Europa», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (COORD.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, 2011.
- JAKOBS, G., «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico» (traducido por Enrique PEÑARANDA RAMOS), en DEL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, 1997.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., «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 núm. 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)», en *Actualidad Penal*, núm. 36, 1999.

- LANDA GOROSTIZA, J. M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho Penal*, Comares, 2001.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., «Racismo, xenofobia y Estado democrático», en *Eguzkilore*, núm. 18, 2004.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del artículo 510 CP y propuesta de lege lata», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 7, 2012.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La libertad de expresión tenía un precio», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2010.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación?», en GARCÍA GARCÍA, R. y DOCAL GIL, D. (DIRS.), *Grupos de odio y violencias sociales*, Rasche, 2012.
- LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código Penal de 1995», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 19, 1996.
- LEVIN, B., «Cyberhate: A Legal and Historical Analysis of Extremists' Use of Computer Networks in America», en *American Behavioral Scientist*, núm. 45 (6), 2002.
- MASSARO, T. M., «Equality and Freedom of Expression: The Hate Speech Dilemma», en *William and Mary Law Review*, núm. 32 (2), 1991.
- MIRÓ LLINARES, F., «La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13, 2011.
- MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, 2012.
- MIRÓ LLINARES, F., «La criminalización de conductas ofensivas. A propósito del debate anglosajón sobre los límites del legislador penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17, 2015.
- MIRÓ LLINARES, F., «Derecho penal y Moral. Notas a partir de la controversia Devlin vs. Hart», en *Libro Homenaje al Profesor Miguel Bajo Fernández* (en prensa).
- MORETÓN TOQUERO, M.^ªA., «El "ciberodio", la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 27, 2012.
- PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal del "discurso del odio"», en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «La declaración de inconstitucionalidad del delito de “negacionismo” (art. 607.2 del Código Penal)», en *Revista Penal*, núm. 23, 2009.
- REBOLLO VARGAS, R., *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*.
- REY MARTÍNEZ, F., «Discurso del odio y racismo líquido», en REVENGA SÁNCHEZ, M. (DIR.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, 2015.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del Derecho penal*, Tirant lo Blanch, 2012.
- ROIG TORRES, M., «El “Discurso del Odio” en el sistema norteamericano y europeo. Tratamiento del racismo y la xenofobia en el Proyecto de Reforma del Código Penal», en *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 15, 2014.
- ROIG TORRES, M., «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (DIR.)/GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLÍN EVANGELIO, Á. (COORDS.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015.
- 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)», en *Revista de Derecho Político*, núm. 73, 2008.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., «La apología del delito», en *Persona y Derecho*, núm. 55, 2006.
- SANDEL, M. J., *Liberalism and the limits of Justice*, Cambridge University, 1998.
- SANMARTÍN, J., «¿Qué es esa cosa llamada violencia?», en *Diario de campo*, núm. 40, 2006.
- SANTANA VEGA, D. M., «Protección penal de la discriminación y libertad de expresión: la difícil convergencia europea», en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (DIRS.), *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Tirant lo Blanch, 2012.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., «El peligro de las palabras. A propósito del delito de apología del genocidio», en CUERDA RIEZU, A. R. y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (DIRS.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*, Tecnos, 2009.

- TERUEL LOZANO, G. M., *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Particular estudio de los ordenamientos español e italiano*, Tesis Doctoral inédita, Universidad de Murcia/Universitá di Bologna, 2014.
- TYLER, T. R., *Why people obey the law*, Princeton University, 2006.
- VALLS PRIETO, J., «Delitos contra la Constitución», en MORILLAS CUEVA, L. (DIR.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, 2015.
- VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 25, 2004.
- VIVES ANTÓN, T. S., «Sobre la apología del terrorismo como “discurso” del odio», en REVENGA SÁNCHEZ, M. (DIR.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, 2015.
- WALDRON, J., *The Hate in Harm Speech*, Oxford University, 2012.
- WHILLOCK, R. K., «The use of hate as a stratagem for achieving political and social goals», en WHILLOCK, R. K. y SLAYDEN, D. (EDS.), *Hate Speech*, Sage, 1995.

