

INCITACIÓN AL ODIO: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL (1995-2011) DEL ART. 510 CP Y PROPUESTA DE LEGE LATA* **

(A la vez, un comentario a la STS 259/2011 —librería Kalki— y a
la STC 235/2007)

Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA

Profesor Titular Derecho Penal
Universidad del País Vasco (UPV-EHU)

1. Introducción

Es un clásico la referencia al Juez Holmes y su alusión a que ni el estándar más garantista de protección de la libertad de expresión per-

* El presente trabajo se inscribe en el marco de los **Proyectos de investigación** financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación (**DER 2009-08167 subprograma JURI**), «Factores postdelictivos y peligrosidad postdelictual en la individualización de la respuesta penal», Investigador Principal Jon-M. Landa; y por el Gobierno Vasco (**GV IT 540-10**), «Individualización de las respuestas penales. Derecho comparado y armonización europea en sistema de sanciones», Investigador Principal Jon-M. Landa.

Se ha beneficiado, igualmente, de una estancia científica de investigación como *Visiting Fellow* en el Instituto *Lauterpach Centre for International Law* de la Universidad de Cambridge (Reino Unido) durante los meses de Julio y Agosto de 2011 gracias a la financiación del Gobierno Vasco (Programas de perfeccionamiento y movilidad del personal investigador. Año 2011). Deseo hacer constar mi agradecimiento especial al Director del Centro, Marc Weller, y a los demás miembros y profesores visitantes por la oportunidad para debatir y ampliar los puntos de vista sobre este trabajo de investigación.

** **ABREVIATURAS.** Ap.: apartado; Art.: artículo; c.: contra; CEDH, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950; CGPJ, Consejo General del Poder Judicial; CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; Dir.: director; FD: Fundamento de Derecho; FJ:

mitiría que una persona tuviera derecho a gritar ¡fuego! falsa y maliciosamente en un teatro atestado de gente¹. El problema de la intervención penal ante la nuda manifestación de la palabra, sin embargo, es cómo y dónde fijar los límites para evitar que un derecho tan fundamental como el de la libertad de expresión pueda quedar malherido y con él la propia democracia. El delito de provocación a la discriminación, odio y violencia que contempla el art. 510 del Código Penal vigente representa un frente particular de ese problema más general de fijación de límites legítimos a la libertad de expresión.

La propaganda de agitación xenófoba entre grupos parece evidente que supone un acto previo que puede llevar al enfrentamiento a gran escala². La cadena social que va desde la mente de quien pretende inocular el odio, hasta la preparación y ejecución de actos de propaganda inicia, sin duda, un camino cuya continuación es incierta y dependerá de un sinfín de factores hasta que progrese, si lo hace, hacia la incorporación de nuevas voluntades que pasen finalmente a la acción criminal en masa.

Lo incierto del proceso mencionado, no obstante, convive sobre todo en Europa con el trauma colectivo que supuso la experiencia nazi y la realidad de la máquina de guerra alemana ejecutando el Holocausto sobre la base de un programa de propaganda cuidadosamente planificado y ejecutado hasta la «solución final». La Europa

Fundamento Jurídico; Núm.: número; p./pp.: página/páginas; ss.: siguientes; SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial; SJP: Sentencia del Juzgado de lo Penal; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹ Schenck c. Estados Unidos 249 U.S. (1919). El caso sentenciado por la Corte Suprema de los EEUU el 3 de marzo de 1919 ha pasado a los anales de la historia americana como un hito del pensamiento liberal (destacando la práctica unanimidad de los historiadores al respecto RAGAN, Fred D., «Justice Oliver Wendell Holmes, Jr., Zechariah Chafee, Jr., and the Clear and Present Danger Test for Free Speech: The First-Year, 1919», *The Journal of American History* 58-1 (1971), p. 24) en la medida en que acuña el conocido test del «peligro cierto e inminente» (*clear and present danger*) con el ánimo de preservar el máximo espacio de libertad de expresión en el contexto del análisis de constitucionalidad de la Ley de Espionaje de 1917 y al hilo de la legitimidad del discurso disidente antibelicista. Destaca las aportaciones del Juez Holmes en este sentido con mención de un interesante «contraejemplo» al supuesto del grito falso de «fuego» en el teatro REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, «Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa del *ethos* democrático en la jurisprudencia constitucional española», *Cuaderno de Derecho Público* 21 (2004), p. 24.

² Puede consultarse un interesante estudio sobre la criminología de los crímenes contra la humanidad con un buen resumen del estado precario del análisis de sus causas y factores desencadenantes en MAIER-KATKIN, Daniel/MEARS, Daniel P./BERNARD, Thomas J., «Towards a criminology of crimes against humanity», *Theoretical Criminology* 13 (2009), p. 227 ss.

derruida y abrasada por la barbarie dejó un rescoldo en la conciencia jurídica que ha determinado un tratamiento excepcional del discurso del odio (hate speech) cuyo trasunto jurídico penal es, en el Estado Español, sobre todo el artículo 510 CP.

Esta contribución pretende explorar cómo puede interpretarse de *lege lata* ese artículo 510 CP después de que el Tribunal Constitucional (STC 235/2007) y el Tribunal Supremo (STS 259/2011) se hayan pronunciado sobre el problema y ante una realidad jurisprudencial de casi nula aplicación del tipo penal en cuestión. Los tribunales penales no acaban de encontrar la llave para que el artículo 510 pueda desplegar su ámbito de prohibición. En primer lugar, por ello, nos ocuparemos de presentar la exigua realidad aplicativa hasta la fecha para, a continuación, desgranar el cuerpo de jurisprudencia interpretativa que se va construyendo. Por último, y de manera más extensa, se intentará una trasposición de la jurisprudencia del TEDH en la materia como camino más seguro para releer el fallo del TC, reorientar la incipiente tesis del TS y hacer una propuesta que permita también al art. 510 cumplir con esa función excepcional de vedar —vía penal— entre nosotros la propaganda de odio con el máximo respeto posible al contenido esencial de la libertad de expresión.

2. Condenas y absoluciones: los números y los casos

2.1. Los números

Desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 apenas si se cuenta con condenas por el delito de provocación del artículo 510 y menos aún si nos referimos más precisamente a condenas firmes. Ya que aunque la primera condena en instancia se produjo por Sentencia del Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona el 16 de noviembre de 1998 («caso Varela» o «caso librería Europa»)³, diez años más tarde, la Audiencia Provincial en apelación revocó precisamente la relativa al delito de provocación (art. 510 CP) aunque

³ Caso en que se enjuicia al director de la Librería Europa de Barcelona que se dedicaba a la venta y distribución de libros, publicaciones, videos y demás material gráfico en que de forma reiterada y manifiesta se vertían manifestaciones gravemente vejatorias para la comunidad judía con evidente contenido xenófobo y discriminatorio. Para un comentario en profundidad de la sentencia véase LANDA GOROSTIZA, Jon-Mi-rena, «La llamada «mentira de Auschwitz» (art. 607.2º 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 Nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)», *Actualidad Penal* 1999, p. 689 ss.

mantuvo la que hacía referencia a la denominada apología del genocidio (art. 607.2 CP)⁴.

La dilación de más de diez años desde que se condena en instancia hasta que finalmente se resuelve la apelación se debió a la interposición de una cuestión de constitucionalidad relativa al delito de apología del genocidio (art. 607.2 CP) que fue finalmente resuelto por Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, declarando parcialmente inconstitucional dicho precepto y expulsando del ordenamiento jurídico-penal la incriminación de la *negación* del genocidio⁵.

Quizás ese tropicado inicio aplicativo del artículo 510 pueda explicar su exigua utilización por los tribunales que, a partir del año

⁴ Por Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 3ª) de 5 de marzo de 2008.

⁵ Sentencia que generó una viva polémica que sigue todavía ocupando a los comentaristas. Véanse, solo, los comentarios monográficos muy críticos de CATALA I BAS, Alexandre/PÉREZ I SEGUI, Zulima, «La negación del Holocausto. A propósito de de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007», *Revista Europea de Derechos Fundamentales* 10 (2007), p. 181 ss., especialmente p. 193 (acusando al TC de basarse en una lectura de la jurisprudencia del TEDH «sacada de contexto»); y de SUÁREZ ESPINO, María Lidia, «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio», *InDret. Revista para el análisis del Derecho* 2/2008, p. 1 ss. También considera «sorprendente» el fallo a la vez que «razonable» aunque, en cualquier caso, critica la lectura que hace el TC de la jurisprudencia del TEDH PECH, Laurent, «The Law of Holocaust Denial in Europe», en HENNEBEL, LUDOVICH/HOCHMANN, Thomas, *Genocide Denials and the Law*, Oxford, 2011, p. 206 ss., especialmente p. 209. En la misma línea de criticar la «inadecuada trasposición de la jurisprudencia del TEDH» CUERDA ARNAU, María Luisa, «Terrorismo y libertades políticas», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico (El Estado de Derecho Frente a la amenaza del nuevo terrorismo)* 3 (2008), p. 88. Con una valoración más positiva de la Sentencia SALVADOR CODERCH, Pablo/RUBI PUIG, Antoni, «Genocide-Denial and Freedom of Speech. Comments on the Spanish Constitutional Court's Judgment 235/2007, November 7th», *InDret. Revista para el análisis del Derecho* 4/2008, p. 1 ss. También acogiendo con satisfacción la inconstitucionalidad de la «negación» aunque reclamando el mismo resultado para la «justificación» RAMOS VÁZQUEZ, José, «La declaración de inconstitucionalidad del delito de de «negacionismo», *Revista Penal* 23 (2009), p. 120 ss. De forma más reciente desde la óptica del debate sobre su constitucionalidad, con sólidos argumentos, hace una valoración positiva aunque sugiere líneas de mejora LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «La libertad de expresión tenía un precio», *Revista Aranzadi Doctrinal* 6/2010, p. 1 ss. (especialmente su apartado V. *Una buena sentencia con un fallo mejorable*); desde una óptica más jurídico-penal véase ALONSO RIMO, Alberto, «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», *Revista de Derecho Penal y Criminología* 4 (2010), p. 13 ss.; y desde una óptica más jurídico-internacional y atenta al impacto del fenómeno negacionista en la construcción de la memoria véase el trabajo de FRONZA, Emanuela, «¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria», *Revista de Derecho Penal y Criminología* 5 (2011), p. 97 ss.

1998, sólo recurrieron al mismo de forma excepcional⁶ con el siguiente resultado global: cuatro condenas firmes en instancia que devinieron firmes (dos en el año 2004⁷, una en el año 2006⁸ y otra en el año 2010⁹) ante la ausencia de apelación; dos condenas («caso Varela») en instancia que fueron apeladas y revocadas por la Audiencia Provincial por lo que hace al artículo 510¹⁰; una condena en instan-

⁶ Salvo error u omisión los datos que se presentan en este estudio han sido obtenidos a través de las bases de datos del CENDOJ y WESTLAW, con última búsqueda a fecha de 1 de septiembre de 2011, complementados, en algún caso excepcional, con información de hemeroteca o de alguna otra fuente indirecta que se hará constar. No cabe excluir la existencia de otras sentencias firmes, especialmente provenientes de Juzgados de lo Penal por conformidad, que no estén contenidas en las bases de datos oficiales o privadas. Deben por tanto tomarse los datos como una aproximación y un intento de poner contornos a una realidad que, por otra parte, organismos internacionales de derechos humanos reclaman como una asignatura pendiente del Estado español en la lucha contra el racismo y la xenofobia. Véase, al respecto, recientemente, en el marco del Consejo de Europa, el Cuarto Informe sobre España de la ECRI (European Commission against Racism and Intolerance) de 7 de diciembre de 2010 (publicado el 8 de febrero de 2011), parágrafos 212 y 213, en donde se señalan los déficits —ya denunciados desde el tercer informe— en materia de monitoreo de datos. En concreto respecto de datos sobre delitos racistas en la Administración de Justicia la Agencia para los Derechos Fundamentales de la Unión Europea denuncia en su Informe de 2007 [Report on Racism and Xenophobia in the Member States of the EU (TK-AK-07-002-EN-C), FRA 2007, p. 14] que en el año 2006 solo cinco países de la UE, entre ellos España, no disponían de ningún informe nacional con datos sobre criminalidad xenófoba. Situación que continúa hasta la fecha pese a alguna excepción como la meritoria actuación del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona que ofrece una completa memoria anual al respecto desde su creación en 2009.

⁷ Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona de 12 de enero de 2004 (más conocido como el «caso Imán de Fuengirola» en el que se le condena al autor del libro «La mujer del Islam» por defender el castigo físico de la mujer por parte del marido y otros tratos degradantes); y Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Logroño de 2 de abril de 2004 (en el que se condena por la distribución de pasquines con frases denigratorias e incitadoras a la violencia contra los inmigrantes).

⁸ Sentencia, por conformidad, del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Lleida de 16 de noviembre de 2006 (en que se condena por delito del artículo 510.1 y 2 al difundirse informaciones injuriosas de contenido xenófobo y discriminatorio a través de una página web de orientación Skin Head).

⁹ De conformidad con la Memoria del Año 2010 de la Fiscalía Provincial de Barcelona. Servicio de Delitos de Odio y Discriminación, en su apartado V., pp. 43 y 44, por Sentencia del Juzgado de lo Penal num. 23 de Barcelona de 16 de junio de 2010 ha recaído condena por el delito del artículo 510 y del artículo 607.2. Según indica el periódico La Vanguardia en su edición digital de 16 de junio de 2010 (<http://www.lavanguardia.com/internet-y-tecnologia/noticias/20100616/53946302961/condena-pionera-en-espana-por-difundir-ideas-genocidas-por-internet.html>) (con último acceso a fecha de 16 de agosto de 2011) se trataría de una condena por conformidad «después de que la defensa y la fiscal llegaran a un acuerdo».

¹⁰ El primer proceso judicial, «caso Varela I» se inició como hemos señalado por Sentencia en primera instancia del Juzgado de lo Penal num. 3 de Barcelona de 16 de

cia en el año 2009¹¹, revocada en casación por la primera sentencia del Tribunal Supremo en la materia (STS 259/2011, de 12 de abril: «caso librería Kalki»); y, finalmente, un conjunto de supuestos objeto de absolución¹² o directamente inadmitidos por Auto de sobreseimiento antes de celebrarse siquiera juicio oral¹³.

noviembre de 1998 y se resolvió, posteriormente en apelación por Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 3ª) de 5 de marzo de 2008. Lo que podría denominarse como «caso Varela II» se inició con una condena en primera instancia por el artículo 510 por Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 11 de Barcelona de 5 marzo de 2010 y se resolvió, revocando la condena por el artículo 510 en apelación mediante Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 2ª) de 26 de abril de 2010 en la que, miméticamente respecto al primer proceso, resulta firme únicamente la condena por apología del genocidio del artículo 607.2 CP.

¹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 10ª) de 7 de octubre de 2009 (en que se condena a los acusados de asociación ilícita, delito de provocación y apología del genocidio por almacenar, vender y distribuir todo tipo de material en el que se denigra a la comunidad judía incitando indirectamente a su discriminación).

¹² Además de los casos «Varela I» y «Varela II» revocados en apelación cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 16ª) de 19 de marzo de 2001 (que declara la absolución en un supuesto de participación en una manifestación encabezada por una pancarta con la leyenda «Basta ya de agresiones, rumanos fuera»); y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 1ª) de 16 de julio de 2003 (que declara la absolución en un supuesto de actuaciones de cuatro jóvenes «violentos e inadaptados» en que tampoco se da por probada la existencia de asociación ilícita).

¹³ Así, por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos (sección 1ª) de 15 de febrero de 2002 (que declara la inexistencia del delito en el caso de la redacción de unos formularios a rellenar por hemodonantes de sangre donde se hace constar el ofrecimiento de autoexclusión a los denominados «grupos de riesgo»); Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 23ª) de 28 de mayo de 2003 (que declara la inexistencia del delito en el mismo supuesto que el Auto anterior); Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya (sección 1ª) de 3 de noviembre de 2003 (que declara la inexistencia de delito en el caso de la inclusión del término «maketo» en un programa de fiestas de barrio); Auto del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2004 (que declara la inexistencia de delito en el caso de un Director de la Guardia Civil que en la ceremonia de jura del cargo se compromete a que no existan sindicatos en el cuerpo armado); y el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid (sección 4ª) de 16 de mayo de 2005 (que declara la inexistencia de delito en el caso de una discusión vecinal surgida de conflictos de convivencia derivados del realojo en la comunidad de personas de etnia gitana).

También conviene destacar algunos supuestos más recientes y ligados a actividades de partidos de extrema derecha, o de tendencia en ese sentido, como el caso del líder del Partido Popular de Badalona Garcia Albiol. El caso hace referencia a la distribución de folletos en que se ligaba la delincuencia con personas de nacionalidad rumana o de etnia gitana y que, tras ser objeto de investigación por la Fiscalía coordinadora en materia de delitos de odio y discriminación, resultó, sin embargo, archivada la querrela correspondiente de SOS Racisme (Juzgado de Instrucción núm. 2 de Badalona —Barcelona— en marzo 2011). Recientemente, a finales de mayo de 2011, ha sido, no obstante, reabierto la causa por orden de la Audiencia Provincial de Barcelona (EL PAIS, 25 de mayo de 2011).

El resumen de la historia aplicativa del artículo 510, a quince años vista desde su entrada en vigor con el Código Penal vigente, se ciñe, por tanto, a cuatro condenas firmes y un conjunto nimio de absoluciones o archivos.

Pero vayamos de los números a los casos.

2.2. *Los casos*

El artículo 510 CP hace referencia a la provocación contra determinados grupos o asociaciones que vienen identificados por el texto legal a partir de los motivos con que actúa el sujeto activo del delito y que, en concreto, hacen referencia a la raza (racismo, antisemitismo), etnia, origen nacional, motivos ideológicos, religión, creencias, sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía¹⁴.

Frente a un panorama tan amplio de posibles grupos *diana* de las conductas de provocación típica el grueso de los casos enjuiciados por la jurisprudencia se concentra en torno a supuestos que tienen que ver con el núcleo duro de la xenofobia¹⁵ aunque también hay algún supuesto que apunta a la incitación a la discriminación o violencia contra la mujer y más residualmente algún otro supuesto de ar-

¹⁴ Es llamativo el olvido del legislador que por LO 5/2010 ha añadido en algunos casos, como en la agravante de discriminación del artículo 22.4º (Artículo único. Apartado segundo LO 5/2010), la referencia a la «identidad sexual» junto a la «orientación» y ha sustituido la referencia a la «minusvalía» por la relativa a la «discapacidad» pero que, en este caso del art. 510 CP, sin embargo, no lo ha tenido en cuenta. Ello acentúa más si cabe la falta de coordinación sistemática en el conjunto de preceptos antidiscriminatorios que presentan tenores literales aún más dispares tras la reforma citada. Ya se denunciaban y remarcaban los problemas de coordinación sistemática en este sentido a partir de un análisis de la génesis legislativa de la normativa discriminatoria en LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Comares, Granada, 2001, p. 129 (sólo respecto del artículo 510 en el CP vigente); para una perspectiva global de evolución p. 13 ss.

¹⁵ De acuerdo con la acepción por la que ya opté y que la distingue, como un concepto más amplio que va más allá aunque engloba el mero racismo en sentido estricto, y que hace referencia a actuaciones o ideologías que contribuyen a asentar valoraciones negativas de jerarquización de grupos en función de caracteres no sólo físicos externos (color de la piel) sino también a prácticas adscriptivas conforme a factores identitarios de grupo según referencias étnicas (color de la piel pero además lengua, cultura, historia, religión, origen nacional...). LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código Penal*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 1999, pp. 54 y 55 y 39 ss.

chivo o absolución respecto de cuestiones de índole puramente ideológica o relativas a la salud. Veámoslo.

2.2.1. La provocación xenófoba (art. 510). Es, sin duda, el núcleo aplicativo hasta la fecha. Los casos más emblemáticos han sido los correspondientes a la actividad propagandística filonazi y revisionista llevada a cabo de forma sostenida en el tiempo desde dos conocidas librerías de Barcelona. En concreto, en el caso de la **librería Europa** hay dos condenas, en instancia, y otras dos absoluciones, en apelación: la primera de ellas comprende la actividad de agitación del acusado desde el año 1996 (a partir de la entrada en vigor, por tanto, del artículo 510 CP) como titular y director del establecimiento. El foco principal de los hechos probados apunta a material escrito —libros, publicaciones, cartas, carteles— o gráfico —videos— que denigran al pueblo judío hasta el extremo de instar a que sus miembros sean objeto de exterminio «como las ratas» (*sic*) a la vez que se niega, banaliza o justifica el holocausto nazi. Condenado en 1998 por el Juzgado de lo Penal y absuelto por la Audiencia Provincial en 2008 del delito de provocación (pero no del denominado apología del genocidio —art. 607.2-), vuelve a ser objeto de nuevo procesamiento y condena por sentencia del Juzgado de lo penal de 5 de marzo de 2010. En este caso, los hechos probados se concentran particularmente en los primeros meses del año 2006 respecto, una vez más, de contenidos esencialmente antisemitas —aunque con referencia incidental a otros colectivos— dentro de la característica parafernalia nazi y neo-nazi, con mención expresa a la celebración de ciclos de conferencias y extractos de publicaciones, difusión vía Internet, etc. La Audiencia Provincial de Barcelona, apenas dos meses después de la condena de instancia, por sentencia de 26 abril de 2010 y de forma mimética al primer supuesto, también absuelve del delito de provocación (art. 510) y confirma únicamente el delito de negación y justificación del genocidio (art. 607.2).

El caso de la librería Europa, en sus dos procesos, apunta a una clase de actividad continuada de agitación desde un centro logístico organizado y con multiplicidad de conductas de distribución y propaganda. El núcleo duro de los contenidos es antisemita aunque complementado por agitación xenófoba antinegra, antimusulmana, contra los homosexuales y otros colectivos que son habitualmente destino de animadversión y del discurso del odio junto al pueblo judío. En esta misma línea se sitúa, tanto en contenidos, como en los modos de comisión, el denominado caso de la **librería Kalki**. En este supuesto el nivel de organización de la actividad en la librería como centro de agitación determina que la condena en

instancia no sólo sea por el delito de provocación (art. 510) y de apología del genocidio (art. 607.2) sino, también, por delito de asociación ilícita (art. 515 CP). La gravedad de los cargos determina que la sentencia de instancia (7 octubre de 2009) sea ante la propia Audiencia Provincial de Barcelona por lo que, por primera vez, conoce el Tribunal Supremo (Sentencia 12 abril 2011) un supuesto de aplicación del artículo 510 al revisarlo en casación. En el prolijo Hecho Probado Primero de la sentencia de la Audiencia, a lo largo de casi setenta páginas, se van analizando libro a libro las citas con propaganda nazi, antisemita, negadora del holocausto y discriminatoria respecto de otras «razas» (negra, amarilla...), homosexuales, discapacitados, etc...dándose por probado que durante varios meses del año 2003 los acusados distribuyeron dicho material en el citado establecimiento. Al igual que sucedió en los dos procesos de la Librería Europa, en este caso también el Tribunal Supremo absuelve a los acusados del delito de provocación y, además aquí, del resto de cargos.

2.2.2. Los dos casos emblemáticos de las librerías. Acaban ambos en absoluciones respecto del delito de incitación del art. 510 CP y responden a un patrón de propaganda nazi organizada. Las condenas firmes por delito de provocación (art. 510), sin embargo, abren el arco etiológico hacia conductas más aisladas, no tan organizadas, y con grupos diana no tan —o no solo— centrados en la agitación antisemita de matriz filonazi.

Los fallos que se encuentran más cercanos a este universo son dos sentencias por conformidad que registran un patrón muy similar. En el caso de la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Lleida de 16 de noviembre de 2006 se condena a dos acusados por crear **páginas web** y difundir desde ellas durante los meses de marzo a agosto de 2003 y durante parte del año 2004 contenidos de **ideología skin head** y de orientación antisemita, contra los inmigrantes o antisistema. La condena lo es por delito continuado del artículo 510 en sus dos modalidades (provocación del apartado 1 e injurias colectivas del apartado 2) a penas, respectivamente, de dos y un año de prisión y multa de nueve y seis meses.

En la misma línea debe situarse la condena por Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona de 16 de junio de 2010 en que el acusado insertó en sus **páginas web**, según registro practicado en abril de 2007, varios vídeos relativos al III Reich y a la vida privada de Adolf Hitler y Joseph Goebbels. Además, la web contenía un enlace a una biblioteca con acceso a libros con **contenido claramente xenófobo**, como el «Mein Kampf», donde Hitler argumentaba las

tesis del «peligro judío», y “El Segundo Informe Leuchter”, donde se cuestiona la utilización y la finalidad exterminadora de las cámaras de gas¹⁶. Según la Fiscalía de Barcelona el penado además mantenía mensajería instantánea a través de la cual se incitaba a la realización de actos vandálicos contra musulmanes y el movimiento «okupa»¹⁷.

La tercera de las condenas firmes, sin embargo, se aleja ya del patrón anterior. En el caso de la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Logroño de 2 de abril de 2004 los hechos, un tanto rocambolescos, se ciñen a la distribución y exposición pública de **pasquines contra inmigrantes** a los que se denomina basura, gentuza, se acusa en genérico de delitos como violaciones, robos, etc, y se amenaza con «defendernos aunque sea con explosivos». Los pasquines terminaban con un *Arriba España* o con una referencia al barrio *Madre de Dios* de cuya situación pretendían los escritos ser denuncia. Uno de los pasquines fotocopiado se colocó en la madrugada del 10 de septiembre de 2002 en la puerta principal del Ayuntamiento de Logroño, en la Delegación de Hacienda y en el propio Parlamento de la Rioja. Los dos acusados son condenados a penas de un año de prisión y multa de seis meses por el delito de provocación del artículo 510.1.

La última de las únicas cuatro condenas firmes hasta la fecha se sitúa ya fuera del universo de agitación antisemita o, en general xenófobo. Los hechos se refieren una vez más a los contenidos de un libro, «La mujer en el Islam», publicado en el año 2000 por el entonces **Imam de la mezquita de Fuengirola**. La parte del libro que finalmente integrará el tipo penal es la que tiene que ver con el maltrato y el castigo físico de la mujer por parte del marido. Y más concretamente con un conjunto de «consejos» que tratan de limitar y encauzar el modo y manera de administrar el castigo físico: no hacerlo en situación de furia exacerbada; no golpear partes sensibles; utilizar

¹⁶ Véase el periódico La Vanguardia 16 de junio de 2010, *op. cit.*, que añade: «En el registro del domicilio de Aitor R.E., realizado en abril de 2007, se encontró, en la puerta de acceso una pintada donde se leía “F18”, bajo una cruz gamada y una segunda esvástica. Dentro de la vivienda se encontraron dos documentos titulados “Texto de lectura obligatoria para aspirantes y futuros miembros del FNS-F18” y “Consejos para la Organización de Células”. En el primer documento se incluyen consejos y parámetros de actuación y pertenencia a un grupo, bajo el epígrafe “Estatuto Oficial del Frente Nacional Socialista-Frente Adolf Hitler”.

En el domicilio del acusado también se encontró documentación referida a las conferencias de la Librería Europa, así como panfletos propagandísticos y plantillas para diseñarlos, con mensajes como “contra la homosexualidad”, “Adolf Hitler tenía razón” o “la raza Blanca está en peligro’.»

¹⁷ Servicio de Delitos de Odio y Discriminación, *Memoria, op. cit.*, p. 44.

una vara no demasiado gruesa; no dar golpes fuertes y duros porque la finalidad es hacer sufrir psicológicamente y no humillar y maltratar físicamente. La Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona de 12 de enero de 2004 condena al Imam por el delito de provocación a la violencia por razón de sexo (contra la mujer) a las penas de un año y tres meses de prisión y multa de ocho meses¹⁸.

2.2.3. Otros supuestos de absolución o archivo. Por Auto reflejan, más bien, el filtro jurisprudencial hacia casos anecdóticos o supuestos en que el componente discriminatorio no es tan claro y dista mucho de presentar una tendencia de agitación claramente reconocible ni siquiera en una fase inicial de la instrucción. A veces sin embargo reflejan problemas de prueba o técnicos en la tipificación por las acusaciones. Desde el punto de vista de los grupos diana, los casos van más allá de la xenofobia en sentido estricto para acoger supuestos también por enfermedad o de un marcado carácter ideológico.

En este grupo se incluyen, por ejemplo, los Autos de la Audiencia Provincial de Burgos de 15 de febrero de 2002 y de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de mayo de 2003 en que se sobresee el supuesto en el que se hacía constar en los formularios de **donación de sangre** un ofrecimiento de autoexclusión a los denominados «grupos de riesgo». En concreto la terminología incluida en la población de riesgo de transmisión del SIDA apunta a la homosexualidad masculina, promiscuidad sexual que incluye relaciones con prostitutas en los últimos seis meses y drogadicción intravenosa. El propio Auto de la AP de Burgos (FJ Primero) reconoce la existencia «a lo sumo de desafortunada terminología» pero descarta de raíz la tipicidad de la conducta.

Otros dos supuestos de inadmisión a trámite tienen relación con cuestiones de índole más netamente **ideológica**. Es el caso de la utilización de la palabra «**maketo**» en un programa de fiestas de barrio de una localidad —Barakaldo— en el País Vasco. La Audiencia Provincial de Bizkaia en Auto de fecha de 3 de noviembre de 2003 reconoce el carácter despectivo del término pero niega que pueda integrar una conducta provocadora del artículo 510. Tampoco considera el Auto del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2004 como conducta de provocación típica unas declaraciones del **Director de la Guardia Civil** que en la ceremonia de jura del cargo se

¹⁸ Véase el comentario crítico con la Sentencia de JERICO OJER, Leticia, «El caso del Imán de Fuengirola: ¿auténtica comisión del delito de provocación a la violencia (art. 510.1 CP)?», *Revista Penal 18* (2006), p. 153 ss., especialmente pp. 173 y 174 cuando concluye la falta de trascendencia penal de las manifestaciones vertidas por el Imam a partir de una interpretación restrictiva de la figura del delito de provocación.

compromete a que no existan sindicatos en el cuerpo armado y que el denunciante entiende que puede ser constitutivo de provocación a la discriminación contra la Asociación Independiente de la Guardia Civil.

Otro conjunto de supuestos de absolución o Autos de sobreseimiento se vuelven a situar en el núcleo duro de **comportamientos xenófobos** de rechazo al extranjero o relativos a la etnia gitana, en todo caso alejados de la parafernalia neonazi organizada. A ello apunta la Audiencia Provincial de Zaragoza en Sentencia de 16 de julio de 2003 cuando desmarca en su fallo absolutorio las conductas de coacciones de un grupo de cuatro jóvenes, alguno de ellos con la **cabeza rapada**, de cualquier tendencia provocadora. Aunque muy centrado en negar los elementos necesarios para poder integrar una asociación ilícita se desprende que ni la hoja web que tenían confeccionada ni el acto de coacciones (quitar el carnet a una persona) que sí se da por probado y cuya condena se confirma, pueden integrar el delito de provocación aludiendo, por un lado, a que se trata de «unos jóvenes violentos e inadaptados» pero no organizados en asociación y, por otro lado, a problemas de infracción del principio acusatorio al haberse dirigido la calificación jurídica desde un principio por asociación ilícita y no por el artículo 510. En la misma línea, es objeto de absolución la participación en una manifestación encabezada por una pancarta con la leyenda «Basta ya de agresiones. **Rumanos fuera**» y haber pegado carteles en el mismo sentido, después de que un grupo de personas de esta nacionalidad hubieran agredido a otra persona y en protesta por ello. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de marzo de 2001 niega los elementos de tendencia necesarios para integrar el tipo del artículo 510 y confirma la absolución de instancia¹⁹.

¹⁹ Resulta interesante una cierta similitud con otro caso en que también es objeto de análisis una manifestación a raíz de la cual se discute si integra una conducta provocadora de discriminación. Se trata de uno de los pocos supuestos en que fue objeto de discusión la comisión de un presunto delito de asociación ilícita del art. 173-4º del Código penal de 1973: en concreto, la **sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial de León (Sección Segunda) de 9 de junio de 1997** y la posterior **sentencia del TS de 27 de noviembre de 1998, núm. 1477/1998**, que declara no haber lugar al recurso de casación. Los hechos objeto de enjuiciamiento se remontan a antes del año 1990 en relación a un asentamiento de varias familias gitanas en una propiedad particular, desocupada por sus dueños y en estado ruinoso, sita en el barrio denominado Puerta del Rey de la ciudad de Astorga. Ante el lamentable estado de falta de higiene en que estos vivían y la práctica de la mendicidad así como la comisión de pequeños hurtos o robos por los ocupantes mencionados, los directivos de una asociación de

Por último haremos alusión a otros dos pronunciamientos, una Sentencia y un Auto, que se refieren específicamente a comportamientos contra la **etnia gitana**. Así el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid de 16 de mayo de 2005 no ve indicio alguno de delito en una **discusión vecinal** surgida a raíz de conflictos de convivencia derivados del realojo en la comunidad de personas de etnia gitana en el barrio de la Victoria de Valladolid. Más graves son los hechos de que se ocupa la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Huelva de 14 de abril de 2008. Se trata de una **manifestación** convocada en el pueblo de Cortegana que pretendía mostrar la indignación por la muerte de un lugareño a manos de personas de etnia gitana. El inicial recorrido de la manifestación acaba modificándose y una parte de aquella accede al barrio donde reside mayoritariamente la población gitana de la localidad. Allí se viven situaciones de enorme tensión protagonizadas por algunos grupos de jóvenes que, ya de noche, logran pasar por encima del cordón de seguridad de la Guardia Civil y arrojan piedras, incluso provocan algún incendio y profieren todo tipo de insultos y amenazas graves contra las personas gitanas que estaban, previo aviso, encerradas en sus casas con las luces apagadas. La sentencia condena por delitos de desórdenes públicos (art. 557 CP) en concurso ideal con delitos de daños (art. 263 CP) con la agravante de cometer los delitos por motivos racistas o de discriminación referente a la etnia a la que pertenecían las víctimas (art. 22-4º CP). Absuelve, sin embargo, de delito de provocación del art. 510²⁰.

vecinos del barrio de Astorga iniciaron las gestiones oportunas para que se les desalojara de donde estaban y se les proporcionara un alojamiento adecuado en la ciudad. Como sus gestiones no dieron fruto llegaron a convocar y celebrar una manifestación. En la sentencia se resolvió, en cualquier caso, que en las actuaciones de los directivos mencionados no se apreció ni actuación violenta ni finalidad alguna de tipo racista o xenófobo y tampoco se promovió nunca la comisión de delitos ni la discriminación racial.

Tanto en este caso como en el de la Audiencia Provincial de Madrid de 2001 se argumenta que las manifestaciones persiguen la denuncia o la protesta legítima como clave para negar los elementos de tendencia provocadores de discriminación o violencia.

²⁰ El parecido en este caso con los sucesos de otro pueblo —Mancha Real— es manifiesto. Los hechos se remontan a mayo de 1991 cuando se produjo una pelea entre varios miembros de una familia gitana y otros de familia castellana en la que resultó muerto un vecino de dicha localidad. La reyerta motivó manifestaciones, incluso con la corporación municipal al frente, que acabaron en tumultos violentos contra las propiedades de las personas de etnia gitana que tuvieron que huir precipitadamente del pueblo ante el riesgo que corrían sus vidas e integridad física. Durante los incidentes que se prolongaron a lo largo de varios días se vertieron gran cantidad de soflamas provocadoras y amenazantes contra el colectivo de gitanos residentes en el pueblo de forma pública y en un ambiente de máxima crispación. Véase el relato fáctico contenido en la **STS de 2 de Julio de 1994** en la que por no haberse aprobado

2.2.4. De los casos expuestos obtenemos una foto con contornos difusos y un núcleo de atención jurisprudencial que, mayoritariamente, ha atendido supuestos provocadores de racismo y xenofobia de corte antisemita, filonazi y de rechazo a los inmigrantes. Curiosamente las condenas por el art. 510 abarcan esa parte de actividad menos organizada y queda tendencialmente fuera la más organizada (casos librería Europa y Kalki)²¹. Sólo excepcionalmente son otros grupos los que entran en la discusión: las mujeres (caso Imán de Fuengirola) y una serie de autos de inadmisión respecto de supuestos netamente ideológicos o de salud²². Es cierto que el número de supuestos en que se tienen en consideración este tipo penal del artículo 510 es todavía muy escaso. Y ello tiene que ver también con el enfo-

todavía ni la LO 4/1995 (de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio), ni estar vigente el actual Código penal, en ningún momento se planteó, lógicamente, la aplicación del artículo 510 pero que, a mi juicio, bien podría tratarse de un supuesto característico de los que debería abarcar el artículo 510. Véase, al respecto, LANDA GOROSTIZA, *La expansión, op. cit.*, p. 136 con referencias también a los sucesos de *El Ejido*.

²¹ La actividad más organizada tiende a ser aprehendida en su caso únicamente como delito del art. 607.2 (casos Varela) o, también, solo más recientemente, por delito de asociación ilícita: véase al respecto las condenas por Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 7) de 16 de julio de 2009 (caso Hammerskin España); y sobre todo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de junio de 2010 (caso *Blood and Honour*) confirmada por la STS 372/2011 de 10 mayo. Sentencia esta última que contrasta, sin embargo, con la absolución del TS en el caso Kalki cuando la sentencia de instancia (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de octubre de 2009) había condenado también por delito de asociación ilícita del art. 515.5.

Excede el marco de esta contribución un análisis más detallado de la evolución jurisprudencial del delito de asociación ilícita en su modalidad de promoción a la discriminación, odio o violencia (art. 515.5) aunque sí conviene que quede indicado, como mera hipótesis a confirmar, la posibilidad de que parte de la delincuencia organizada con rasgos objetivamente xenófobos y discriminatorios haya estado pasando inadvertida (véase, por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona —sección 8— de 27 de noviembre de 2000 absolviendo al grupo «Centuriones España» o «Hell's Angels») o canalizada a través de otras modalidades de delitos de asociación ilícita (particularmente el art. 515.1, por ejemplo, en el caso de supuestos de actuación delictiva de los denominados *Latin King*. Véase al respecto solo la polémica Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid —sección 15— de 14 de junio de 2007 que disuelve el citado grupo pero luego fue casada en parte por STS 378/2009, de 27 de marzo; también las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid —sección 16^a— de 18 de octubre de 2007; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid —sección 23^a— de 30 de abril de 2009 casada parcialmente por Sentencia del Tribunal Supremo 4124/2010, 14 de julio de 2010).

²² De los 15 casos expuestos —incluidas las condenas, absoluciones y autos— 10 tienen que ver con la xenofobia en sentido estricto, una con la mujer, dos (autos) con cuestiones netamente ideológicas y otras dos (autos) con grupos de riesgo en materia de salud.

que interpretativo que se refleja en la jurisprudencia y que pone de manifiesto las enormes dificultades para aprehender esta realidad de incitación. Vayamos, pues, al estudio de lo que los pronunciamientos judiciales van dando como posibles líneas de interpretación sobre todo teniendo en cuenta que contamos ya con un primer aporte del Tribunal Supremo (caso librería Kalki).

3. Fundamentación jurídica: el ámbito típico del artículo 510 según la jurisprudencia penal

3.1. La incipiente doctrina jurisprudencial sobre el delito de provocación xenófoba (art. 510)

Acaba de clarificar en gran medida su rumbo en la primera Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2011 que viene a absolver de todos cargos por los que habían sido condenados en instancia los responsables de la librería Kalki de Barcelona.

Dicha sentencia esta muy influenciada, como no podía ser de otra manera, por la doctrina interpretativa acuñada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 235/2007 sobre la figura de la negación y la justificación del delito de genocidio (art. 607.2 CP). El Tribunal Constitucional al verse enfrentado a uno de los casos límite de propaganda xenófoba, esto es, el relativo a la negación y justificación del genocidio, sobre todo nazi, determina un marco de legitimidad constitucional en esta materia que sin duda condiciona también a todo el universo de incitación racista, xenófoba y discriminatoria. El alcance de la STC 235/2007 va, sin duda, mucho más allá de la mera expulsión del ordenamiento penal del castigo de la nuda negación del genocidio e implica consecuencias interpretativas para el conjunto de la normativa de protección antixenófoba y antidiscriminatoria pero, particularmente, para todo el campo de los delitos de propaganda en esta materia entre los que el artículo 510, sin duda, ocupa un lugar central. Así las cosas, podría muy bien afirmarse que el Tribunal Supremo estructura sus argumentos jurídicos en su Fundamento de Derecho primero intentando trasladar puntualmente lo que entiende que determina el fallo del TC respecto de la interpretación en sede penal de dicho artículo 510. Veamos en que términos.

El TS es consciente, en primer lugar, de que debe desgranar la interpretación del artículo 510 como una, no la única, de las respuestas penales a la lacra de las corrientes ideológicas genocidas y discri-

minatorias. El delito de provocación xenófoba (art. 510) se debe analizar desde un punto de vista sistemático teniendo en cuenta que el legislador penal ha previsto también un delito de provocación, conspiración y proposición al genocidio (art. 615) y la figura de la justificación y pretensión de rehabilitación de regímenes genocidas (art. 607.2)²³.

El artículo 615, por lo que respecta a la provocación en sentido estricto, constituye según el TS una incitación **directa** a la comisión del delito de genocidio en línea con un entendimiento de dicho acto preparatorio acorde con las reglas generales y la doctrina interpretativa más extendida del artículo 18 de la Parte General del Código Penal²⁴. La cuestión esencial es, sin embargo, cómo progresar a la hora de establecer la diferencia entre dicha provocación en sentido estricto (art. 615) y las figuras delictivas del artículo 607.2, por un lado, y el artículo 510, por el otro. Y en este sentido el TS afirma categóricamente como elemento esencial del delito de provocación xenófoba del art. 510 el siguiente:

²³ También deben considerarse, especialmente, los delitos contra el honor como el TC (FJ 6) y el TS (FD Primero 2) remarcando respectivamente en las sentencias indicadas aunque, también, el bloque de delitos «relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas» (STC 235/2007 FJ 6): esto es, los contenidos en los artículos 510 a 526 del Código Penal. No cabe entrar en el marco de esta contribución a los problemas de delimitación de la normativa antidiscriminatoria (véase, al respecto, LANDA GOROSTIZA, *La expansión*, *op. cit.*, p. 107) pero sí debe quedar indicada la insistencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de que la persecución penal de conductas que no integran estos tipos penales de incitación puedan acabar por constituir afrentas al derecho al honor en la medida en que unos de los títulos legítimos para limitar la libertad de expresión es precisamente que la expresiones resulten «ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer y por tanto innecesarias a este propósito» (STC 235/2007 FJ 5). Vertiente de la cuestión que encuentra una primera incógnita a despejar en la necesidad de aclarar la naturaleza y relación del artículo 510.2 como conducta específica de injurias sobre grupos respecto de los delitos genéricos contra el honor (art. 205 ss.) Véase al respecto LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, *op. cit.*, p. 231 ss.

²⁴ Sobre el estado de la doctrina respecto de este punto véase solo recientemente el documentado estudio con ulteriores referencias de ALONSO RIMO, *Apología*, *op. cit.*, p. 17 ss. en donde presenta el estado de la cuestión sobre la interpretación del artículo 18 desde la perspectiva de su diferencia con el delito de justificación del terrorismo (artículo 578 del Código Penal) pero también aplicando en esencia su análisis al artículo 607.2 como distinto del acto preparatorio de provocación (y apología) del art. 615 CP. Anteriormente ya señalaba los paralelismos estructurales entre ambas figuras (578, 607.2) CUERDA ARNAU, María Luisa, «El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión», *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, *Estudios de Derecho Judicial* 128, CGPJ, Madrid, 2007, p. 105 ss. Sobre esta cuestión habremos de volver más adelante *infra* apartado 4.

«(...) En cualquier caso, es preciso que se trate de una incitación **directa**²⁵ a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo.»²⁶

El TS argumenta esa necesidad de que la incitación se dirija de forma directa a actos «mínimamente concretados» (actos de odio, discriminación o violencia) como resultado de una adhesión tacita a la corriente doctrinal que asegura que en el artículo 510 la mención a la «provocación» debe entenderse a la luz de las características que la definen en el artículo 18 del Código Penal²⁷. Por tanto debe ser directa, percibida por el destinatario, idónea para convencer (virtualidad suasoria y de convencimiento) y de carácter público. Solo habría una salvedad: que el hecho al que se provoque no debe ser constitutivo de delito en la medida en que en la dicción legal aparecen términos como el odio que es un sentimiento que no necesariamente requiere para su aparición la comisión de conducta delictiva ninguna²⁸.

La referencia final de la incitación, por tanto, es diferente (esto es: no tiene por que ser un delito), pero la necesidad de que la conducta de provocación sea directa y encaminada a la ejecución de hechos dotados de una mínima concreción se revela como el elemento característico central. A ello añade el TS, de manera algo confusa, un argumento sistemático en el sentido de subrayar que, conforme al Tribunal Constitucional, la justificación del genocidio del art. 607.2 debe ser interpretada como una incitación **indirecta** por lo que no podría ser que el delito de provocación del art. 510 que está castigado con mayor pena que la justificación del genocidio del 607.2 fuera también una incitación indirecta: con otras palabras, no podría explicarse sistemáticamente que la incitación indirecta a la comisión de un delito de genocidio pudiera aparejar menor pena que la incitación indirecta a actos —no delictivos— de odio, discriminatorios o violentos²⁹.

²⁵ No resaltado en negrita en el original.

²⁶ STS 12 abril 2011, FD Primero 2.

²⁷ Se puede consultar una buena síntesis del estado de la doctrina respecto de cómo debe interpretarse la provocación en el art. 510 a la luz de su relación con el artículo 18 en GARCÍA CONLLEDO, Miguel Ángel (Dir.)/OLAIZOLA NOGALES, Inés/TRAPERO BARREALES, María A./BARBER BURUSCO, Soledad/SECO DURÁN, Isabel/JERICÓ OJER, Leticia, *Protección y expulsión de extranjeros en derecho penal*, Madrid, 2007, p. 367 ss.

²⁸ STS 12 abril 2011, FD Primero 2.

²⁹ STS 12 abril 2011, FD Primero 2.

Habiendo sentado que tanto el art. 615 como el 510 son figuras de incitación **directa**, si bien con objetos de referencia distintos (en uno el delito de genocidio en el otro actos de odio, violencia o discriminación), la distinción con el artículo 607.2, a modo de escalón inferior de gravedad se cifra por el TS en el carácter de incitación **indirecta** de esta última como conducta de difusión no necesariamente pública de doctrinas justificadoras³⁰ del genocidio aunque, al menos, de manera que se permita el acceso a lo difundido a un número plural de personas³¹. El TS recoge y aclara las consecuencias interpretativas en sede penal a la hora de señalar el límite mínimo a partir del cual está vedada la intervención punitiva del Estado por injerencia en el contenido esencial —protegido— de la libertad de expresión. En concreto subraya que la difusión de ideas o doctrinas filogenocidas, incluso aunque sean contrarias a la dignidad humana, podrán en su caso afectar al derecho al honor pero no alcanzar relevancia penal desde la óptica que estamos analizando hasta que, o bien supongan una incitación indirecta a la comisión del delito de genocidio por la forma, el ámbito y el contenido de lo difundido; o, alternativamente, en atención a esa forma y ámbito de difusión y al contenido de lo difundido se esté creando «(...) un clima de opinión o sentimientos que den lugar a un peligro cierto de comisión de actos concretos de discriminación, odio o violencia contra los grupos o los integrantes de los mismos.»³²

La incitación del art. 607.2, al menos en punto a la conducta de justificación, precisa por tanto, de un juicio de valoración de lo difundido «en contexto»: es importante lo que se dice pero también cómo se vierte la incitación, dónde, quién lo dice y a quién lo dirige. Esas son las circunstancias esenciales del juicio excepcional de peligro, abstracto al menos, que puede llevar a afirmar en el caso concreto que estamos ante una incitación indirecta a cometer el delito de

³⁰ Debe tenerse en cuenta que el artículo 607.2 también hace referencia entre las conductas típicas además de a la negación —ahora inconstitucional y expulsada del ordenamiento jurídico— a la justificación y también a la difusión de ideas o doctrinas que «pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos». El Tribunal Constitucional, no obstante, ciñe su análisis exclusivamente a la conducta de «justificación» y «negación» de conformidad con su reiterada doctrina interpretativa de la cuestión de inconstitucionalidad y dado que tanto la fundamentación jurídica del Auto de planteamiento de la cuestión, por un lado, como el objeto del proceso penal, por otro lado, versaban únicamente sobre dichas conductas. Véase, al respecto, STC 235/2007, FJ 2.

³¹ STS 12 abril 2011, FD Primero 4, en el que continúa explicando el Tribunal el concepto de justificación sobre la referencia del delito de genocidio.

³² STS 12 abril 2011, FD Primero 5,6,7 y solo 7 in fine respecto de la referencia literal recogida.

genocidio que sigue siendo el referente último sobre el que el juicio de peligrosidad se emitirá³³.

3.2. *Expuesta lo que puede ser la doctrina incipiente del TS*

Parece evidente que se corrigen algunos pronunciamientos de instancia. En particular, precisamente dos de las cuatro sentencias condenatorias firmes: esto es, tanto el caso del Imán de Fuengirola³⁴ como el de los pasquines contra inmigrantes³⁵, consideraban al delito de provocación del art. 510 como una incitación directa a la comisión de actos delictivos³⁶. El TS, por el contrario, se adhiere, como acabamos de indicar, a una concepción de la provocación tributaria

³³ STS 12 abril 2011, FD Primero 8 resume las consideraciones del Tribunal respecto del carácter abstracto o no del peligro a valorar y del modo en que éste debe ser valorado. También se alude a que el juicio de valoración no puede identificarse con el «contexto de crisis» sobre el que habremos de volver *infra* apartado 4 ya que alude a mi postura interpretativa sobre el artículo 510 (véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, *op. cit.*, p. 341 ss., especialmente p. 355 ss.) que conviene matizar de forma adecuada.

³⁴ SJP Barcelona 12 Enero 2004, FJ Quinto: «El tipo recoge una conducta de provocación que el art. 18.1 define como incitar directamente a la perpetración de un delito, entre otras vías, por medio de la imprenta, siendo sus elementos definidores la incitación para la ejecución de un hecho previsto en la ley como delito y la percepción por el destinatario de las palabras o medios excitantes con independencia de su eficacia que debe ser posible, provocación conectada a un determinado fin que en este caso es la violencia contra un grupo definido por su sexo, las mujeres, bendiciendo como último escalón de la respuesta masculina a la rebeldía de la mujer el empleo de fuerza física que la lectora o el lector acogerán como doctrina de su guía espiritual que no cita versículo coránico alguno ni identifica a los autores que constituyen su fuente, quien conoce la legislación vigente en materia de malos tratos en el núcleo familiar pero que no traslada a sus receptores que golpear en las condiciones descritas es constitutivo de delito.»

³⁵ SJP Rioja 2 Abril 2004, FJ Segundo: «Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de provocación a la discriminación, odio o violencia a determinados grupos de población. La provocación consiste en una incitación por medios diversos que se caracteriza por una inducción general, cuyos requisitos son la incitación directa para la ejecución de un hecho previsto como delito, la necesidad de que se trate de uno o más delitos concretos, la percepción por el destinatario de las palabras o medios excitantes, con independencia de su eficacia y que la incitación instrumentada sea virtualmente suasoria (STS de 2 de enero de 1986 (RJ 1986, 118) y STS de 22 de octubre de 1994 (RJ 1994, 8163)) Se trata de una incitación canalizada a través de un medio que haya producido de modo efectivo una publicación de la provocación.»

³⁶ El tercer supuesto de condena, se trata de una Sentencia (JP Lleida 16 Noviembre 2006) por conformidad por lo que nada revela sobre la interpretación del artículo 510. Véase sus FD 1 y 2. La cuarta condena (JP Barcelona 16 Junio 2010) también lo fue por conformidad.

solo en parte de las características atribuibles a la definición del artículo 18 y enlaza, de esta manera, con algunos de los pronunciamientos más significativos en la materia vertidos en el denominado caso Varela.

Efectivamente, las dos Sentencias en apelación que revisan las condenas por el artículo 510 del caso Varela adelantan, con una fundamentación jurídica muy prolija y trabajada, lo que el TS ha venido en síntesis a corroborar. La SAP Barcelona de 5 de marzo de 2008 ya saca la conclusión de que el TC pretende diferenciar la justificación del genocidio (art. 607.2) y el delito de provocación (art. 510) precisamente en el carácter directo de la incitación que ésta representa: provocación directa, eso sí, no a la comisión de delitos sino, en una fase más adelantada, a conductas de odio, discriminación o violencia³⁷. Pero es quizás en el segundo proceso del caso Varela donde la argumentación jurídica se depura más y recoge las líneas interpretativas que se iban extendiendo por esta corriente de jurisprudencia menor.

La citada SAP Barcelona 26 Abril 2010 define al artículo 607.2 excluyendo, en primer lugar, que pueda constituir una incitación directa a cometer el delito de genocidio a modo de apología en sentido estricto (art. 18 CP) asegurando, por tanto, que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto que entraña una peligrosidad inherente de la acción de difusión que no puede presumirse *iuris et de iure* pero que solo dejará de tener relevancia típica si dicha peligrosidad se excluye de antemano «lo que procesalmente incumbirá acreditar al acusado»³⁸. Hay pues una presunción *iuris tantum* de que la difusión de ideas o doctrinas justificadoras del genocidio integran un peligro abstracto potencial contra el bien jurídico protegido que se cifra, según la Sentencia, en la dignidad

³⁷ SAP Barcelona 5 Marzo 2008, FD Cuarto *in fine*: «En todo caso, lo que parece claro, según se desprende de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional de los arts. 510 y 607 del CP, es que existe una diferencia real entre la difusión de doctrinas que suponen una incitación indirecta a la comisión de delitos de genocidio o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia y la provocación prevista en el art. 510 del Código Penal en la que la incitación a la discriminación, al odio y a la violencia es necesariamente directa y desde esta perspectiva nosotros consideramos que en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia tan solo 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 apreciar la comisión de un delito de provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos del art. 510 del Código Penal.»

³⁸SAP Barcelona 26 Abril 2010, FD Sexto.

humana de cada individuo y del conjunto del colectivo de referencia³⁹.

La acertada aproximación al artículo 607.2 como delito de peligro abstracto posible o potencial, no presunto⁴⁰, como cuestión de principio se complementa, posteriormente, con propuestas de contenido del juicio de peligrosidad que cargan en el acto de «difusión» la función de filtro entre el campo libre de expresión y las conductas típicamente relevantes. La conducta aislada de edición, venta de un libro o de impartir una conferencia o escribir un artículo, aun en el caso de que contuviera y vertiera ideas o doctrinas justificadoras del genocidio, podría constituir libelo pero no integraría la peligrosidad típica del 607.2 —que comparte con el delito de provocación del 510 según la Sentencia—. Solo la difusión, no la conducta aislada, puede llegar a generar un clima de violencia y hostilidad idóneo: un peligro cierto de generar un clima de violencia u hostilidad que puede dar lugar a la discriminación⁴¹.

³⁹ SAP Barcelona 26 Abril 2010, FD Sexto, insistiendo, además, una y otra vez *obiter dicta* que se produce también un ataque al honor que integra un delito de injurias graves por escrito y con publicidad que, sin embargo, no había sido objeto de acusación en el caso de autos. Viene a sugerir, por tanto, un concurso de delitos a partir de la misma conducta de difusión. No cabe detenernos en el marco de esta contribución en la problemática concursal respecto de los delitos del honor aunque debe quedar indicado que parece más adecuada una relación de **concurso de leyes** de manera que si la difusión integra un delito de justificación del genocidio éste absorba el desvalor que supone el ataque al honor que, sin embargo, pueda ser el tipo a aplicar cuando la peligrosidad no sea típicamente relevante a efectos del artículo 607.2. Propuesta que parece cohonestarse con la STC 235/2007 cuando alude a que no toda conducta contra la dignidad humana carece de protección desde el punto de vista de la libertad de expresión salvo que resulte ofensiva o insultante o, en un escalón superior de antijuridicidad, pueda integrar delitos de justificación del genocidio (art. 607.2) o de provocación al odio, violencia o discriminación (art. 510). Véase STC 235/2007, FJ 5 y ss.

De la misma manera debe también quedar indicado la inadecuación de la dignidad humana como propuesta interpretativa y, menos aun, como bien jurídico colectivo o supraindividual como parece deducirse de la fundamentación jurídica. Para un análisis de los posibles objeto de tutela en esta materia y en particular de los problemas de la dignidad humana como propuesta interpretativa de bien jurídico véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, *op. cit.*, p. 255 ss.

⁴⁰ En el sentido indicado, de forma magistral, por TORIO LOPEZ, Ángel, «Los delitos de peligro hipotético», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (ADPCP) 1981, p. 840 ss.

⁴¹ SAP Barcelona 26 Abril 2010, FD Sexto. Tesis que luego aplica la Sentencia en su FD Séptimo para llegar a la conclusión en el caso de autos que la librería Europa no realiza actos aislados sino verdadera difusión de las ideas y doctrinas justificadoras del genocidio por lo que confirma la condena de instancia con base en el artículo 607.2 CP.

La «difusión» esta apuntando a una cierta intensidad en la conducta de comunicación y extensión de las ideas en cuestión. Y esa intensidad, esa «cualificación», sin embargo, no queda del todo explicada. El Tribunal lo usa como clave de identificación de aquellos mensajes que suponen un plus de antijuridicidad que legitima la intervención penal y la restricción de la libertad de expresión en la medida en que dicho mensaje se vierte «(...) en condiciones y situación que suponga en si misma un peligro para la dignidad de toda persona humana y de los colectivos determinados que pueden verse afectados (peligro potencial) por un mensaje indirecto o subliminal de violencia o menosprecio»⁴². La «difusión» es peligrosa, alberga el potencial lesivo presunto (*iuris tantum*) que se confirma en el fallo pues su llamada de emulación de conductas por justificación halla en la sociedad española «(...) 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)»⁴³.

El tribunal del caso Varela, como ya vimos que también recoge el TS⁴⁴, niega de forma expresa que el «contexto de crisis» y la interpretación del artículo 607.2 que propuse en su momento⁴⁵ sean aceptables porque afirman que el asimilar la justificación del genocidio como especie del delito de provocación del 510 las convierte en «intercambiables» y por tanto haría innecesaria la existencia de uno de los tipos y, porque, en segundo lugar, no creen ni que el legislador ni que el tipo penal reclamen ese contexto en su literalidad⁴⁶. Sin embargo, en la propuesta jurisprudencial cargan sobre el verbo «difundir» el juicio de peligrosidad potencial con base en la situación social concreta sobre la que se vierte el mensaje difundido. El contexto «crítico» es por tanto el que permite explicar, como hemos visto (situación social de España, de la extrema derecha no democrática, de los grupos diana...) que la difusión sea típica por peligrosa para los bienes jurídicos. Y además afirma el Tribunal que eso es común a ambas figuras de los artículos 607.2 y 510⁴⁷.

⁴² SAP Barcelona 26 Abril 2010, FD Séptimo.

⁴³ SAP Barcelona 26 Abril 2010, FD Séptimo in fine.

⁴⁴ STS 12 Abril 2011, FD Primero 8.

⁴⁵ LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, op. cit., p. 341 ss., especialmente p. 355 ss.

⁴⁶ SAP Barcelona 26 Abril 2010, FD Sexto. Véase también las críticas de GARCÍA CONLLEDO, *Protección*, op. cit., pp. 360 y 361.

⁴⁷ En mi opinión el Tribunal niega el contexto crítico como elemento típico y estructura, sin embargo, su juicio de peligrosidad, como no podía ser de otra manera,

Pero antes de entrar en una crítica abierta y en el análisis de las contradicciones jurisprudenciales conviene cerrar el apartado informativo sobre cómo queda configurado, a juicio del tribunal, el delito de provocación del 510. A partir de la interpretación hecha respecto del artículo 607.2 la SAP Barcelona 26 abril 2010 va a asentar la diferencia asegurando que dicha provocación al odio, violencia o discriminación debe ser directa y representar la incriminación de conductas de peligro no ya abstracto, sino concreto («cierto, real y próximo»). En otras palabras: la incitación, clara y expresa, lo debe ser al menos a actitudes de auténtica y real hostilidad lo que confiere al discurso prohibido un componente de agresividad generador de la antesala de la violencia⁴⁸. La interpretación deja ordenadas las figuras del delito de provocación estricta a un delito de genocidio (art. 615), la provocación xenófoba del 510 y la figura de justificación del genocidio del 607.2 como una escala descendente de protección sucesiva según la cercanía del peligro⁴⁹.

El TS como veíamos antes no llega tan lejos ni desciende a una propuesta interpretativa tan precisa del artículo 510 que cifra, aquí sí de manera coincidente, en una incitación **directa** pero a los «hechos» de odio, violencia o discriminación que tendrán que acreditarse en el caso concreto alejándose, de esa manera, de focalizar el juicio de peligro sobre «actitudes» y sin entrar de forma expresa en la consideración de este delito como de peligro abstracto o concreto.

3.3. *Expuesta la doctrina jurisprudencial del TS*

Y las corrientes de jurisprudencia menor que aquella, respectivamente, corrige o confirma, es momento de recapitular a la vez que de

en función del contexto social que solo si es en el caso concreto «crítico» permite confirmar el umbral típico de peligrosidad. Probablemente el rechazo de mi propuesta de «contexto crítico» como elemento del tipo requiere de alguna explicación complementaria (cfr. *infra* apartado 4) pero es importante resaltar ahora que, a mi juicio, el Tribunal en gran medida sigue tal criterio en flagrante contradicción entre lo que proclama (SAP Barcelona 26 Abril 2010, FD Sexto) y lo que aplica (SAP Barcelona 26 Abril 2010, FDSéptimo).

⁴⁸ Tesis que recogen fundamentalmente de la interpretación que LAURENZO COPELLO, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos XIX*, Universidad Santiago de Compostela, 1996, pp. 264 y 265 ya sugería en su fundamental trabajo.

⁴⁹ SAP Barcelona 26 Abril 2010, FD Octavo y Noveno. Bien es cierto que el tribunal se pronuncia por esta opción interpretativa aunque, dialécticamente, mantiene la argumentación jurídica abierta a rebatir otras tesis y asentar la propia tanto en la hipótesis de incitación a delitos como a actitudes de hostilidad como peligro concreto.

resaltar algunos puntos oscuros y contradicciones que aconsejan configurar de forma más ajustada la interpretación jurídico penal de los artículos 607.2 y 510 a la luz de la doctrina constitucional de la STC 235/2007. Y es que la interpretación que el TS ha decidido de momento preconizar para el artículo 510 —y que en gran medida es tributaria de la SAP Barcelona 26 Abril 2010— alberga, a mi juicio, algunos aciertos pero también algunos puntos ciertamente discutibles.

Sin duda es a nuestro juicio positivo desmarcar la interpretación del artículo 510 de una incitación a la comisión de delitos, focalizar la discusión en el juicio de peligrosidad de las conductas y hacer una aproximación sistemática que pretenda sacar las consecuencias de la doctrina constitucional para esta figura de provocación pero, al mismo tiempo, en relación con la justificación del genocidio (art. 607.2) o con la provocación en sentido estricto al mismo (art. 615).

Ahora bien, apoyar la diferencia del delito de provocación (art. 510) respecto de la justificación del genocidio (art. 607.2) en el carácter directo o indirecto de la incitación en la manera en que lo hace el TS revela una cierta confusión en los referentes del juicio de peligrosidad que deben abordarse en ambas figuras pues, como veremos, se confunden el objeto final de la incitación y los medios para provocar. Además, muy probablemente, si prospera esta interpretación las posibilidades de aplicación del artículo 510 van a resultar muy reducidas pues consolida la argumentación que ha llevado a revisar las condenas más significativas tanto en el caso Varela como en el de la librería Kalki. El efecto de una tal interpretación será consolidar la vía de desviar —y reducir— toda la propaganda de agitación hacia la figura de incitación indirecta al genocidio (art. 607.2) condenando al ostracismo al artículo 510⁵⁰.

La interpretación jurisprudencial, además, como a continuación expondremos, no parece que se cohoneste con facilidad con la doctrina interpretativa que se deriva de la actividad de control del TEDH en relación a la «doctrina del odio» que no parece haber sido adecuadamente traspuesta.

Estos son algunos de los aspectos principales que deben ser ampliados a continuación para lo cual nos adentramos en la última parte de esta contribución donde se hará una propuesta de *lege lata* más operativa y, a mi juicio, más ajustada a la doctrina que se deriva de la STC235/2007, de la jurisprudencia del TEDH y, a la postre, de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos que, de

⁵⁰ Resalta este riesgo el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación, *Memoria, op. cit.*, p. 76 ss.

conformidad con el artículo 10.2 de la Constitución Española también deben integrarse en la interpretación sistemática de estos preceptos.

4. Propuesta interpretativa de *lege lata* a la luz de la STC 235/2007 y de la Jurisprudencia del TEDH

4.1. *Es lugar común en las interpretaciones del artículo 510*

Aludir al marco internacional que da cobertura a la sanción penal de la figura de la provocación al odio, la violencia y la discriminación. La propia Sentencia del TC se refiere a ello⁵¹, recogiendo la jurisprudencia penal⁵².

El marco internacional es importante a la hora de afirmar la necesidad de que debe responderse a la propaganda xenófoba incluso con el instrumento penal. El derecho internacional de los derechos humanos no deja lugar a dudas al respecto⁵³. Ahora bien, ni el artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 que obliga a incorporar una figura penal de provocación como la del art. 510 CP⁵⁴, ni tampoco la prohibición que al

⁵¹ STC 235/2007, FJ 6.

⁵² STS 12 abril 2011, FD Primero 1.

⁵³ Véase, por todos, THORNBERRY, Patrick, «Confronting racial discrimination: a CERD perspective», *Human Rights Law Review* 2005, p. 239, subrayando que sigue siendo la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 el instrumento central en la materia y ofreciendo un documentado informe de su potencial actual. Específicamente respecto del revisionismo y negacionismo del holocausto, aunque más centrado en el estudio de la normativa inglesa, puede consultarse COOPER, Jonathan, «Hate speech, holocaust denial and international human rights», *European Human Rights Law Review* 1999, p. 594 ss. Sin embargo, queda pendiente de incorporación al derecho penal internacional una figura de estas características por las tensiones que genera en las diversas tradiciones interpretativas de la libertad de expresión como acertadamente señala KAMATALI, Jean-Marie, «The U.S. First Amendment Versus Freedom of Expression in Other Liberal Democracies and How Each Influenced the Development of International Law on Hate Speech», *Ohio Northern University Law Review* 36 (2010), p. 721 ss. Por último para una visión de conjunto actualizada y omnicompreensiva del tratamiento del «discurso extremo» desde la óptica de los estándares regionales e internacionales de los derechos humanos puede consultarse el estudio de HARE, Ivan, «Extreme Speech Under International and Regional Human Rights Standards», en *Extreme Speech and Democracy*, HARE, Ivan/WEINSTEIN, James (ed.), Oxford, 2009, p. 62 ss.

⁵⁴ «Artículo 4: Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan

respecto establece el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁵⁵, van más allá de apuntar la necesidad de regulación. A la luz de los instrumentos internacionales centrales en la materia no queda claro en ningún caso cuál debe ser el exacto alcance del ámbito de prohibición de una norma penal general que enfrente la propaganda de incitación racista, xenófoba y discriminatoria.

4.2. Más allá de los instrumentos internacionales de ámbito universal

En Europa hay una corriente regional con un entendimiento de la libertad de expresión más proclive a establecer límites en este campo de conductas de incitación xenófoba⁵⁶. Comparando los estándares internacionales con las corrientes político-criminales eu-

justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;

b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;

c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.» Sobre su fuerza vinculante véase THORNBERRY, *Confronting, op. cit.*, pp. 253 y 254; también LANDA GOROSTIZA, *La intervención, op. cit.*, p. 96 ss.

⁵⁵ El artículo 20 del Pacto de 1966 establece, en su apartado 1 que «Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.»; y en su apartado 2 que «Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.» No se contempla, por tanto, ni siquiera una obligatoriedad de incriminación penal. Sobre las dudas del alcance de este precepto a la luz del contexto histórico en que fue introducido y sobre su aplicación véase NOWAK, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary, Kehl/Strasbourg/Arlington*, 2005, p. 474 ss.; también JOSEPH, Sara/SCHULTZ, Jenny/CASTAN, Melissa, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials, and Commentary*, Oxford, 2004, p. 544 ss.

⁵⁶ En contraste con una tendencia mucho más restrictiva en los Estados Unidos de América. Véase, una valoración positiva de la evolución europea frente a la estadounidense con sólidos argumentos que apuntan a una mejor aprehensión del daño que supone el discurso del odio DOUGLAS-SCOTT, Sionaidh, «The Hatefulness of Protected

ropneas no cabe desconocer que Europa ya ha alcanzado algunos puntos de acuerdo como lo refleja, significativamente, la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre⁵⁷ que insta a los Estados miembros de la Unión Europea a incriminar diversas formas de incitación pública al odio o la violencia contra grupos de personas o miembros de tales grupos definidos en relación a la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional⁵⁸. En Europa, al menos en la Unión Europea, las bases de consenso para una política criminal que diferencia formas más generales de incitación xenófoba (incitación al odio o la violencia) y formas más particulares (apología, trivialización o negación del holocausto y, por extensión, el genocidio) están más avanzadas.

Speech: A Comparison of the American and European Approaches», *William & Mary Bill of Rights Journal* 7 (1999), p. 305 ss. Un breve resumen de tendencias sobre la jurisprudencia de EEUU respecto de la violencia racista puede consultarse en FAYOS GARGO, Antonio, «Reflexiones sobre la jurisprudencia norteamericana en materia de libertad de expresión: de Holmes a la sentencia del caso internet», *Revista de Administración Pública* 141 (1996), p. 409 ss.; más actualizado en PIZZORUSSO, Alessandro, «The Constitutional Treatment of Hate Speech», *Convergence of Legal Systems in the 21st Century. General Reports delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law*, International Academy of Comparative Law, BruylantBruxelles, 2006, p. 1229 ss. Recientemente hace una síntesis de la jurisprudencia de EEUU en la materia y una propuesta de regulación muy atenta a los estándares internacionales y comparados WEBB, Thomas J., «Verbal Poison-Criminalizing HateSpeech: A Comparative Analysis and a Proposal for the American System», *Washburn Law Journal* 50 (2011), p. 445 ss.

⁵⁷ Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal (Diario Oficial n° L 328 de 06/12/2008 p.55-58). Decisión marco que, no obstante, fue objeto de 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 ello es el hecho de que ya en el año 2001 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 75 E/17) COM(2001) 664 final 2001/0270(CNS) (Presentada por la Comisión el 29 de noviembre de 2001).

También se refleja la tensión entre las diversas tradiciones constitucionales sobre la libertad de expresión en el considerando 6 del preámbulo de la Decisión Marco 2008 en que se renuncia a una «plena» armonización en la materia restringiéndose el objeto de acuerdo a las conductas más graves («formas particularmente graves de racismo y de xenofobia»). En la misma línea véanse las referencias expresas de la Decisión Marco 2008 a la libertad de expresión en el considerando 15 del preámbulo, en el artículo 7 y también, de forma indirecta, en la asunción en el artículo 1.2 de que las conductas a incriminar pueden venir acompañadas de elementos cualificadores como que den lugar a «perturbaciones del orden público» o «que sean amenazadoras, abusivas o insultantes».

⁵⁸ Artículo 1 Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008.

La Decisión Marco 2008, no obstante, como corresponde a su naturaleza armonizadora, tampoco cierra ni concreta definitivamente cómo debe entenderse la incitación al odio y a la violencia que articula su contenido central. Y es ahí, en la definición de la incitación y de las conductas provocadoras que tienen que tener relevancia penal, donde la fijación de criterios es esencial. Desde el punto de vista de la Decisión Marco sigue abierta la cuestión esencial sobre el contenido, los criterios y la definición de la incitación que debería ser objeto de incriminación penal.

Cuestión que, sin embargo, puede encontrar algo más de luz de la mano de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia de la que tampoco vamos a obtener una clarificación única y definitiva pero que, hasta la fecha, es el banco de pruebas con más experiencia y donde se han ido filtrando los casos frontera de los diversos países europeos. Una mirada matizada del conjunto de la jurisprudencia del TEDH apunta en una dirección que bien puede resultarnos útil a la hora de proponer una interpretación sistemática de los tipos penales del Código Penal español de 1995.

4.3. El discurso del odio y su rechazo frontal

Se sitúa históricamente como un elemento central que refleja la necesidad y el reto del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH), de asentar un modelo de democracia liberal que debía conseguir su enraizamiento después de la amarga experiencia del nazismo y el fascismo de la segunda guerra mundial y frente a la creciente amenaza del comunismo estalinista. Late una cierta desconfianza en que la democracia en Europa pueda llegar a resistir el acoso de discursos frontalmente opuestos a la igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos y por ello la libertad de expresión no ampara determinadas formas de propaganda. En un principio la jurisprudencia del TEDH identifica ese rechazo del discurso del odio con casos extremos de incitación que tienen que ver con el nazismo o neonazismo, el fascismo, el racismo, el antisemitismo y el comunismo. Pero de forma más reciente tienden a incorporarse a esta corriente jurisprudencial supuestos relativos al fundamentalismo islámico o situaciones de conflicto como la cuestión curda⁵⁹.

⁵⁹Por todos, HARRIS, D.J./O'BOYLE, M./BATES, E. P./BUCKLEY, C. M., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, p. 449. Véase también JACOBS, F./WHITE, R. C. A./OVEY, C., *The European Convention on Human Rights*, 2010, p. 428 ss.

Por un lado, la propia dinámica y función del TEDH en su análisis caso a caso⁶⁰ y, por otro, la extensión y amplitud de los universos de expresión y propaganda objeto de control hace difícil un abordaje de los criterios de identificación de la incitación xenófoba no protegida. No obstante puede constatarse una evolución con el paso del tiempo que ha llevado al TEDH desde un rechazo radical al discurso xenófobo, a uno más matizado en la medida en que un creciente número de casos de incitación al odio tienden a discutirse a la luz de su legitimidad como límites de la libertad de expresión (art. 10.2 CEDH) y no simplemente como supuestos *a priori* inadmisibles y exentos desde un principio de cualquier protección (art. 17 CEDH)⁶¹. Se alude como paradigmático en este sentido el caso *Jersild c. Dinamarca* 1994 en el que es objeto de control si resulta contraria a la libertad de expresión la sanción penal de un periodista danés (Jens Olaf Jersild) por permitir en su programa de análisis que miembros de las Chaquetas Verdes profirieran proclamas racistas de extrema dureza contra los inmigrantes y diversos grupos étnicos en Dinamarca. El TEDH, aunque de forma no unánime, decidió proteger al periodista porque aunque los profesionales de la información, de conformidad con el art. 10.2 CEDH tienen también «deberes y responsabilidades» que les pueden obligar a distanciarse de discursos racistas y xenófobos para evitar ser puras plataformas de difusión de los mismos, entendió en

en el que se hace un análisis conjunto de discurso del odio (*hate speech*) y de la incitación a la violencia tanto en materia más específicamente racista y xenófoba (incluido el revisionismo) como en los casos del conflicto kurdo. En la misma línea véase también el reciente análisis de BELAVUSAU, Udadzislau, «A Dernier Cri from Strasbourg: An Ever Formidable Challenge of Hate Speech (Soulas&Others v. France, Leroy v. France, Basyte-Lideikiene v. Lithuania)», *European Public Law* 16 num.3(2010), p. 373 ss. y su análisis integrado de la evolución de la jurisprudencia del TEDH en materia de *hatespeech* relativa tanto al contexto del terrorismo como al discurso anti-inmigración.

⁶⁰OETHEIMER, Mario, «Protecting freedom of expression: the challenge of hate speech in the European Court of Human Rights Case Law», *Cardozo Journal of International & Comparative Law* 427 (2009), pp. 428 y 429.

⁶¹HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, *Law, op. cit.*, pp. 449 y 450, explican que originalmente había una tendencia a cortar de raíz por abuso de derecho (art. 17 CEDH), sin siquiera entrar a analizar el caso, discursos por el mero hecho de la pertenencia de quien los profería a grupos frontalmente opuestos a los valores esenciales del Convenio. Con el tiempo se ha ido ajustando y refinando el control para evitar una laminación de otros derechos como la libertad de prensa y neutralizar riesgos de manipulación y abuso del artículo 17 por parte de los Estados: se entra, en definitiva, al estudio de más supuestos en los que se decide si los límites a la libertad de expresión resultan proporcionales y legítimos (art. 10.2 CEDH). Para un análisis de detalle de las diferencias en la aplicación de los artículos 17 y 10 por parte de TEDH véase KEANE, David, «Attacking Hate Speech Under Article 17 of the European Convention on Human Rights», *Netherlands Quarterly of Human Rights* 25/4 (2007), p. 641 ss.

el caso concreto que el periodista actuaba dentro del ámbito protegido de la libertad de expresión⁶². Más allá del caso concreto y del especial estatus del periodista, es importante subrayar cómo el foco del TEDH se desplaza en los casos frontera del mero contenido de las declaraciones proferidas a un análisis más fino del contexto en que se vierten para poder así deslindar la fina línea de separación entre el discurso libre y protegido por la libertad de expresión y aquel que queda fuera y puede legítimamente ser objeto de sanción incluso penal.

Esta tendencia general de mayor atención al contexto se observa, con matices, incluso en aquellos grupos de casos que, dentro del conjunto de supuestos de incitación xenófoba, tienen que ver con la negación o banalización del holocausto judío y, por extensión, del genocidio nazi. Y señalamos que con matices en la medida en que cabe constatar que el TEDH, por una parte, tiende a negar de manera aun más estricta cualquier protección a supuestos de agitación negacionista o revisionista relativa al holocausto nazi⁶³ mientras que, por otra parte, en otros casos de genocidio, crímenes contra la humanidad o de guerra, tiende a primar la libertad de expresión. Ejemplo de lo primero, es la aplicación del artículo 17 y su efecto guillotina en el caso *Garaudy c. Francia 2003* negando cualquier protección al demandante que fue sancionado penalmente por escribir y publicar un libro que negaba y trivializaba el holocausto judío en el marco propagandístico del revisionismo histórico de la Alemania nazi⁶⁴. Sin embargo, en el caso *Lehideux e Isorni c. Francia 1998* el TEDH se enfrentó a la persecución penal de un supuesto de revisionismo del

⁶² Caso *Jersild contra Dinamarca*, Sentencia del TEDH (Gran Cámara) de 23 de Septiembre de 1994. Véase, por todos, LAZCANO BROTONS, Iñigo en *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), Civitas, Madrid, 2009, p. 456 ss., quien incide en que se trata de una sentencia muy polémica y «bastante criticada» por los comentaristas.

⁶³ *JACOBS/WHITE/OVEY*, *The European*, op. cit., pp. 431 y 432. Véase también KEANE, *Attacking*, op. cit., p. 642, cuando afirma que el TEDH eleva el estándar de protección en el caso de la negación del Holocausto y demás formas conexas de impugnación de hechos históricos de la Segunda Guerra Mundial, atajándolas mediante el artículo 17 CEDH, frente a otras formas de racismo o discurso del odio que analiza conforme al artículo 10 («*The Court has a higher standard of protection against Holocaust denial and related questioning of the historical facts of World War II, which it will attack directly under Article 17 of the European Convention on Human Rights (ECHR), than other forms of racist or hate speech, which are examined under Article 10.*»).

⁶⁴ Caso *Garaudy contra Francia*, Decisión de inadmisibilidad de 24 de Junio de 2003. Véase, recientemente, el contraste, con el Caso *Le Pen contra Francia*. Decisión de Inadmisibilidad del TEDH (sección 5) de 20 de abril de 2010, en el que el contenido se refiere al discurso anti-inmigración en general y no a los hechos del holocausto.

régimen de Vichy en el que los demandantes reclaman y obtienen la protección del Convenio. En este supuesto la referencia al holocausto y la actuación nazi es tácita o, al menos, indirecta, pues la inserción de un anuncio publicitario en el periódico «Le Monde» se ceñía a la valoración positiva de la actuación colaboracionista del mariscal Pétain. El revisionismo no es directamente del régimen nazi sino de la contribución que a aquél prestó el gobierno colaboracionista francés. En este supuesto, el TEDH no solo no aplica la cláusula abusiva del artículo 17 sino que, a la luz de los límites que el propio Convenio reconoce a la libertad de expresión, considera que estos se ven sobrepasados por la actuación estatal y que la versión revisionista debe ser protegida por la libertad de expresión⁶⁵.

El TEDH, en definitiva, ha ido dibujando con el paso del tiempo un filtro del discurso de incitación xenófoba que solo en casos muy directa y evidentemente ligados a la agitación negacionista o revisionista del holocausto nazi tiende a desconocer los detalles del contexto. Pero dejando a un lado este grupo de casos más particular, el TEDH determina o no la protección del discurso del odio de matriz xenófoba y racista por remisión a un juicio de ponderación de los límites de la libertad de expresión (art. 10.2 CEDH) en el que el contexto social en que se vierten las expresiones resulta crucial⁶⁶.

⁶⁵ Caso Lehideux e Isorni c. Francia, Sentencia del TEDH (Gran Cámara) de 23 de Septiembre de 1998. Véase también el Caso Orban y otros contra Francia. Sentencia del TEDH (sección 5) de 15 de abril de 2009, que también otorga protección por infracción del artículo 10 CEDH por el castigo penal del demandante al que se acusó de defensa pública de crímenes de Guerra mediante la publicación de un libro sobre la Guerra de Argelia.

En opinión de KEANE, *Attacking*, *op. cit.*, p. 650, en el Caso Chauvy y otros c. Francia. Sentencia del TEDH (sección 2) de 29 de junio de 2004, se confirma la línea jurisprudencial del Caso Lehideux a la hora de reservar la utilización del art. 17 para los casos de negación o revisión del holocausto. Se trataba de la publicación en 1997 de un libro (*Aubrac, Lyon 1943*) en que se discutían las circunstancias en las que se produjo la detención de significados miembros de la resistencia francesa por los Nazis: el TEDH no aplicó el art. 17 y tampoco entendió que se había producido violación del art. 10 por el castigo penal del demandante por difamación pública.

⁶⁶ JACOBS/WHITE/OVEY, *The European*, *op. cit.*, p. 430: «In determining whether or not a statement constitutes such an incitement, context is very important. (...)», también p. 432. En la misma línea, HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, *Law*, *op. cit.*, p. 452, en donde se aboga por priorizar un análisis contextual del caso antes que promocionar, incluso en el caso de supuestos de revisionismo del holocausto nazi, una prohibición de contenido. Véase también la caracterización del estado de la jurisprudencia europea que recientemente sintetiza CRISTIANS, Louis-Leon, *Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial y religioso. Estudio para el taller sobre Europa (9 y 10 de febrero de 2011, Viena)*, pp. 5 y 17 (http://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccpr/docs/ViennaWorkshop_Background-Study_sp.pdf último acceso el 24 de agosto de 2011).

Un contexto cuya variedad y disparidad de criterios no están sistemáticamente ordenados ni aplicados pero que habilitan un margen de maniobra para que el propio Tribunal pueda ir dando respuestas caso a caso. De forma sintética podría afirmarse que ante el discurso del odio racista y xenófobo no hay una negación de protección sistemática y de contenidos. Hay, más bien, una tendencia que se ha ido decantando con el tiempo a valorar el contexto antes que el contenido del discurso de incitación. Tendencia más acusada cuanto más nos alejamos del revisionismo filonazi hacia otros universos de propaganda incitatoria del odio. Y tendencia más acusada, también, cuanto menos expreso es el discurso o «más indirecta» resulta la propaganda incitatoria. Y de ello es un ejemplo paradigmático el caso *Feret c. Bélgica 2009*, situado en el discurso antiinmigración y que es demostrativo *per se*, por un lado, de la labilidad con que la Corte de Estrasburgo se maneja a la hora de traducir su entendimiento de la libertad de expresión en el caso concreto; y, por otro lado, de la situación de debate y división en la materia. Lo de menos en este momento es su resultado: las proclamas xenófobas de un representante político de la extrema derecha belga no obtienen la protección del art. 10 CEDH. Lo que interesa resaltar es que en este fallo la sala aparece dividida con un estrecho margen de cuatro votos frente a tres y, en comparación con el caso *Jersild* o el caso *Lehideux*, decide estrechar los márgenes del discurso protegido ante un supuesto de proclamas contra la inmigración de tono, por otra parte, ciertamente duro⁶⁷.

El caso *Feret* viene, en efecto, a confirmar la línea dura de jurisprudencia del TEDH en materia de discurso xenófobo⁶⁸ a pesar de que concurren ciertas peculiaridades en este supuesto como, destacadamente, el hecho de tratarse de un representante político quien, como tal, tendría a priori un ámbito de ejercicio de la libertad de expresión más amplio⁶⁹. Sin embargo, en opinión de la mayoría del Tri-

⁶⁷ El demandante era el presidente de un partido de extrema derecha belga y responsable de la edición de sus escritos. Los hechos que determinaron su condena penal venían relacionados con una serie de octavillas en las que aparecen proclamas proponiendo la repatriación de inmigrantes, la aplicación de la preferencia nacional y europea, convertir los centros de refugiados políticos en albergues para los sin techo belgas, crear cajas de seguridad social separadas, dibujos ofensivos contra musulmanes, etc. Caso *Feret* contra Bélgica. Sentencia del TEDH (sección 2) de 16 de Julio de 2009, apartados 7 ss.

⁶⁸ BELAVUSAU, A *Dernier*, *op. cit.*, p. 388.

⁶⁹ Caso *Feret* c. Bélgica 2009, apartados 63 y 65, en que subraya el propio tribunal la ausencia de restricciones de la libertad de expresión (art. 10.2) en el ámbito del discurso político (aunque sin que la libertad de discusión política revista un carácter absoluto) a la vez que destaca el carácter «particularmente» precioso de dicha libertad de expresión y la necesidad de un control «de lo más estricto» en el caso de los cargos electos.

bunal, la condición de parlamentario del demandante no atenúa su responsabilidad sino que le depara un especial deber de cautela⁷⁰. Una consideración, por tanto, del conjunto de los hechos con atención especialmente al soporte utilizado para la difusión (unas octavillas) y al contexto electoral en el que se difundieron las palabras prohibidas lleva al TEDH a negar la protección del art. 10 CEDH⁷¹. La clave de análisis no es si la incitación es directa o indirecta a un concreto acto, delictivo o no. Es más, el TEDH afirma de forma categórica que «(...) la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro delictivo.»⁷² La clave es la puesta en contacto del discurso en el contexto social y el análisis de impacto en los bienes jurídicos a proteger frente al discurso del odio: cuando las palabras traducidas al contexto tienen la fuerza de «despertar» el odio, la violencia o la discriminación entonces es legítima la intervención penal según el TEDH. La mayoría saca la conclusión de que las palabras en ese contexto son discurso del odio no protegido. La minoría, por el contrario, interpreta el contexto en sentido opuesto: que la incitación sea directa o indirecta no es el punto clave, sino su eficacia final y su potencial de daño en contexto.

4.4. *Ahora bien, la no censura del TEDH*

De una persecución penal en un determinado Estado no es lo mismo que una afirmación positiva de los criterios que deben informar un estándar jurídico-penal de incitación xenófoba respetuoso con la libertad de expresión. En realidad la línea interpretativa de la Corte de Estrasburgo en este campo particular del discurso del odio asienta un espacio muy amplio de intervención penal no censurable o, con otras palabras, restringe y achica el campo de libre expresión privando de protección a un muy amplio universo de propaganda incitadora si lo comparamos, por ejemplo, con la tradición interpretativa de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América⁷³. Y ahí es donde el TC, en mi opinión, en su Sentencia 235/2007 recoge los criterios interpretativos básicos del discurso del odio pero, a la vez, pone distancia intentando ser más exigente con la intervención penal y, correlativamente, restringir en menor medida el campo de la li-

⁷⁰ Caso Feret c. Bélgica 2009, apartado 75.

⁷¹ Caso Feret c. Bélgica 2009, apartado 66 y ss. y, especialmente, 76 respecto del «contexto electoral» y su efecto potenciador del impacto del discurso racista y xenófobo.

⁷² Caso Feret c. Bélgica 2009, apartado 73.

⁷³ Véase *supra* nota 56.

bertad de expresión. Podría afirmarse que el TC buscaba ampliar el estándar de protección de la libertad de expresión en comparación con el TEDH y al hacerlo sugiere tácitamente las líneas interpretativas que legitimarían al límite la sanción penal de delitos de incitación xenófoba, al odio o a la violencia. Veámoslo.

El TC lleva a cabo un «doble juego» de ir, por un lado, recogiendo la doctrina de Estrasburgo en la materia pero, por otro lado, forzando⁷⁴ en cierto modo una interpretación más estricta que le habilite una trasposición de la misma al contexto del marco constitucional español. Por ello antes de aludir al discurso del odio, en el FJ 4 reitera su desmarque del modelo de democracia militante aludiendo a circunstancias históricas que están en el origen mismo del propio ordenamiento constitucional y que exigen la más amplia garantía de los derechos fundamentales y, en particular, repercute «con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica, de participación, de expresión y de información pues implica la necesidad de diferenciar claramente entre actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías»⁷⁵. La expresión, por tanto, de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución no están privadas de protección «a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional»⁷⁶.

La alusión a la lesión de bienes o derechos de relevancia constitucional empata con la aproximación a los límites de la libre transmisión de ideas que se desarrolla en el FD 5 y cuyo contenido, afirma el TC, coinciden «en lo esencial» con los que ha reconocido el TEDH en su artículo 10.2 CEDH:

«En concreto, [el TEDH] viene considerando (por todas Sentencia Ergogdu (sic) e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999) que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado «discurso del odio», esto es, a aquel que desarrollado en términos que supongan una incitación **directa** a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular.»⁷⁷

⁷⁴Forzar o si se prefiere, recoger de forma direccionada que no, frente a lo que afirman, de manera un tanto tajante CATALA I BAS/PÉREZ I SEGUI, *La negación, op. cit.*, p. 193, «basándose en una jurisprudencia del TEDH sacada de contexto».

⁷⁵STC 235/2007, FD 4. Respecto de las posibilidades y argumentos para mantener un posición militante y su contraste con el discurso racista respecto del TC véase la magnífica síntesis de REVENGA, *Trazando, op. cit.*, p. 33 ss.

⁷⁶STC 235/2007, FD 4.

⁷⁷La cita al caso Ergogdu (sic) es, en realidad, *Erdogdu*. Resaltado en negrita nuestro. Continúa el TC «En este punto, sirve de referencia interpretativa del Convenio la Recomendación num. R(97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30

La definición del «discurso del odio» que el TC dice recoger del TEDH da paso, finalmente, al análisis del juego excepcional que desarrolla el artículo 17 CEDH subrayando que un tal precepto «(...) no tiene parangón en nuestro ordenamiento constitucional.» (STC 235/2007, FD 5) y que, de cualquier manera, «(...) establece un mínimo europeo que no puede ser interpretado en el sentido de limitar las libertades fundamentales reconocidas por los ordenamientos constitucionales internos(...)» (STC 235/2007, FD 5).

Podría afirmarse de lo indicado hasta el momento que el TC busca su espacio de interpretación acogiendo el discurso del odio como el elemento clave sobre el que va a apoyar, primero, la inconstitucionalidad del art. 607.2 respecto de la nuda negación del genocidio y, segundo, la constitucionalidad de la persecución penal de su justificación. Es ese discurso del odio como límite de la libertad de expresión el «semillero» de legitimidad constitucional de la persecución penal e indirectamente de los criterios de definición de los preceptos penales contenidos en el artículo 510 y 607.2 CP.

4.5. *Ahora bien, a la hora de dotar de contenido*

Al discurso del odio y definirlo el TC fuerza la doctrina del TEDH. Por ello aludíamos antes al «doble juego» de recoger y forzar, ya que la definición que el TC da del discurso del odio es inexacta y confusa.

El TEDH no tiende a definir de manera precisa las categorías generales que contiene el art. 10 CEDH ni tampoco lo hace en el caso de las categorías que quedan fuera como, por ejemplo, el discurso del odio⁷⁸. Cómo deba entenderse tal discurso depende, por tanto, de una labor fundamentalmente de inducción a partir de los casos que se van resolviendo y, por ello, es probable que no poda-

de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promuevan el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia (SSTEDH Gündüz c. Turquía de 4 de diciembre de 2003, § 41; Erbakan c. Turquía, de 6 de julio de 2006).» Es importante retener las citas jurisprudenciales del TC al TEDH (¡las tres referidas al contexto del conflicto kurdo o al fundamentalismo religioso y no a cuestiones de propaganda filonazi o antiinmigración!), pues son el soporte de su definición del discurso del odio como incitación *directa* a la violencia sobre la que enseguida habremos de volver.

⁷⁸OETHEIMER, *Protecting*, op. cit., p. 428. En la misma línea CRISTIANS, *Taller*, op. cit., p. 4. De forma categórica WEBER, Anne, *Manual on hate speech*, Council of Europe, Strasbourg, 2009, p. 3 afirma que el TEDH nunca ha dado una definición precisa al respecto.

mos hablar de uno sino, más bien, de un conjunto de discursos del odio con solapamientos que agrupan como elemento común un determinado patrón de supuestos. Por eso cabe hacer un análisis desagregado de la jurisprudencia del TEDH ante casos de revisionismo o negacionismo histórico de matriz filonazi en contraste con aquellos que apuntan al discurso más general de tipo racista y, a la vez, marcar diferencias entre estos supuestos y las constelaciones de casos que tienen que ver netamente con la incitación a la violencia o al odio religioso⁷⁹.

Resulta por ello, cuando menos llamativo, que las referencias del TC en su Sentencia 235/2007 al «recoger» la definición del discurso del odio, lo sean a los casos del TEDH *Erdogdu*, *Gündüz* y *Erbakan*, referidos los tres al contexto del conflicto kurdo o al fundamentalismo religioso y no a cuestiones de propaganda filonazi o antiinmigración. Pero el punto más discutible, a mi juicio, es la tajante afirmación de que a su luz y de conformidad con la Recomendación num. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 30 de octubre de 1997 (a la que el TC se remite como referencia interpretativa), deba definirse el discurso del odio como aquel desarrollado en términos que supongan una incitación «directa» a la violencia. En el apéndice de la Recomendación citada, en efecto, se da una definición del *hate speech* (discurso del odio) en los siguientes términos:

«A los efectos de la aplicación de estos principios el termino «discurso del odio» deberá entenderse como aquel que comprende toda forma de expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia incluida aquella que se exprese a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hosti-

⁷⁹ A ello apunta el documentado análisis de CRISTIANS, *Taller*, *op. cit.*, pp. 4 y 5. En la misma línea los comentarios al CEDH, por todos, solo HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, *Law*, *op. cit.*, p. 449 ss. (con un análisis separado de los supuestos de incitación xenófoba, revisionismo e incitación a la violencia). Respecto de las particularidades de los casos de blasfemia y, en general, de ofensas contra los sentimientos religiosos véase la consideración de OETHEIMER, *Protecting*, *op. cit.*, p. 429. Para un análisis del discurso del odio desde la óptica de la libertad religiosa véase, por todos, PÉREZ-MADRID, Francisca, «Incitación al odio religioso o «hate speech» y libertad de expresión», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 19 (2009), p. 1 ss.; P3, Rafael, «Libertad religiosa y libertad de expresión», *IUS CANONICUM*, XLIX, 98 (2009), p. 529 ss.; y los estudios recogidos en la obra de HARE/WEINSTAIN (ed.), *Extreme Speech*, *op. cit.*, pp. 289 ss.; 311 ss.; 331 ss.; y 357 ss. (estos últimos más centrados en las interferencias respecto de discursos discriminatorios por razón de sexo); y p. 488 ss. (centrado en las interferencias con la incitación y justificación del terrorismo).

lidad contra minorías, inmigrantes y personas de origen inmigrante.»⁸⁰

Del texto transcrito no hay mención ninguna al carácter «directo» de la incitación. Pero tampoco en ninguna de las tres Sentencias citadas en primera instancia por el TC (*Erdogdu*, *Gündüz* y *Erbakan*) se hace mención alguna a que la incitación deba ser directa. Cuando el TC, por tanto, identifica el discurso del odio con la incitación directa a la violencia fuerza hasta el extremo la jurisprudencia del TEDH probablemente queriendo reflejar en su palabras el sentido garantista de los casos que cita. Y es que, precisamente, el caso *Erdogdu e Ince c. Turquía 1999* es un ejemplo paradigmático de protección de la libertad de expresión considerando una violación del art. 10 la persecución penal del demandante por la publicación de una entrevista pro kurda en la que el TEDH niega, de forma unánime, que se esté incitando a la violencia tras invocar la necesidad de que se tomen en cuenta tanto el contenido como el contexto en que se vierte para poder delimitar si estamos ante discurso protegido o discurso legítimamente excluido de protección⁸¹. Negar en este caso que se dé una incitación censurable no implica que pueda ser legítimamente perseguida con el instrumento penal si, en otro contexto, las mismas palabras llegaran a tener mayor eficacia incitadora. De la misma manera en el caso *Gündüz c. Turquía 2003* se vuelve a otorgar protección a la defensa de la sharia sin que, a la luz de las circunstancias del contexto, se considere que se esté llamando a la violencia para imponerla⁸². Por último en el caso *Erbakan c. Turquía 2006* también el re-

⁸⁰Appendix to Recommendation No.R (97) 20. Scope:

«The principles set out hereafter apply to hate speech, in particular hate speech disseminated through the media.

For the purposes of the application of these principles, the term «hate speech» shall be understood as covering 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.»

⁸¹ Caso *Erdogdu e Ince c. Turquía 1999*, ap. 52 (negando la presencia de incitación), ap. 51 (aludiendo a que la Corte «dispensara especial atención a la palabras usadas en la entrevista y al contexto en que esta ha sido publicada»). Se da además la circunstancia que esta Sentencia de la Gran Cámara contiene dos opiniones concurrentes, una colectiva de cinco jueces y otra individual, en que se comparte el fallo del Tribunal pero haciendo hincapié en la necesidad de llegar al mismo por medio de un análisis más contextual (opinión concurrente de los jueces Palm, Tulkens, Fischbach, Casadevall y Greve) o usando el clásico test de la jurisprudencia de la Corte Suprema de EEUU relativo al «peligro claro e inminente» (opinión concurrente del juez Bonello).

⁸² Caso *Gündüz c. Turquía 2003*, ap. 51

sultado final es condenatorio para el Estado en cuestión y garantista para el discurso político del ex primer ministro turco invocándose, entre otros aspectos, que sus declaraciones no parecía que entrañaran ningún «peligro actual o inminente»⁸³.

Podría aventurarse la hipótesis de que el TC quería recortar y contener el margen de maniobra del legislador que pretenda invocar el discurso del odio para limitar la libertad de expresión, a la vez que probablemente estaba pensando en que los criterios que asentara en este campo particular del discurso del odio racista y xenófobo deberían poder ser esgrimidos igualmente en otros campos como el terrorismo en donde también se cuenta con figuras penales de justificación⁸⁴. Pero si esta era la intención del TC debería haberla expuesto y no recurrir a una definición del discurso del odio que no se puede sostener a la luz de la jurisprudencia del TC⁸⁵.

4.6. *Al margen de la «forzada» definición que acuña el TC*

Sobre el discurso del odio la sentencia 235/2007 mantiene, a mi juicio, una línea acertada de interpretación que se afana por concre-

⁸³ Caso Erbakan c. Turquía 2006, ap. 68.

⁸⁴ Véase al respecto el estudio de ALONSO RIMO, *Apología, op. cit., passim*, en el que va desgranando los criterios de legitimidad tanto de las figuras del art. 578 CP (terrorismo) como del 607.2 a la luz de la STC 235/2007. Ya anteriormente analizaba entre nosotros la conexión entre la STC 235/2007 y el delito de enaltecimiento del terrorismo, por todos, CUERDA ARNAU, *Terrorismo, op. cit.*, p. 82 ss. Véase también, solo respecto del 578 y su eventual inconstitucionalidad por su interferencia con los límites de la libertad de expresión CARUSO FONTAN, María Viviana, «Los límites a la libertad de expresión en la Constitución y en las normas penales (especial referencia a la problemática de la apología del terrorismo)», *Revista Penal 20 (2007)*, p. 45 ss.; más recientemente por todos, recoge y sintetiza el estado de la doctrina y manifiesta su posición crítica LLOBET ANGLI, Mariona, *Terrorismo y «guerra» contra el terror: límites de su punición en un estado democrático*, Tesis Doctoral, UPF, 2008, p. 386 ss. (<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7307/tmll.pdf?sequence=1> ultimo acceso 26 agosto 2011); y también DE LA MISMA, «¿Qué fue de la libertad de expresión y la didencia política en la apología del terrorismo? En busca de su bien jurídico protegido», en MASFERRER, Aniceto (ed.), *Estado de Derecho y Derechos Fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Una aproximación multidisciplinar histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica*, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 552 ss.

Debe tenerse en cuenta que la situación interpretativa viene a complicarse aun más tras la reforma del CP por LO 5/2010, de 22 de junio, que introduce un párrafo *in fine* en el artículo 579.1 incriminando para los delitos de terrorismo «(...) la distribución o difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo, generando o incrementando el riesgo de su efectiva comisión (...)».

⁸⁵ En la misma línea de valoración véase PECH, *The law, op. cit.*, p. 209.

tar y afinar los límites de la libertad de expresión en un campo tan delicado como éste. Siguiendo a SOTTIAUX resulta indispensable incorporar criterios restrictivos que eviten que el discurso del odio actúe como un test de «mala tendencia» que habilite una excesiva restricción de la libertad de expresión con base en la pura tendencia de la conducta a causar un daño social. En opinión de dicho autor la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de EEUU superó históricamente un test de semejantes características porque su indeterminación y excesiva amplitud ponía en riesgo campos legítimos del discurso político⁸⁶. SOTTIAUX señala acertadamente el riesgo de que un filtro de «mala tendencia» pueda consolidarse en la Jurisprudencia del TEDH analizando precisamente los riesgos latentes que se deslizan en la opinión mayoritaria del caso *Feret c. Belgica* 2009⁸⁷. Y para evitar dichos riesgos propone, precisamente, avanzar hacia un estándar uniforme de incitación⁸⁸ que descansa en un conjunto de subcriterios⁸⁹ a aplicar al discurso cuestionado y que podrían sintetizarse de la siguiente manera: el contexto en que se vierte el discurso debe servir, en primer lugar, para poder inducir el aspecto subjetivo de la conducta pero, sobre todo, a la búsqueda de la dimensión colectiva del daño que supone el discurso del odio, para poder determinar el «probable impacto de la expresión»⁹⁰. Y ese «contexto» debe ser observado de forma analítica y valorado a partir de, en primer lugar, el canal de comunicación (a través de una publicación literaria, en un medio periódico, inserto en una obra poética, de forma semiprivada, a través de medios masivos de comunicación...); en segundo lugar, debe atenderse a la autoridad del comunicador; y, en tercer lugar, a la situación social de seguridad del lugar geográfico en el que el mensaje está siendo difundido. Hablante, medio y destinatario son observados desde el potencial del daño colectivo que el mensaje puede suponer para la sociedad en términos de seguridad. Daño al menos potencial sin que sea realista, en opinión del autor, poder aspirar a que el TEDH llegue a adoptar el estricto test del «peligro cierto e inminente» («clear and present danger») de la Corte Suprema de los EEUU⁹¹.

⁸⁶SOTTIAUX, Stefan, «“Bad Tendencies” in the ECtHR’s “Hate Speech” Jurisprudence», *European Constitutional Law Review* 7 (2011), pp. 40, 41 y 54 ss.

⁸⁷SOTTIAUX, *Bad, op.cit.*, p. 41 ss.

⁸⁸SOTTIAUX, *Bad, op.cit.*, p. 57 ss.

⁸⁹ En parte inspirados en la tradición canadiense en la materia (caso *Keegstra*) y en parte en la propia jurisprudencia del TEDH en el campo parejo del discurso subversivo y de agitación violenta («*subversive and violence-conductive speech*»). SOTTIAUX, *Bad, op.cit.*, p. 60 y *passim*.

⁹⁰SOTTIAUX, *Bad, op.cit.*, p. 61.

⁹¹SOTTIAUX, *Bad, op.cit.*, p. 61.

En esta línea cabe, en mi opinión, una relectura de la STC 235/2007 como intento de focalizar el filtro de constitucionalidad en torno al tipo de peligro creado y no tanto en torno al modo —directo o indirecto— en que el mensaje incitador lo canaliza. Miremos al resultado de peligro en contexto y no solo el vehículo de comunicación. Y es que una aproximación a la etiología de la propaganda de incitación racista y xenófoba revela que, en su mayoría, se trata de discursos no expresos ni dirigidos de forma concreta a una acción determinada. Se trata, estructuralmente, de incitación **indirecta**. Y es esta la que, al fin y a la postre, el TC reconoce presente en la justificación del genocidio siempre que ese modo provocador contenga el elemento cualificador («elemento tendencial») de su potencial emulador en el destinatario. Según el TC la justificación del genocidio supone la expresión de un juicio de valor en el que es posible reconocer un elemento tendencial que identifica con «la incitación indirecta» al delito de genocidio: quien justifica «llama» eficazmente a cometer ese delito aunque la llamada sea indirecta⁹². Y esa incitación indirecta —y esto es trascendental— puede plasmarse también como una posible modalidad específica cuando la justificación «(...) busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en (sic) grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación.⁹³» El TC reconoce que la justificación «puede» rebasar el umbral de lo constitucionalmente admisible en la medida en que se constate su capacidad —indirecta aunque real— incitatoria del delito de genocidio o, lo que es lo mismo, su efectiva creación de un clima de hostilidad o violencia que indirectamente también apunta a ese delito.

4.7. Ahora bien: ¿y si nos salimos de la justificación del art. 607.2?

¿Qué consecuencias debemos extraer para el delito de provocación del art. 510? El TS en la revisión del caso Kalki ha tomado posición concluyendo que la clave es la modalidad de incitación: si la indirecta legitima la conducta de justificación del genocidio, la provocación del art. 510 deberá ser directa, razona el alto tribunal. Sin embargo, en mi opinión, la conclusión es una interpretación po-

⁹²STC 235/2007, FD 9.

⁹³STC 235/2007, FD 9.

sible pero no la única. Y no solo no es la única creo que tampoco es la que mejor se adecua a una interpretación de los preceptos penales en cuestión desde el punto de vista de la función reguladora que deben desplegar en una materia tan compleja como la del discurso del odio xenóforo.

El artículo 510 es el género y el artículo 607.2 la especie: pero ambos están situados en esa «zona intermedia» a la que alude el propio TS cuando analiza en una reciente Sentencia un supuesto de justificación del terrorismo (art. 578 CP) mediante exhibición de fotos de miembros de ETA⁹⁴. Lo mismo que el delito del art. 607.2 o el 578 requieren una consideración aparte y distinta respecto del artículo 18 del CP, también el artículo 510 se aleja del patrón de conducta de provocación directa a un delito concreto en sentido estricto. Y en este sentido el propio TC *obiter dicta* viene a insinuar los elementos de tendencia que pueden ser reconocibles en el delito de provocación del art. 510 CP cuando afirma respecto de la «negación» del genocidio:

«La literalidad del ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenóforo o racista, ni menos aun la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que hace al odio racial o antisemita se refiere (sic), en el delito previsto en el art. 510 CP castigado con penas superiores»⁹⁵.

El propio TC, por tanto, afirma categóricamente que el art. 510 ocupa un espacio de incitación —al menos, que no solo ni siempre— indirecta al delito de genocidio y que apunta, en mi opinión, a que hay una franja específica de incitación indirecta que se solapa en ambas figuras delictivas apuntando a una relación concursal de leyes. En términos de la jurisprudencia del TEDH el artículo 607.2 aprehende una franja de incitación que hace referencia a la justificación revisionista del genocidio y que encontraría en el caso del holocausto nazi su versión incitadora sociológicamente más clara. Aquel conjunto de conductas que tienden a ser objeto del efecto guillotina de conformidad con el art. 17 CEDH vendrían a tener su equivalente penal en la figura de la justificación del genocidio. Y, probablemente, lo mismo

⁹⁴STS 299/2011, de 25 de abril, FJ 10 y 11 (caso «Txori Barrote»), aludiendo precisamente a la STC 235/2007 e identificando esa «zona intermedia» entre la libre expresión y la incitación directa al delito con el «discurso del odio» y reclamando la necesidad de una valoración «caso por caso» de la conducta que incluya «tanto las frases o expresiones producidas así como la ocasión y el escenario en el que fueron pronunciadas y, en fin, todas las circunstancias concurrentes (...)».

⁹⁵STC 235/2011, FJ 6.

podría asegurarse respecto de aquellos otros discursos que «pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos» (art. 607.2 *in fine*) cuando presenten elementos de tendencia equivalentes a los señalados por el TC para la justificación⁹⁶. El artículo 607.2 es un filtro especial, más focalizado a una constelación particular de casos que ya han demostrado su potencial de daño y que merecen especial atención cuando el contexto en que se vierten active el peligro a que apuntan. Siguiendo un símil de pesca 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 de daño social.

El artículo 510, sin embargo, es el tipo de recogida que, paradójicamente, ha sido dotado por el legislador de una banda de pena superior, pero solo en la franja alta (comparten el mínimo de un año), que permite en los casos más graves acudir hasta los tres años de cárcel (por dos del máximo del 607.2 CP). El retel del art. 510 se encarga del filtrado del conjunto del discurso de agitación cuyo punto final de mira es el crimen contra la humanidad que, es bien sabido, supone una categoría general de delito más amplia que el de genocidio pero también de la máxima gravedad. Por eso se abre el arco de grupos protegidos más allá de los que se pueden acoger a la protección antigénocida. Pero también es más amplio porque el tipo de discurso de agitación va mucho más allá de la mera justificación o pretensión de rehabilitación de hechos genocidas. La alusión a la provocación a la discriminación, odio y violencia comprende potencialmente toda clase de discursos del odio más allá de manifestaciones particulares de los mismos⁹⁷. Por esta razón, esto es, por el hecho de que el art. 510 tiene que filtrar y castigar todo tipo de discursos del odio que demuestren su peligro efectivo para grupos vulnerables es por lo que el arco de pena tiene que poder regular distintos niveles de daño social

⁹⁶ Supera el objeto de esta contribución un análisis detenido de este aspecto pero debe quedar indicado que aunque la STC 235/2008 no se pronuncia sobre esta conducta, parece evidente que su legitimidad constitucional dependerá de que se puede identificar en la misma un elemento de tendencia que la inserte en el discurso del odio pues una interpretación literal de la misma resultaría inconstitucional como ya señalaba acertadamente CUERDA ARNAU, María Luisa, «Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología», *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior* 1757 (1995), p. 5259.

⁹⁷ Tal apertura del arco penal es peligrosa y el riesgo de que el precepto se convierta en un instrumento de censura ilegítimo acompaña al art. 510 desde que nació como modelo legislativo en la Convención de 1965. Por ello en su momento reclamaba una delimitación del tipo que de *lege ferenda* perfile su tenor literal de forma más respetuosa con el principio de legalidad LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, *op. cit.*, p. 366 ss.

conforme a su gravedad. Las incitaciones no delictivas, sean directas o indirectas, podrán tener una carga potencial de daño diferente cuyo impacto sobre los bienes jurídicos comprometidos en el tipo determinará el tanto de pena de uno a tres años. La crudeza de los discursos en contexto determinará diversos niveles de gravedad y solo cuando dicho discurso tenga además cabida en la prohibición penal antigénocida del art. 607.2 podrán aplicarse las reglas del concurso de leyes en unos casos de especialidad y en los casos más graves de alternatividad⁹⁸.

Cabe además otro argumento que justifica una interpretación en términos de concurso de leyes entre el artículo 607.2 y el art. 510 en la medida en que explica las diferencias de pena. El universo de conductas que rodean al revisionismo del holocausto nazi constituyen un fenómeno social claramente identificable que ha convertido a este tipo particular de propaganda de agitación en un subgrupo de casos con una fuerza comunicativa mayor y más eficaz en la dinámica del discurso del odio. En términos de comunicación social es una propaganda que, con base en la amarga lección histórica del nazismo, hace más daño y el instrumento jurídico se ha hecho eco de su especial capacidad de penetración social mediante una condena *ad hoc*. Una condena «con nombres y apellidos» excesivamente particularizada en torno a un tipo de discurso. El artículo 607.2 CP recoge por ello esa particularidad que lo sitúa, sin embargo, desde el punto de vista del ámbito legítimo de protección de la libertad de expresión al límite⁹⁹. La excesiva concreción de conductas (antes negar; todavía hoy justificar o pretender rehabilitar) acerca a esta figura penal a una prohibición de «contenidos», a una prohibición de opiniones concretas, reduciéndose en la dinámica aplicativa el margen de manobra del contexto como filtro de su peligrosidad. En otras palabras: cuando se hace revisionismo con el holocausto —y por extensión

⁹⁸En la mayoría de los casos en que se expresen discursos revisionistas que justifiquen o pretendan rehabilitar el genocidio será el art. 607.2 CP el que deberá ser objeto de consideración para filtrar con su castigo aquellas conductas que demuestren su peligro existencial para los colectivos vulnerables (relación de especialidad art. 8.1 CP) pero cuando la gravedad de la conducta aconseje una pena superior podría recurrirse al art. 510 aplicando el art. 8.4 CP. Esto último refleja que el legislador, en su diseño inicial de los tipos penales, obró con una pésima técnica legislativa que lleva a algunas dificultades de interpretación sistemática que hubieran podido reconducirse de forma menos atormentada de haber partido con un claro programa político-criminal. Véase LANDA GOROSTIZA, *La política*, *op. cit.*, p. 108 y p. 13 ss.

⁹⁹ Por todos, véase CUERDA ARNAU, María Luisa, «El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales», *Revista del Poder Judicial* 56 (1999), p. 63 ss., con un completo —y muy crítico— análisis de las razones de inconstitucionalidad que vendrían aparejadas a la figura «apologética» del genocidio (607.2).

cualquier genocidio— la presunción *iuris tantum* de peligro para los colectivos vulnerables es tan fuerte que el riesgo de que se convierta en presunción *iuris et de iure*, y por tanto en delito de opinión que interfiera el contenido esencial de aquel derecho fundamental, no puede ser mayor. Por ello la proporcionalidad de la intervención penal tan al límite aconseja una banda de pena lo más contenida posible para evitar en lo posible el efecto desaliento¹⁰⁰. El artículo 510 tiene menos peligro desde este punto de vista ya que las conductas recogidas son más generales y se aleja el riesgo de prohibición de la mera adhesión ideológica por la pura expresión de un determinado contenido. El potencial efecto desaliento es menor aunque aquí el riesgo es el de su excesiva indeterminación y apertura (principio de taxatividad) que debe ser compensada, de *lege lata*, con una aproximación «contextual» que haga de filtro. Esa es la aproximación contextual que en este trabajo se ha intentado subrayar que se apunta —y se necesita profundizar— en la jurisprudencia del TEDH; se recoge en lo esencial en la STC 235/2007 y, enlaza, finalmente, con la última consideración que cierra esta contribución y que se cifra en la afirmación de que el artículo 510 debe aplicarse allí donde la incitación indirecta entre en contacto, o despierte, un «contexto de crisis».

4.8. *El esfuerzo del TS*

Buscando un elemento de contención a la amplitud del tenor literal del art. 510 es loable. Loable pero, a mi juicio, excesivamente estricto a la luz del fallo del TC que permite una interpretación más flexible y que aconseja adaptar la intelección del delito de provocación al campo de la incitación indirecta y no solo a la «directa a la comisión de hechos mínimamente concretados»¹⁰¹.

La clave no es si la dinámica de incitación alude expresamente a palabras o expresiones cuyo tenor literal apunten de forma evidente a llevar a cabo acciones concretas de discriminación, odio o violencia contra determinados grupos. Un discurso tan crudo desde luego podrá ser aprehendido por el ámbito de prohibición del art. 510 aunque, en la práctica, probablemente tienda a ser testimonial y, de cualquier manera, difícil será que no suponga una provocación a un de-

¹⁰⁰ Véase sobre el «efecto desaliento» el magnífico estudio, entre nosotros, de CUERDA ARNAU, María Luisa, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: La función dogmática del efecto de desaliento», *Revista General de Derecho Penal* 8 (2007). *passim*.

¹⁰¹ STS 259/2011, de 12 de abril (caso Kalki) y *supra* apartado 3.

lito concreto. El verdadero problema es cuando las palabras no son tan claras en su contenido literal y aislado del contexto en que se vierten. Y esta es la clave: el contexto.

A mi juicio solo cuando el resultado interpretativo final permita al operador jurídico obtener la convicción de que el discurso en contexto tiene la fuerza y eficacia suficiente como para contribuir a alterar significativamente las condiciones de seguridad existencial del colectivo contra el que se dirige, solo entonces cabra aplicar el artículo 510. Y ello requiere un contexto de crisis: pero la crisis no es una crisis general del Estado que habilita los estados de excepción, alarma o sitio. No es solo ni necesariamente una tal macrocrisis. La referencia puede ser también, tal y como apunta DOPICO, a una microcrisis¹⁰² que convierte un determinado discurso «indirecto» en una eficaz llamada al odio, a la violencia o la discriminación contra un grupo. Esa eficacia podríamos traducirla en que el resultado es que el colectivo vulnerable «se puede intersubjetivamente tomar en serio» que en su ambiente —su «clima» cotidiano de vida— puede verse interferido por la actuación violenta, amenazante, intimidatoria, discriminatoria del colectivo que evoca el agitador. Si el discurso «hace crisis» el intérprete puede aplicar el tipo sin interferir en el ámbito esencial protegido de la libertad de expresión.

¿Y cómo valoramos si hay o no (micro)crisis? En términos jurídico-penales el art. 510 es un delito de peligro abstracto, no presunto, como la propia jurisprudencia del TS y la jurisprudencia menor ha ido confirmando. No puede ser presunto el peligro porque activaría una prohibición penal de contenidos vetada constitucionalmente. Por tanto la peligrosidad debe ser confirmada en un juicio *ex ante* en el que es fundamental fijar los referentes. Y el referente final del discurso del odio que se criminaliza legítimamente debe ser el **crimen contra la humanidad** lo mismo que para el art. 607.2 lo es el genocidio. Referente final: esto es, la parte de la cadena social que cierra, tras muchos eslabones, una dinámica de agresión intergrupala. Y debe ser el crimen contra la humanidad, con su carácter de dinámica sistemática y masiva contra colectivos, la referencia de gravedad para que se pueda evitar que el filtro penal interfiera ilegítimamente en

¹⁰² Acertadamente corroborando, matizando y enriqueciendo esta línea interpretativa DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación para la sanción penal», *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003*, p. 519 ss. y *passim*; DEL MISMO, «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación para de la pena», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP) 2004*, p. 167 ss.

nudas conductas atentatorias contra la dignidad humana o que afecten únicamente a su derecho al honor. El delito del artículo 510 requiere un mayor nivel de gravedad. Así lo afirma el TC siguiendo y profundizando la estela de la doctrina del TEDH que también trata de dibujar esa fina línea de división. Por tanto cuando se habla de incitación indirecta se hace referencia a que el potencial de llamada instrumental de actos agresivos (mediante la inoculación de odio o actitudes de discriminación o violencia) encaja en una dinámica de enfrentamiento colectiva que ya nos pone «de camino» a una agresión grave. Hablaba en su momento de la «cacería del hombre (o la mujer)», de la «antesala del holocausto», pues son ejemplos paradigmáticos de escenarios potencialmente factibles a la luz de la agitación de matriz filo-nazi. Pero la antesala puede retrotraerse aun más siempre que, finalmente, la peligrosidad sea confirmada según el contexto social.

No propongo que se active el art. 510 solo cuando la situación de crisis sea tan grave que un crimen contra la humanidad sea inminente. No es un test de peligro cierto e inminente («clear and present danger») respecto de ese delito. El test de filtrado mira al horizonte y lee la fuerza del discurso en cuestión a la luz de un escenario final: el crimen contra la humanidad. Y desde ahí se analiza hasta que punto la comunicación provocadora consigue envenenar las relaciones intergrupales en cuestión hasta el punto de que cualquier ciudadano en la situación y condiciones de los destinatarios del discurso del odio vería afectada su confianza en que las leyes penales vayan a proteger con eficacia su vida o su integridad física o sus libertades fundamentales.

Y es ahí, en esa argumentación de convicción de si el discurso «ha hecho crisis» en donde la jurisprudencia penal tiene que ir haciendo el esfuerzo de construcción de constelaciones de casos prohibidos con base en un detallado hilo argumental que pueda decantar el juicio de peligro. No valen argumentos generales. Debe hacerse creíble el potencial de daño de cada discurso en contexto. Y para ello serian importantes los siguientes subcriterios:

A) **autoridad del sujeto activo** para provocar e incitar a la audiencia a quien destina el discurso (autoridad política, líder comunitario, miembro destacado de un determinado grupo...): su ascendente para con el grupo a quien pretende mover a acción y su relación directa con el mismo serán un elemento clave para valorar su capacidad incitadora. En este sentido especial gravedad tendrá la conducta de la persona que pueda hablar en nombre de organizaciones aunque no integre el tipo de asociación ilícita;

B) **tipo de audiencia:** puede ser un factor de gravedad la posibilidad de manipulación de personas menores de edad (grupos juveniles, parroquiales, musicales...) porque el perfil de incitación se dirija precisa y objetivamente a esos nichos de audiencia; pero también será importante conocer hasta que punto el autor de la incitación lanzaba su mensaje sobre «suelo mojado»: disponibilidad de la audiencia a actuar (situación de tensión local por un reciente asesinato interétnico, por ejemplo) o posibilidad de «neutralización» del mismo por la presencia simultánea de contra-discursos (debates públicos y equilibrados...);

C) **medio de comunicación** que, en principio, será público pero que puede resultar de mayor o menor alcance (pintadas, octavillas, publicación local, regional, estatal, internacional, Internet, medios de comunicación de masas, TV, redes sociales...);

D) **intensidad/frecuencia del mensaje:** repetición del mensaje y formato de comunicación frente a declaración esporádica¹⁰³;

E) **forma/contenido del mensaje:** expreso o tácito en abstracto (pero explícito en contexto), propio de modalidades de agitación organizada e internacional, puramente de incitación o mixto, planificado en el tiempo, extensión, duración, forma, estilo, ...;

F) **situación social** (contexto de «crisis presente» o que se crea) **de la comunidad de destino del discurso** en términos de relación entre grupos (convivencia normalizada o de máxima tensión, situación político-social, número de incidentes violentos con perfil de incitación xenófoba...);

G) **presencia de otros contextos de interferencia** en términos de libertades fundamentales (libertad artística, de cátedra, investigación, posiciones especiales: periodista, político, funcionario público en el ejercicio del cargo...)¹⁰⁴.

Estos subcriterios apuntados, sin ánimo de exhaustividad, deberían ser útiles para ir decantando en sede judicial un test de inci-

¹⁰³ En esta línea se puede situar el esfuerzo de la SAP Barcelona 26 abril 2010 del caso *Varela* cuando subrayábamos (cfr. *supra* apartado 3.2.) su esfuerzo por realizar el filtrado de los hechos a partir del término «difusión».

¹⁰⁴ Véase, en la misma línea, la propuesta de la organización ARTÍCULO 19 en su estudio «Towards an interpretation of article 20 of the ICCPR: Thres holds for the prohibition of incitement to hatred. Work in Progress (A study prepared for the regional expert meeting on article 20, organized by the Office of the High Commissioner for Human Rights, Vienna, February 8-9, 2010)», p. 9 ss., http://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccpr/docs/CRP7Callamard.pdf (con último acceso el 28 de agosto de 2011). Véase también CRISTIANS, *Taller, op. cit.*, p. 5.

tación entre el «peligro claro e inminente» de la Corte Suprema de EEUUy la «mera tendencia» al daño social de los discursos¹⁰⁵. Subcriterios o si se prefiere datos a integrar en el juicio de peligro con la aspiración de que la operación aplicativa del tipo penal pueda ir deparando con el tiempo una clasificación de discursos «en contexto» con una línea interpretativa de cierta claridad. Empresa, parece evidente a estas alturas, nada sencilla como lo demuestran los vaivenes del TEDH o la extraordinaria complejidad del propio fallo 235/2007 del TC. Empresa que espera el verdadero pistoletazo de salida en sede penal como lo demuestra el estado de aplicación efectiva del art. 510 CP. Pero empresa que podría encontrar en esta propuesta interpretativa de *lege lata* un asidero para ir al meollo de la cuestión: la incitación indirecta legítimamente punible en un Estado social y democrático de Derecho.

5. A modo de síntesis final

El delito de provocación al odio, la discriminación y la violencia del art. 510 CP debería cumplir la función de perseguir penalmente una cierta clase de propaganda que viene a identificarse como «discurso del odio» (*hate speech*) por el TEDH, siendo la figura de la justificación o rehabilitación del genocidio (art. 607.2 CP) una de sus modalidades más características. La práctica jurisprudencial en sede penal ha demostrado hasta la fecha que la aplicación efectiva de estos tipos penales es testimonial lo que contrasta con la inquietante evolución de las prácticas adscriptivas xenófobas en el Estado español¹⁰⁶.

El TS en su primer pronunciamiento interpretativo del delito de provocación del art. 510 CP identifica su contenido con la incitación **directa** a determinados actos de discriminación, odio o violencia, mientras que la figura filogenocida del art. 607.2 cubriría una incitación **indirecta** al delito de genocidio. Y ello, en opinión del TS, como corolario de la STC 235/2007 que al declarar inconstitucional la ne-

¹⁰⁵ SOTTIAUX, *Bad, op.cit., passim*.

¹⁰⁶ Véase, en un extremo, los datos de incidentes que registra MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Informe Raxen. Racismo, Xenofobia, Antisemitismo, Islamofobia, Neofascismo, Homofobia y otras manifestaciones de Intolerancia a través de los hechos*, Número 48, Diciembre 2010, p. 5 ss. Por otro lado véase el análisis del ECRI, 2010, *op. cit., passim*.; también Servicio de Delitos de Odio y Discriminación, *Memoria, op. cit., apartado 2, 4 y 5*. En contraste, una aproximación mucho más cautelosa del fenómeno puede verse en CEA D'ANCONA, M^a Ángeles/VALLÉS MARTÍNEZ, Miguel S., *Evolución del racismo y la xenofobia en España [Informe 2010]*, Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, Madrid, 2010, p. 341 ss. y *passim*.

gación del genocidio sentó también los criterios interpretativos de estos tipos penales con base en la doctrina del TEDH.

Una adecuada comprensión del discurso del odio del TEDH y del fallo del TC debería replantear esa interpretación. La cuestión clave no es si la incitación es directa o indirecta respecto de determinados actos —sean delictivos o no—: tanto la figura de la provocación del art. 510 CP como del art. 607.2 CP deben hacer frente estructuralmente a la incitación **indirecta** a la comisión, respectivamente, del crimen contra la humanidad y del delito de genocidio. La vía incitadora o provocadora podrá ser directa o indirecta a actos concretos o no: pero la referencia final —y en ese sentido es indirecta— será si el discurso agitatorio general o filogenocida entraña algún peligro abstracto posible para los bienes jurídicos como medio instrumental —eslabón intermedio— de una cadena de agresión contra colectivos vulnerables. La evolución de la doctrina del TEDH y el propio fallo del TC avanzan hacia un estándar de incitación al odio cada vez más atento al —y dependiente del— «contexto». En un campo tan delicado como el de «delinquir con las palabras» el problema real no es el discurso crudo y basto de incitación concreta a delitos o actos concretos evidentemente rechazables, sino los discursos de envenenamiento indirectos, tácitos pero eficaces. Podría discutirse de *lege ferenda* si es conveniente o, simplemente, posible la contención de ese tipo de discurso con el instrumento penal¹⁰⁷. Pero habida cuenta que en Europa (TEDH) y en particular en España (TC) está de momento abierta la legitimidad de la vía penal al respecto, la única tradición interpretativa practicada y practicable apunta a la construcción de criterios de «contexto» o, si se prefiere, de «peligro» para que se pueda deslindar con un mínimo de certeza el discurso protegido constitucionalmente.

La alusión al «contexto de crisis» y al «hacer crisis» como estándar de incitación que se propone en esta contribución pretende ser una aportación en ese sentido. Y frente a las objeciones de la jurisprudencia menor o del TS a ese razonamiento¹⁰⁸ entiendo que los matices introducidos respecto de la relación de concurso de leyes entre el art. 510 y 607.2, los subcriterios de contexto a tener en cuenta, el rechazo de (solo) un test de peligro «claro e inminente», deberían permitir una aplicación mayor y a la vez más razonable del delito de provocación del art. 510 CP con un coste lo menor posible para el libre ejercicio de la libertad de expresión.

¹⁰⁷ No es este el objeto de esta contribución que se centra en un análisis de *lege lata*. Pero véase al respecto LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, op. cit., p. 366 ss.

¹⁰⁸ Véase *supra* apartado 3.

Siguiendo al Fiscal Coordinador del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona¹⁰⁹, hasta que no se allanen los obstáculos de formación de los operadores jurídicos en materia de delitos antidiscriminación y no se tome conciencia adecuada de la necesidad de persecución de estos tipos penales, la construcción de constelaciones de casos del discurso del odio legítimamente perseguible en un Estado social y democrático de Derecho se verá seriamente impedido. Porque la experiencia europea demuestra que trazar una frontera entre la legitimidad de perseguir penalmente a quien grite maliciosamente ¡fuego! en un teatro atestado de gente y la ilegitimidad de usar la vía penal para acallar la disidencia¹¹⁰, es un trabajo de orfebrería jurídica¹¹¹ que cada jurisdicción debe acometer de acuerdo a las particularidades y estado de los prácticas sociales locales de propaganda de agitación.

Solo por tanto cuando los delitos de propaganda antidiscriminatorios inicien en serio su andadura jurisprudencial podrá de forma cabal abordarse un reto mayor y también pendiente: a saber, la aproximación de criterios entre los estándares de incitación y de apología entre los diferentes discursos del odio según —y al margen de que— estos hagan referencia al terrorismo, al extremismo, a la religión, a la etnia, a la nación, al sexo, a la orientación o identidad sexual, discapacidad, condición social...para evitar un tratamiento desigual de actos de igual gravedad y la tentación de manipulación política según la carga ideológica de unos u otros¹¹².

¹⁰⁹ Servicio de Delitos de Odio y Discriminación, *Memoria*, *op. cit.*, apartado VI (especialmente puntos 2 y 3).

¹¹⁰ Plantea de forma muy gráfica la doble aproximación a la libertad de expresión como una historia de su lucha contra la censura o, por otro lado, como sedimentación de un sistema de limitaciones para los discursos dañinos REVENGA SÁNCHEZ, *Trazando*, *op. cit.*, p. 24.

¹¹¹ Labor en la que probablemente una sustitución de la palabra «provocar» por «incitar» como sugiere el Fiscal coordinador del Servicio de Delitos de odio y Discriminación (Servicio de Delitos de Odio y Discriminación, *Memoria*, *op. cit.*, apartado 5) pueda no ser tanto la clave cuanto añadir elementos limitativos al art. 510 para dar seguridad al operador jurídico.

¹¹² Alerta, recientemente, solo respecto de la incitación al odio religioso, del riesgo de instrumentalización y «metadiscriminación» CRISTIANS, *Taller*, *op. cit.*, p. 10 ss.