



La STS 72/2018, de 9 de febrero: ¿Procede un giro de 180 grados en la restricción penal del derecho a la libertad de expresión? ^{1,2}

STS 72/2018, of february 9: is there a 180 degree turn in the criminal restriction of the right to freedom of expression?

Pastora García Álvarez
Universidad Pablo de Olavide, Sevilla
prgaralv@upo.es
ORCID :0000-0002-3278-8491

Resumen

La nueva redacción recibida por el artículo 510.1 tras la reforma introducida en el Cp español por la LO 1/2015, de 30 de marzo, le otorga un contenido con el que se reabre la vieja polémica de la legitimidad del Derecho penal para limitar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. En la Exposición de Motivos de dicha ley nuestro legislador fundamenta el nuevo tenor de este precepto en la necesidad de ajustar nuestra regulación penal a las exigencias de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, que, considera, no había sido traspuesta de forma adecuada. El objeto de este trabajo es analizar si efectivamente el nuevo tenor literal del artículo 510.1 a) Cp ha de dar lugar al cambio de la línea interpretativa que en dicha sentencia se refleja.

Palabras clave: Discurso del odio; Artículo 510.1.a) Cp español; Decisión Marco 2008/913/JAI.

Abstract

The new wording received by article 510.1 after the reform introduced in the Spanish Code by LO 1/2015, of March 30, gives it a content with which the old controversy of the legitimacy of criminal law is reopened to limit the exercise of the right to freedom of expression. In the Explanation of Reasons of said law, our legislator bases the new tenor of this precept on the need to adjust our criminal regulation to the requirements of Framework Decision 2008/913/JAI of the Council, of November 28, 2008, which, considers, had not been transposed properly. The purpose of this work is to analyze whether indeed the new literal wording of article 510.1 a) Cp must give rise to the change of the interpretative line that is reflected in said sentence.

Key words: hate speech; Article 510.1.a) Spanish Code; Framework Decision 2008/913/JAI.

¹ Trabajo de investigación realizado en el marco del Grupo Interuniversitario e Interdisciplinario de Investigaciones sobre la Criminalidad (SEJ678) de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla (España) y del Proyecto de Investigación PID2020-117403RB-100 sobre «Criminalidad organizada transnacional y empresas multinacionales ante las vulneraciones a los derechos humanos».

² Este trabajo ha sido publicado en su primera versión por la *Revista Direito Público* de Brasília, (20), 108, 383-407, DOI: 10.11117/rdp.v20i108.7724 | ISSN:2236-1766.

Cómo citar este trabajo: García Álvarez, Pastora. (2024). La STS 72/2018, de 9 de febrero: ¿Procede un giro de 180 grados en la restricción penal del derecho a la libertad de expresión?.. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (3), 68–85. <https://doi.org/10.46661/respublica.10269>

Recepción: 07.11.2023

Aceptación: 08.03.2024

Publicación: 13.03.2024

1. Introducción

El artículo (art.) 510 se encuentra ubicado en el Capítulo IV del Libro II del Código penal (a partir de ahora Cp), titulado “De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas”, bajo la rúbrica de su Sección primera relativa a “los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”.

Nos encontramos, pues, con un precepto en el que se castigan conductas que se cometen en el ejercicio de un derecho fundamental. En efecto, algunas de las conductas que se proscriben en este precepto suelen englobarse, desde hace algún tiempo, como conductas relacionadas con el fenómeno llamado del “discurso del odio”³ (art. 510.1 a y b) y con el del “negacionismo”⁴ (art. 510.1 c), conductas todas ellas que si bien podrían quedar englobadas en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, son, por tanto, sancionadas penalmente si se dan ciertos requisitos.

Ahora bien, la limitación por el Derecho penal del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, reconocido en el art. 20

de la Constitución española (CE), con la incriminación de estas conductas, no viene siendo aceptado acriticamente por los autores. Por el contrario, este precepto, desde la incorporación de parte de su contenido en el anterior Cp y, sobre todo, a partir de su redacción tras la aprobación del Cp de 1995, ha sido muy criticado y los autores han propuesto una interpretación restrictiva del mismo, siendo ésta también la tendencia mostrada tradicionalmente por nuestros tribunales.

Sin embargo y a pesar de ello, el legislador penal español, lejos de atender las propuestas doctrinales y acoger las interpretaciones jurisprudenciales habidas hasta la fecha, aprovechó la intensa reforma introducida en este cuerpo normativo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, (por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) (en adelante LO 1/2015) para aumentar en el art. 510 –como en otros muchos preceptos penales- las conductas punibles.

Así, tras su reforma, el art. 510 Cp integrado hasta la fecha por dos apartados, pasa a contar con un total de seis, en los que se castigan diversas conductas⁵: unas de nuevo cuño⁶, alguna que, habiendo sido declarada

³ Sobre cuyo significado iré haciendo puntualizaciones a lo largo de estas páginas.

⁴ Usando este término, siguiendo a ALAUSTEY DOBÓN, en sentido amplio, comprendiendo, por tanto, los supuestos de justificación, negación y minimización de los delitos de genocidio, fundamentalmente en el contexto del revisionismo histórico (2016, p. 1).

⁵ Así, para empezar, el art. 510 Cp está integrado por dos tipos básicos: el primero, en el apartado 1, con tres modalidades delictivas (a, b y c) y el segundo, en el apartado 2, con dos modalidades delictivas (a y b). A continuación, prevé dos tipos cualificados aplicables a los dos tipos básicos anteriores: el del apartado 3, apreciable cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación que los hagan accesibles a un elevado número de personas; y el del apartado 4, que entrará en consideración caso de que los hechos resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo. Después, el

apartado 5 prevé la imposición adicional de la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre. Y, por último, el apartado 6 dispone, a modo de consecuencia accesoria, la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, etc., estableciendo la retirada de los contenidos y, en los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información se difundan, exclusiva o preponderantemente, los contenidos a que se refiere el apartado anterior, el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.

⁶ Es lo que ocurre en la letra b) del art. 510.1 Cp en la que se tipifica, entre otras actividades, la producción, la elaboración o la simple posesión de material idóneo para realizar la conducta prevista en el apartado anterior. El legislador con ello da cumplimiento a la obligación establecida en la letra b) del art. 1 de la Decisión Marco 2008/913 del Consejo, de 28 de

inconstitucional vuelve a incorporarse al Cp⁷, y otras ya existentes que pasan a ser redactadas con mayor amplitud. Entre estas últimas, las encuadrables dentro del denominado discurso del odio, de “provocación al odio y a la discriminación”.

Conductas éstas que, ubicadas hasta la fecha en el que era el primer apartado del art. 510 Cp, pasan a integrar ahora, si bien con distinto tenor, la letra a) del mismo.

El objeto de este trabajo es analizar, específicamente, los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo para castigar estas conductas integrantes del discurso del odio con la finalidad de comprobar si el cambio del tenor de su redacción ha supuesto un cambio en la línea interpretativa habida hasta la fecha.

Para ello es necesario, en primer lugar, evidenciar cuáles son los cambios experimentados por el art. 510.1 Cp en esta materia. Cuestión a la que dedico el epígrafe siguiente.

2. El cambio de tenor literal del delito de “provocación al odio y a la discriminación” del Art. 510.1 CP

Hasta la reforma introducida en la materia por la LO 1/2015, el art. 510.1 Cp disponía lo siguiente:

Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o

noviembre (relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal); si bien lo hace, desde mi punto de vista, de forma inadecuada. Para más información, cfr. el análisis de este apartado en GARCÍA ÁLVAREZ, 2018, pp. 165-167.

⁷ Es lo que ocurre con la incorporación en este precepto (en el apartado 1, letra c) de la “negación” del genocidio. Modalidad ésta que fue suprimida de la redacción inicial del anterior art. 607.2 Cp, por ser considerada inconstitucional en virtud de la STC 235/2007, de 7 de noviembre. El legislador cambia con ello la ubicación sistemática tradicional del negacionismo del genocidio (art. 607 Cp), añadiéndole

asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

Y, tras dicha reforma, la letra a) del apartado 1 del actual 510 Cp sanciona con pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, a:

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

Si comparamos ambas redacciones, los cambios introducidos en esta materia son evidentes:

la de otros delitos (como los de lesa humanidad -art. 607 bis Cp-, o contra las personas y bienes en caso de conflicto armado -arts. 608 y ss. Cp-), del art. 607.2 Cp, a la sede de los delitos que se cometen con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales, al art. 510.1 Cp, convirtiéndola, de hecho, en una modalidad punible de la incitación a la violencia, al odio o a la discriminación. Por lo que podría parecer, como afirma críticamente Bernal del Castillo, que con esta reforma nuestro legislador lleva “a sus consecuencias lógicas la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre” (2016, pp. 2 y ss.), pero la verdad es que no da traslado a las mismas realmente.

En primer lugar, el verbo rector de la conducta típica deja de ser “provocar”, pasando a ser sustituido por los de “fomentar, promover o incitar”. Comportamientos todos ellos que podrán realizarse tanto de forma directa como indirectamente, si bien necesariamente de forma pública.

En segundo lugar, se añade a la incitación al “odio”, a la “discriminación” y a la “violencia”, la incitación a la “hostilidad”.

En tercer lugar, los destinatarios de estas conductas de fomento, promoción o incitación pueden ser ya no sólo determinados grupos caracterizados por ciertas notas, sino también una parte de los mismos o simplemente una persona integrante de dichos grupos.

En cuarto lugar, se aumentan las notas caracterizadoras del grupo contra el que se fomenta, promueve o incita al odio, la hostilidad, la violencia o la discriminación, pudiendo ser un grupo caracterizado no sólo por los factores diferenciadores preexistentes, sino también por una determinada “identidad sexual” o “género”.

Y, por último, manteniéndose la gravedad de la pena de multa, se incrementa la duración de la pena de prisión con la que se amenaza la realización de este tipo de comportamientos.

Todos estos cambios conllevan indudablemente una ampliación del ámbito de lo penalmente relevante, pero dos de ellos poseen, además, una importancia singular⁸.

⁸ Además de que, por otro lado, al incorporar la posibilidad de que los destinatarios de estas incitaciones sean no sólo los grupos, sino también las personas individuales que formen parte de los mismos choca, en mi opinión, con aquellas construcciones que entendían que el anterior art. 510.1 Cp recogía una conducta de “provocación” *sui generis* en la que no se protegían derechos individuales, sino la seguridad existencial de ciertos grupos caracterizados por ciertas notas, apoyándose, precisamente, en que sólo se mencionaban los “grupos” como posibles sujetos pasivos. Postura defendida fundamentalmente por LANDA GOROSTIZA, 1999, p. 239, pp. 346-348, pp. 352-353 y pp. 356-358. Autor que sigue sosteniendo que lo

Me refiero, en primer lugar, a la supresión del verbo “provocar” como verbo rector de la conducta típica. Con la sustitución de este verbo por los de “fomentar, promover o incitar” el legislador elimina el puntal de todas aquellas construcciones que interpretaban el anterior art. 510.1 Cp partiendo de la definición de la provocación como forma de participación intentada en el art. 18.1 Cp.

Y, en segundo lugar, al hecho de que se añada la posibilidad de que a lo que se fomente, promueva o incite no sea más que a conductas “hostiles”; con lo que el legislador recalca que aquello a lo que se fomente, promueva o incite, no tiene que ser algo desaprobado penalmente.

De manera que con estas dos reformas el legislador parece querer cerrar la puerta a todas aquellas interpretaciones que entendían que para que este delito fuera apreciable, el sujeto activo había de provocar a conductas violencias o discriminatorias constitutivas de “delito”⁹.

Interpretaciones que abogaban coherentemente por entender que la provocación al “odio”, en cuanto que éste no es más que una emoción humana, debía quedar fuera del ámbito de lo penalmente relevante¹⁰.

El que para dotar de contenido a la conducta de “provocación” del art. 510.1 Cp hubiera que acudir a los requisitos necesarios para poder apreciar la “provocación” como forma de participación intentada, o al menos a

que se protege en este precepto, aún tras su reforma, es la seguridad existencia de ciertos colectivos, si bien ahora con ciertos matices (2018, pp. 58 y ss.).

⁹ Sostenían que era necesario que el hecho al que se incitara fuera específicamente constitutivo de delito, entre otros, BERNAL DEL CASTILLO, 1998, pp. 76 y ss.; MUÑOZ CONDE, 2002, p. 791; y TAMARIT SUMALLA, 2001, p. 2155.

¹⁰ Ya que, como sostiene TERUEL LOZANO: “resulta censurable castigar penalmente por incitar a actos cuya realización no es en sí misma delictiva” (2015, p. 32).

algunos de ellos, tuvo también reflejo en varias de las decisiones judiciales en las que se planteó la aplicabilidad de este precepto¹¹. Entre todas estas decisiones resulta de obligada referencia la STS 259/2011, de 12 de abril, que es, además, la única sentencia que dictaría el Alto Tribunal sobre esta materia antes de la reforma del art. 510 Cp en 2015.

3. Aplicación del delito de “provocación al odio y a la discriminación” por el tribunal supremo. La STS 259/2011, de 12 de abril

A grandes rasgos, no puede decirse que hasta el año 2015 el delito de provocación al odio y a la discriminación del art. 510.1 Cp fuera aplicado de forma profusa por nuestros tribunales. En la mayoría de los casos en los que se barajó su operatividad su aplicación estuvo rodeada de una ardua polémica hasta el punto de que, normalmente, no llegaron a alcanzarse condenas firmes.

Es más, entre las sentencias condenatorias firmes no extraño que la firmeza de la misma

fuera acordada en el propio acto del juicio oral por conformidad de las partes¹².

Se trata de sentencias en las que el Ministerio Fiscal se avino a solicitar la imposición de una pena de prisión de un año y no se opuso a la solicitud de la suspensión de la condena efectuada por la defensa, por lo que ambas partes, una vez conocido el fallo, renunciaban a su derecho a recurrir. El problema de estas sentencias es que, precisamente por esa conformidad, suelen carecer de una exposición de los fundamentos doctrinales y legales sobre la calificación de los hechos probados, al entenderse que éstos no eran necesarios¹³, lo que hace que el análisis de las mismas carezca de interés.

Con todo esto no quiero decir que este delito no fuera apreciado en absoluto, y que no podamos encontrar sentencias condenatorias con una fundamentación jurídica adecuadamente desarrollada¹⁴, pero sí es cierto que en alguno de estos pocos supuestos puede incluso cuestionarse que los hechos probados reunieran los requisitos necesarios para ser sancionados penalmente¹⁵.

¹¹ En este sentido pueden verse, entre otras, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de marzo de 2008; de 26 de abril de 2010, la 787/2012, de 29 de junio; o la 104/2013, de 1 de febrero. En la misma línea también: la sentencia 312/2013, de 10 de diciembre, de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares; el Auto de 3 de marzo de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; o la sentencia 22/2012, de 24 de enero, del Juzgado de lo penal de Vigo.

¹² Es el caso de lo ocurrido, por ejemplo, en las siguientes sentencias: 271/2006, de 16 de noviembre, de la Sección 2ª del Juzgado de lo penal de Lleida; 19 de febrero de 2014 del Juzgado de lo penal nº 7 de Barcelona; 108/2014, de 11 de marzo, del Juzgado de lo penal de Barcelona; 50/2015, de 9 de febrero, de la Sección 3ª del Juzgado de lo penal de Lleida; 277/2015, de 28 de mayo, dictada por la Sección 2ª del Juzgado de lo penal de Barcelona; 366/2015, de 5 de octubre, de la Sección 26ª del Juzgado de lo penal de Barcelona; 442/2015, de 16 de octubre, de la Sección 16ª del Juzgado de lo penal de Barcelona; o en la sentencia de 19 de enero de 2016, de la Sección 1ª del Juzgado de lo penal de Barcelona.

¹³ Así puede comprobarse en el Fundamento de Derecho (FD) Primero de la sentencia 366/2015, de 5 de octubre, de la Sección 26ª del Juzgado de lo penal de Barcelona.

¹⁴ Por ejemplo, la sentencia 133/2004, de 2 de abril, dictada por el Juzgado de lo penal nº 2 de Logroño, confirmada por la 351/2004, de 30 de noviembre, de la Audiencia Provincial de la Rioja. O la sentencia de 10 de octubre de 2013, dictada por el Juzgado de lo penal nº 2 bis de Santa Cruz de Tenerife, ratificada por la sentencia 107/2014, de 7 de marzo, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. Así como la sentencia 273/2016, de 11 de octubre de la Sección 1ª del Juzgado de lo penal nº 1 de Pamplona/Iruña, confirmada por la sentencia 55/2017, de 21 de marzo, de la Audiencia Provincial de Pamplona.

¹⁵ Es lo que considero que ocurre con los hechos objeto de enjuiciamiento en la sentencia de 12 de enero de 2004 del Juzgado de lo penal nº 3 de Barcelona. Sentencia de hecho comentada críticamente por Jericó Ojer, 2005, p. 221.

En cualquier caso, se trata siempre de sentencias condenatorias dictadas por Juzgados de lo penal o por Audiencias Provinciales. La aplicación del delito del art. 510.1 Cp, conforme a su tenor literal anterior, sólo llegó al Tribunal Supremo –como ya he apuntado- en una única ocasión, resultando por ello esencial la fundamentación jurídica de la sentencia dictada en la materia.

El caso en cuestión es el conocido como caso de la “Librería Kalki”. En él se juzgaba a varias personas por redactar, editar y distribuir, a través de dicha librería, textos con los que se atacaba a distintos colectivos caracterizados por ciertas notas diferenciadoras: discapacitados, extranjeros, negros, magrebíes, judíos u homosexuales.

Inicialmente, la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia 892/2009, de 7 de octubre, dictó sentencia condenatoria sancionando a los acusados, además de por los delitos de los arts. 607.2 (difusión de ideas genocidas) y 515 Cp (asociación ilícita), por el del 510.1 Cp.

Por lo que se refiere a este último delito, la Audiencia sustentó la condena en tres pilares:

Uno: en la consideración del delito del art. 510.1 Cp como un delito de peligro abstracto en el que se castiga la conducta de provocar a la discriminación, al odio o a la violencia, sin que ésta tenga que llevarse a cabo a través de medio concreto alguno, ni siquiera –específica–, con publicidad (FJ Tercero).

Dos: en la decisión mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en su sentencia de 8 de julio de 1999 (caso Ergogdu & Ince c. Turquía) –a la que se remite–, en virtud de la cual el derecho a la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado “discurso del odio”, entendiendo por tal el “desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los

ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular”¹⁶.

Tres: en que considera acreditado que este lenguaje del odio o discurso del odio que, conforme a la sentencia del TEDH citada no estaría cubierto por el derecho a la libertad de expresión, quedaba patente en multitud de las expresiones contenidas en las publicaciones difundidas a través de la editorial en cuestión.

Los tres condenados por la SAP 892/2009, de 7 de octubre, recurrieron el fallo condenatorio ante el Tribunal Supremo por entender, en lo que al delito del art. 510.1 Cp se refiere, que éste había sido aplicado indebidamente al considerar que no se cumplían las exigencias de la provocación, como incitación directa, a la que se refiere el art. 18.1 Cp.

El Tribunal Supremo terminaría dándoles la razón absolviéndoles de este delito. El órgano judicial en esta sentencia parte de la premisa de que la utilización del término “provocación” para describir la conducta típica en el art. 510.1 Cp lleva a sostener que es preciso que se cumplan los requisitos del art. 18, si bien con la salvedad de que el hecho al que se provoque sea constitutivo de delito.

Exigencia que entiende queda impedida por la tipicidad de la provocación al odio, término con el que se está haciendo referencia a un sentimiento o emoción cuya mera existencia no es delictiva.

Ahora bien, sostiene que para poder apreciar este delito es imprescindible, en cualquier caso, que la conducta consista en una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo.

Exigencia esta última que consideró no quedaba acreditada en la descripción

¹⁶ Cursivas añadidas.

contenida en el relato fáctico de los hechos objeto de enjuiciamiento y ello a pesar de que las opiniones vertidas en los textos distribuidos contuvieran “conceptos negativos respecto de determinados grupos étnicos, o ideas positivas sobre otros que resultan excluyentes de los demás, radicadas sobre bases que consideraremos erróneas desde la perspectiva de la dignidad del hombre y de la vigencia de los Derechos Humanos” (FD Primero, incisos 2, 3 y 12).

El que el Tribunal Supremo entendiera imprescindible de cara a la apreciación de este delito el que la conducta debía implicar si no la incitación a hechos constitutivos de delitos, sí, al menos, una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados, obedece a que sigue la línea mantenida por nuestro Tribunal Constitucional¹⁷ sobre la admisibilidad de la incriminación penal de conductas que entrañen una restricción del derecho a la libertad de expresión. Cuestión ésta en la que las ideas claves son las siguientes:

-“La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, ..., nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político” (FD primero, inciso 7). “(A)unque sean siempre frontalmente rechazables, los contenidos negativos de (...) ideas o doctrinas basadas en la discriminación o la marginación de

determinados grupos y sus integrantes como tales, no conducen necesariamente a que la respuesta se configure penalmente en todo caso, debiendo quedar reservada la sanción penal (...) para los ataques más graves, considerando tanto el resultado de lesión como el peligro creado para los bienes jurídicos que se trata de proteger” (FD Primero, inciso 1).- “(P)ara que el bien jurídico protegido pudiera verse afectado a causa de la difusión de esta clase de ideas o doctrinas, sería preciso que el autor acudiera a medios que no sólo facilitaran la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hicieran más intensamente, sino que, además, pudieran por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover sus sentimientos primero y su conducta después, en una dirección peligrosa para aquellos bienes” (FD Primero, inciso 8).

De manera que en esta sentencia nuestro Tribunal Supremo deja claro que no siendo sancionable penalmente la mera transmisión de ideas, el delito del apartado 1 del art. 510 Cp requería para su apreciación de dos elementos: que la conducta entrañase una incitación directa a la realización de actos de violencia o discriminación, o al desarrollo de un sentimiento colectivo de odio hacia los grupos en él indicados; y que la conducta, en atención a su concreta forma y contexto de realización, conllevase un peligro cierto para los bienes jurídicos implicados al ser efectivamente adecuada para provocar actos de discriminación o violencia o para engendrar el odio.

¹⁷ Cfr. entre otras, la STC 214/1991, de 11 de noviembre; la STC 178/1995, de 11 de diciembre; la STC

174/2006, de 5 de junio y, fundamentalmente, la STC 235/2007, de 7 de noviembre.

Por lo que puede concluirse que nuestro Tribunal Supremo no admitía que el art. 510.1 Cp permitiera castigar de forma automática cualquier conducta de las susceptibles de ser englobadas bajo la rúbrica de “discurso del odio”.

4. La jurisprudencia del tribunal supremo sobre el delito de “provocación¹⁸ al odio y a la discriminación” tras la reforma del art. 510 Cp por la LO 1/2015

Mientras que el Tribunal Supremo sólo tuvo una oportunidad de pronunciarse sobre la aplicabilidad del delito de “provocación al odio y a la discriminación” en los veinte años transcurridos entre la aprobación del Cp actual y la reforma de 2015; en estos ocho últimos años podemos encontrar tres¹⁹ sentencias sobre el mismo. Sentencias todas ellas a las que paso a referirme de forma individualizada a continuación.

A) La STS 72/2018, de 9 de febrero, como punto de inflexión

En esta ocasión el pronunciamiento del Tribunal Supremo constituye la respuesta al

recurso de casación que se interpuso contra la sentencia 2/2017, de 26 de enero, dictada por la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional.

Los hechos, acaecidos durante los meses de diciembre de 2015 y enero de 2016, fueron enjuiciados por la Audiencia Nacional porque al acusado se le imputaba junto a un delito de incitación al odio del art. 510.1 Cp, un delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 Cp.

Los hechos probados fueron los siguientes: el acusado disponía de dos cuentas en la red social Twitter, en las que, además de colgar expresiones con las que alababa el terrorismo yihadista, colgaba también comentarios denigrando al colectivo de mujeres por el hecho de serlo y expresiones con las que, en consideración de este órgano judicial, estimulaba la afrenta y el ataque físico contra éstas.

Dejando de lado los hechos relativos al delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 Cp, la Audiencia Nacional entendió (FD Segundo) que los comentarios vertidos por el acusado contra las mujeres integraban el delito del art. 510.1. letra a) Cp por “rezumar”

¹⁸ Mantengo el uso del verbo provocar en esta rúbrica porque, coincidiendo con CÁMARA ARROYO, considero que, en realidad, la desvinculación entre la provocación y los verbos que se emplean en la redacción actual de este precepto para señalar la conducta típica, no es absoluta en términos lingüísticos (2017, p. 204).

¹⁹ En realidad, hay otras dos sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia, pero ambas escapan de nuestro objeto de estudio. La primera, la STS 1023/2021, de 17 de enero de 2022. Los hechos denunciados consistían en la publicación en la red social Twitter de una serie de contenidos vejatorios respecto del accidente que sufrió un menor que falleció como consecuencia de la caída a un pozo de prospección en 2019. La acusación particular solicitaba en casación, frente al sobreseimiento libre de la causa acordado por la Audiencia Provincial de Madrid (Auto 843/2019, de 21 de noviembre de 2019), que los hechos fueran condenados por el delito contra la integridad moral del art. 173 Cp y por el delito del art. 510.1, letra a). El Tribunal Supremo, discrepando del sobreseimiento inicial, entendió que los hechos si bien eran constitutivos del delito del art. 173 Cp, no podían

ser sancionados con arreglo al art. 510 Cp. En ella se entiende –correctamente– que era imposible vincular los mensajes emitidos a ningún grupo caracterizado por nota diferenciadora alguna de los que en él se señalan. Con lo que quedaba fuera de toda reflexión la necesidad de ponderar en este supuesto el derecho a la libertad de expresión frente a los derechos de la víctima. Algo similar ocurre en la STS 252/2023, de 11 de abril. En ella se juzgó a varias personas que, tras conocer la noticia del brutal asesinato en la provincia de Teruel de dos agentes de la Guardia Civil mientras se encontraban realizando las funciones propias de su cargo, suscribieron en redes sociales diversos comentarios en los que se alegran de lo sucedido, comparando los asesinatos de los guardias civiles con la muerte de heroinómanos o deseando que los terroristas los mataran con bombas. En ella se rechazó la posibilidad de apreciar el 510.1 Cp por entender que ni los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado en general, ni la Guardia Civil en particular, se encuentran entre los grupos vulnerables objeto de proyección por parte del mencionado precepto. Criterio que también comparto.

discriminación hacia la mujer (ya que, en ellos, partiendo de una ubicación de la mujer en situación de desventaja respecto del hombre, la denigraba)²⁰ y por revelar “hostilidad” contra ella.

Esto último porque el acusado, tras contabilizar las muertes de mujeres por conductas de violencia de género, mostraba su deseo de que la cifra se duplicara con frases como éstas: “53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas” y “2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca, pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra”.

Una vez recurrida en casación (nº de recurso 583/2017) el Tribunal Supremo dicta la sentencia 72/2018, de 9 de febrero, en la que, estimando parcialmente el recurso del condenado, le absuelve del delito de enaltecimiento del terrorismo (lo que escapa a mi objeto de estudio), manteniendo la condena por el delito de incitación al odio (FD Único).

La argumentación es la siguiente (FD Único):

Por su parte, el art. 510 Cp sanciona a quienes fomentan promueven la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos que son recogidos, en el precepto. El elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el

mensaje con un contenido propio del “discurso del odio”, que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad.

Es decir, consideró que en cuanto en dichos Convenios Internacionales el discurso del odio es antijurídico per se, “sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio”, para que se diera el tipo penal bastaba con la constatación “de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio” pues –sostiene– “esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación”²¹.

La diferencia entre esta fundamentación y la seguida en la STS 259/2011, de 12 de abril, es sustancial.

Si recordamos, el Tribunal Supremo en la STS 259/2011, entendía que para poder apreciar el delito de provocación al odio la conducta debía consistir, cuando menos, en una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pudiera predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos; mientras que ahora se entiende suficiente con que la conducta sea encuadrable en la expresión “discurso del odio” al considerar que esto ya implica que se tratará de una conducta que “provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación”.

Con esta identificación el Tribunal Supremo coincide ciertamente con los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en algunas de sus

²⁰ Con frases como éstas: “Beatriz era feminista, y se tiró al río porque las mujeres se mojan por la igualdad” “a mí me gusta follar contra la encimera y los fogones, porque pongo a la mujer en su sitio por parte doble”; y porque colocando la foto de una mujer, respecto a la que no consta si fue víctima del maltrato de violencia,

añadía el lema “ya la he maltratado tú eres la siguiente”.

²¹ Además, como tales expresiones fueron vertidas a través de internet, el Tribunal Supremo estimó que procedía la apreciación del tipo cualificado del apartado 3 de este delito.

sentencias²², según las cuales la libertad de expresión no puede dar cobertura al llamado “discurso del odio”, de modo que cualquier conducta encuadrable en tal categoría automáticamente quedaría fuera del ejercicio de este derecho.

El problema es que, para empezar, no hay un concepto unánime de “discurso de odio”.

Es cierto que si acudimos al concepto de “discurso del odio” ofrecido por la Recomendación (1997) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, éste queda integrado por “toda forma de expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada mediante el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante”.

Ahora bien, más recientemente, la Comisión europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, en su Recomendación sobre Política general n.º 15 relativa a la lucha contra el discurso del odio, precisamente reconociendo que no existe un concepto unánime de “discurso del odio” en los distintos países europeos, ha tratado también de delimitar qué conductas han de ser incluíbles en su seno como tal²³.

Es más, la ECRI puntualiza que los actos constitutivos de discurso de odio se caracterizan por tres elementos esenciales²⁴ —lo que podría llevar a un concepto más acotado que el ofrecido por la Recomendación (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el discurso de odio—, pero si bien reconoce que —en algunos casos— uno de los rasgos característicos del uso del discurso de odio es que puede tener la intención de incitar²⁵ a

²² Pueden consultarse, por ejemplo, las siguientes, SSTEDH de 8 de julio de 1999, *Erdogdu e Ince contra Turquía*; de 4 de diciembre de 2003, *Gündüz contra Turquía*; y de 6 de julio de 2006, *Erbakan contra Turquía*.

²³ Eso le ha llevado a definir el “discurso del odio” en los siguientes términos: “El discurso de odio a efectos de la Recomendación debe entenderse como el uso de una o más formas de expresión específicas -por ejemplo, la defensa, promoción o instigación al odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones- basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual”

²⁴ Que son los siguientes: 1. El fomento, promoción o instigación en cualquiera de sus formas, al odio, la humillación o el menosprecio, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza; 2. uso que no solo tiene por objeto incitar a que se cometan actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, sino también actos que cabe esperar razonablemente que produzcan tal efecto; y 3. los motivos que van más allá de la raza,

color, idioma, religión o creencias, nacionalidad, origen étnico o nacional y ascendencia.

²⁵ Considera que se da el elemento de incitación tanto si existe una intención clara de cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación; como si existe un riesgo inminente de que tales hechos se produzcan. Y, por otra parte, para evaluar si existe o no el riesgo de que se produzcan estos actos señala que han de tenerse en cuenta las circunstancias específicas en las que se utiliza el discurso de odio. Concretamente: (a) el contexto en el que se utiliza el discurso de odio en cuestión especialmente si ya existen tensiones graves relacionadas con este discurso en la sociedad); (b) la capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para ejercer influencia sobre los demás (con motivo de ser por ejemplo un líder político, religioso de una comunidad); (c) la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado (si es provocativo y directo, si utiliza información engañosa, difusión de estereotipos negativos y estigmatización, o si es capaz por otros medios de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación); (d) el contexto de los comentarios específicos (si son un hecho aislado o reiterado, o si se puede considerar que se equilibra con otras expresiones pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante el debate); (e) el medio utilizado (si puede o no provocar una respuesta inmediata de la audiencia como en un acto público en directo); y (f) la naturaleza de la

otros a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a quienes va dirigido, finalmente sostiene que no tiene necesariamente por qué ser así²⁶.

Por lo que, en resumidas cuentas, de acuerdo con esta Recomendación el “discurso de odio” lo conforman, nuevamente, distintas formas de expresión dirigidas contra una persona o grupo de personas por motivo de sus características personales o estado.

Eso sí, se reconoce que la respuesta a dichas expresiones no tiene por qué ser, en todo caso, una sanción penal. Y aquí es donde reside la clave.

Entiendo que de la definición ofrecida por la ECRI del “discurso del odio” deben deducirse dos dimensiones: una social, “cuando se trate de un mensaje de carácter público o privado que pretenda fomentar, promover o instigar el odio y la intolerancia como sentimientos o ideologías y cuya prevención y reproche debe partir de las instituciones educativas, la responsabilidad social e implicación ciudadana, la autorregulación de las instituciones privadas y públicas, el Derecho civil y administrativo, etc.”; y otra penal^{27/28}.

Partiendo de esta premisa, no podemos olvidar: primero, que, conforme a nuestra doctrina constitucional sobre las restricciones del derecho fundamental a la libertad de expresión a través del Derecho penal, sólo se pueden castigar penalmente aquellas conductas que entrañen una limitación al mismo cuando con la realización de las mismas se afecte a otros bienes jurídicos, pero

no en caso contrario (STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ Sexto). Y segundo, que conforme al principio de lesividad y de intervención mínima del Derecho penal no se puede castigar penalmente conducta alguna que no entrañe lesión o un mínimo de peligro para el bien jurídico protegido en el precepto de que se trate.

Lo que ocurre en la sentencia de 2018 es que nuestro Tribunal Supremo lleva a cabo una errónea identificación entre dos realidades que, aunque próximas, no son en puridad coincidentes: me refiero a las englobadas bajo las expresiones de “delito de odio” y “discurso de odio”. No todas las conductas reconducibles a la segunda de las categorías pueden ni deben ser entendidas penalmente relevantes ya que ello entrañaría una restricción de la libertad de expresión inadmisibles conforme a nuestra doctrina constitucional en la materia.

En efecto, si acudimos a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, comprobamos que también en ella se admite que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado discurso del odio, pero puntualiza que entiende por tal “aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular”. Es decir, no cualquier conducta de las encuadrables como discurso del odio en la Recomendación citada.

Luego, como los comentarios del acusado “deseando” la muerte de más mujeres no constituyen en realidad ni una incitación directa a la violencia contra ellas, ni tampoco

audiencia (si tiene o no los medios para o si es propensa o susceptible de mezclarse en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación).

²⁶ Literalmente dispone: “la Recomendación va más allá al reconocer (también en el apartado 18 de la GPR n.º 7 en lo que se refiere al derecho penal) que la intención de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación no es imprescindible para esta forma grave de discurso de odio”.

²⁷ Planteamiento en el que coincido con CÁMARA ARROYO, 2017, p. 164.

²⁸ Por lo que también coincido con CÁMARA ARROYO cuando sostiene que la equivalencia entre ambos términos, —discurso del odio (como mensaje de odio) y delito de odio— sólo “será cierta en los supuestos de delitos de odio en su modalidad de «delitos de expresión» (2017, p. 154).

un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación contra las mismas, el art. 510.1a) no debería haber sido apreciado en este caso²⁹.

La argumentación mantenida por nuestro Tribunal Supremo en la sentencia 72/2018, de 9 de febrero, ha sido criticada también por otros autores³⁰. Y podemos encontrar también alguna resolución posterior sobre esta materia en la que –en la misma línea que aquí se defiende– se señala que “... la mera difusión de ideas, por sí sola, nunca puede constituir delito” ya que –y continúa– “.

En otro caso, se produciría la sanción penal sin concurrir lesión ni puesta en peligro de bien jurídico alguno, ante la simple posibilidad de que alguien pudiera ser convencido por el discurso de modo que pudiera acomodar su conducta futura al mismo” (cfr. Auto de 8 de septiembre de 2017, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia, FJ Tercero)³¹.

En cualquier caso, el cambio interpretativo del Tribunal Supremo materializado en la STS 72/2018, de 9 de febrero parece ser avalado posteriormente por la Fiscalía General del Estado español en la Circular 7/2019, de 14 de

mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 Cp a la que me remito³²; y es seguido por el Tribunal Supremo en otras sentencias posteriores, a las que paso a referirme a continuación.

B) La STS 675/2020, de 11 de diciembre

El Tribunal Supremo con esta sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto contra la 702/2018, de 8 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Los hechos objeto de enjuiciamiento tuvieron lugar en el año 2010 durante un concierto en el que se interpretaron canciones con trasfondo común de supremacía de la raza blanca.

La Audiencia apreció el delito del art. 510.1. a) Cp al entender acreditada la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la xenofobia y el antisemitismo que las canciones interpretadas durante el concierto implicaban, provocando y propagando dichos sentimientos entre los asistentes.

Los condenados³³ recurren en casación, entre otros motivos, por considerar que no les era

²⁹ Para más información, GARCÍA ÁLVAREZ, 2018, pp. 163 y ss.

³⁰ Si bien con una argumentación diferente a la aquí sostenida. Es el caso de LANDA GOROSTIZA quien cuestiona que la conducta realizada por el acusado pudiera constituir realmente una incitación capaz de mover voluntades, ya que, como señala este autor, ni el contexto, ni el número de tweets vertidos, ni el escaso número de seguidores (250), ponen de manifiesto un gran potencial incitador (cfr. 2018, p. 98). En consideración de este autor, esta conducta podría haberse ubicado mejor, en su caso, en el 510.2, párrafo b), (ob cit., p. 99).

³¹ Por ello, coherentemente, en este Auto se sostiene respecto a la conducta típica del número primero del art. 510 Cp, que la provocación “debe dirigirse a la discriminación o a la violencia que ha de entenderse en sentido estricto destinada a la realización de determinados delitos contra grupos o asociaciones por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su

origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía. Asimismo, cuando la provocación va dirigida al odio ha de interpretarse en un sentido restrictivo como actitud de rechazo irracional concretada, en todo caso, mediante una incitación directa siempre y cuando se pretenda materializar una conducta constitutiva de delito”.

³² Cfr. Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal.

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771 (última consulta 07/10/2023). Puede verse también el análisis que efectúo sobre la misma en GARCÍA ÁLVAREZ, 2021, pp. 1 y ss.

³³ Que fueron, por un lado, el autor de las letras y vocalista, así como el líder y miembro permanente del grupo que era el que colgaba los contenidos de la página oficial de Facebook. Y por otro, los directores de la empresa encargada de la edición y distribución del

aplicable el delito del art. 510.1 Cp al entender que sus conductas quedaban amparadas por el derecho al ejercicio de la libertad de expresión y por infracción del principio de irretroactividad de la ley penal ya que se les había condenado por el art. 510 con el tenor literal que éste adquiere tras su reforma por la LO 1/2015, cuando los hechos tuvieron lugar en el año 2010.

Empezando por la segunda de las cuestiones, el Tribunal Supremo reconoce que en el momento de los hechos no estaba en vigor el tenor literal otorgado al art. 510 por la LO 1/2015, pero sostiene que ésta no supuso una modificación tan relevante como para entender que con su nueva redacción las conductas enjuiciadas dejaran de tener relevancia penal; por lo que las considera perfectamente reconducibles a este precepto conforme a su tenor anterior.

También reconoce que, en la aplicación de este delito conforme a su tenor anterior, era fundamental la interpretación que se dio al término "provocación" conforme a la cual se le vinculaba con los requisitos exigidos para la provocación como forma de participación intentada, exigiéndose en particular, que mediara una incitación directa a la perpetración de un delito.

Sin embargo, y a pesar de ello, concluye que en cuanto que este delito «constituye uno de los instrumentos penales dirigidos a combatir lo que es conocido como "discurso del odio" cumpliendo así con las obligaciones internacionales y especialmente con la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, ..., no hay razón que lleve a una interpretación que quede condicionada por la definición de provocación para delinquir que da nuestro CP en su art. 18 CP».

Lo anterior le lleva a sostener que «estamos ante una idea de provocación propia, que, entendida desde una concepción vulgar,

como la que podemos encontrar en el Diccionario de RAE,... se identificaría como "incitar inducir a uno a que ejecute una cosa"».

De manera que entiende como indiferente el que la provocación, que podría ser llevada a cabo mediante «cualquier forma de expresión que difunda, induzca, incite, favorezca, facilite o promueva la violencia, el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otro tipo de discriminación basada en la intolerancia», sea «directa o indirecta».

Afirmado lo anterior, el Tribunal Supremo considera que la clave para poder aplicar este delito «no es entrar en disquisiciones sobre si la provocación ha de ser directa o indirecta, adjetivos cuyos contornos no siempre no están claros, sino (en) precisar la eficacia de esa provocación, esto es, si es capaz de incitar al odio, la violencia o la discriminación, porque, si esto es así, el delito, como de riesgo abstracto que es, quedará consumado».

Y continúa: «Dicho de otro modo, se considere directa o indirecta la incitación, lo que se ha de valorar es si encierra alguna suerte de provocación al tipo de violencia que se define en el art. 510, en cuanto que con ello resulte afectada la esencia de la dignidad de la persona, fundamento del orden político y la paz social, según el art. 10.1 CE, porque, si esto es así, queda inserta y se ha de considerar como una manifestación del "discurso del odio"».

Y sobre el delito del art. 510.1 Cp puntualiza que es un delito de peligro abstracto, potencial, que únicamente exige para su consumación dos elementos: uno objetivo, como es la emisión o difusión del mensaje provocador, discriminatorio, de odio, violento a los efectos que el mismo contempla; y otro subjetivo, como es la voluntad de emitirlo pese a ser conocedor del peligro que conlleve el mensaje que se difunde, siendo suficiente

material discográfico del grupo, así como de la venta de todo tipo de merchandising.

con que la conducta desplegada *resulte idónea para incitar a la actividad discriminatoria que requiere el tipo.*

Dicho todo lo cual, confirma la condena al cantante y al líder del grupo por el delito del art. 510.1 Cp por considerar que las letras de las canciones interpretadas eran, objetivamente consideradas, ofensivas, ultrajantes, violentas, de claro sesgo discriminatorio por razones raciales e ideológicos y, por tanto, de contenido provocador³⁴.

Entendiendo además que en esta ocasión y aunque no fuera necesario para la apreciación del delito, la provocación había surtido efecto, ya que el público del concierto profirió las frases de "Sieg Heil, Sieg Heil, Sieg Heil", o "Jon libertad", pidiendo la libertad de un individuo condenado a 26 años de prisión por un asesinato cometido por motivos ideológicos. Con una argumentación similar confirma también la condena por este delito de los gestores de las entidades dedicadas a la edición y distribución del material de significado y contenido vejatorio, atendiendo al peligro que considera inherente al mensaje que emitían con su actividad.

En resumidas cuentas, en esta ocasión el Tribunal Supremo considera que el riesgo potencial que exige el delito del art. 510.1 Cp queda integrado automáticamente con la transmisión de mensajes radicales de los que integran el "discurso del odio" entendido en sentido amplio.

Pero esta conclusión no es la adecuada si sostiene que el delito del art. 510.1 Cp está configurado como delito de peligro hipotético. En efecto, en tal caso no puede ser suficiente para su apreciación el que se viertan unas expresiones de las que se

"presume" su carácter provocador, sino que debería haber acreditado que esas manifestaciones entrañaban -en el caso concreto- la idoneidad suficiente como para afectar al bien jurídico protegido en este delito; cosa que el Tribunal Supremo no hace.

Y que desde luego no creo pueda darse por cumplida por el dato de que los asistentes al concierto profirieran la frase del «saludo a la victoria» utilizada con frecuencia en la Alemania del Tercer Reich en los encuentros políticos ni porque solicitaran la puesta en libertad de un condenado.

En segundo lugar, no puedo compartir su conclusión de que sea irrelevante el que la provocación que entrañen los comportamientos juzgados sea de carácter "directo" o "indirecto"; ni siquiera acudiendo a la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo a la que responde, según se indica en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, el vigente tenor literal del art. 510.1 Cp.

Las razones son las siguientes: Primero, en esta Decisión Marco no se dice que la incitación que haya de ser penalmente relevante pueda ser tanto la que se realiza de forma "directa" como la que se realice de forma "indirecta".

De hecho, la Decisión Marco delimita su propio ámbito de intervención a la "lucha contra formas particularmente graves de racismo y de xenofobia mediante el Derecho penal"³⁵.

Segundo, esta Decisión Marco ofrecía a los Estados firmantes la posibilidad de optar por castigar, de entre las conductas de "incitación

³⁴ Efecto provocador que considera incrementado por el hecho de que las conductas fueron llevadas a cabo no sólo con publicidad y con la mayor expansión que supone el que se emitieran en un concierto sino también porque fueron después difundidas por las redes sociales. El concierto fue registrado y publicado en internet en vídeos independientes para cada

canción interpretada, en un total de quince vídeos que fueron alojados en el canal de youtube accesible a todo usuario de internet.

³⁵ Lo que se exige que se castigue es estrictamente la "incitación pública a la violencia o al odio" (art. 1.1.a).

pública a la violencia y al odio³⁶, únicamente aquellas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes (art. 1.2).

Y, por último, reconoce que “(D)ado que las tradiciones culturales y jurídicas de los Estados miembros difieren, en cierta medida, especialmente en este ámbito, la plena armonización del Derecho penal no es posible en la actualidad”.

Luego, las previsiones de la Decisión Marco invocadas para fundamentar la condena por el art. 510.1.a) Cp no justifican per se la redacción de este precepto, ni llevan precisamente a que lo que haya de hacerse sea ni una interpretación extensiva del mismo (más bien todo lo contrario), al igual que tampoco dan cobertura a una interpretación que quiebre con nuestra “tradiciones jurídicas y culturales”; que es precisamente lo que hace nuestro Tribunal Supremo en esta sentencia.

Por lo que considero que la argumentación mantenida por el Tribunal Supremo en este caso, tampoco es de recibo..

C) La STS 675/2020, de 19 de mayo

En esta sentencia el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto contra la 223/2020, de 24 de julio, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (por el que se desestimaba el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia 132/2020, de

2 de marzo, de la Audiencia Provincial de Madrid)³⁷.

Y lo hace, como vamos a ver, de una forma impecable.

Según se hace constar en ella como hechos probados, el acusado, convertido al islamismo, había creado varios perfiles en Facebook a través de los cuales daba publicidad a su conversión a aquella religión y exteriorizaba públicamente la superioridad de la misma no sólo respecto a las demás religiones sino también en relación a otras ramas del Islam. Al mismo tiempo, utilizaba tales perfiles para comunicar y promover sentimientos de repulsión, intolerancia y discriminación hacia determinados colectivos y personas integrantes de los mismos.

En esta sentencia el Tribunal Supremo empieza por reconocer que el Derecho penal no puede impedir que el ciudadano odie y que “el mandato imperativo ínsito en la norma penal no puede concebirse con tal elasticidad que conduzca a prohibir sentimientos” (FJ 2.1). Acude al carácter fragmentario del Derecho penal o su consideración como ultima ratio para avalar la necesidad de reservar la sanción penal para las acciones más graves.

Lo que le lleva a rechazar correctamente que cualquier mensaje inaceptable o que provoque el rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía deba ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión³⁸.

³⁶ Que, como acabo de indicar en la nota anterior, son las únicas que solicita a los Estados firmantes que eleven a delito.

³⁷ Sentencia de la Audiencia por la que se entendió que los hechos enjuiciados eran constitutivos de un delito contra los derechos fundamentales del art. 510.1 a) y 3 Cp con la siguiente argumentación (FD Tercero): “La gravedad de la conducta del acusado ha generado la creación de un peligro aún de momento abstracto para los colectivos a que se refiere que llegan a lo intolerable y rebasa con mucho el alcance de la libertad de expresión pues no se trata de la expresión de un simple opinión o mero resentimiento sino la de un odio que

busca el enfrentamiento y la ruptura de la convivencia mediante el uso de violencia extrema como es incluso el de acabar con la vida de los integrantes de determinados grupos identificados por su religión, sexo, ideas políticas etc. En tal medida ha de excluirse totalmente que su conducta este amparada por derecho constitucional alguno”.

³⁸ Por lo que sostiene lo siguiente: “Entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal

Además, reconoce acertadamente que no hay un único significado de la expresión “discurso del odio” cuyo contenido, afirma, está directamente condicionado por la experiencia histórica de cada Estado (FJ. 2.1).

Por lo que señala que en el caso objeto de enjuiciamiento habría de analizarse, tal como exige nuestra doctrina constitucional, si la expresión de las ideas vertidas y las circunstancias concurrentes constituía el ejercicio legítimo lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión o, por el contrario, atentaba contra los derechos y la dignidad de las personas a que se refiere (FJ 2.3).

A continuación, de forma coherente con las declaraciones anteriores, sostiene que si bien el art. 510.1 Cp no es un delito de resultado, «Estamos ante un delito en el que, desde luego, "... debe exigirse para considerar legítima la sanción penal, además de la difusión de ideas, que ello implique una incitación o una provocación al odio a determinados grupos que se detallan en el precepto, de manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación³⁹ contra aquellos grupos o sus integrantes como tales».

Por lo que procede a analizar el contenido de las expresiones vertidas. Análisis tras el cual declara lo siguiente:

- «No se trata ya de afirmaciones sólo censurables por la corteza de sus vocablos, capaz de herir la sensibilidad de sus hipotéticos destinatarios. (...), al menos en dos ocasiones se ofrece a aquél que pueda proporcionarle armas: "...ya sabéis donde estoy, un arma, información, no me importa acabar muerto o en la cárcel si es tratando de asesinar faxas”.

con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo”.

Y en otro momento dice: “Si consigues armamento/ te ayudo a matar faxas”».

- «No hablamos, por tanto, del uso de una red social como simple vehículo para exteriorizar una opinión más o menos hiriente, ofensiva o vejatoria. Algunos de los pasajes subrayados - por sí solos o interrelacionados con el resto- reflejan que el mensaje que se difunde, filtrado por el odio, invita a la acción, a la violencia, a la lucha armada. (...) no sólo incita a otros, sino que se ofrece como primer agresor de aquellos a los que desprecia por su ideología, su género, su orientación sexual o su origen nacional».

- «La Sala no puede amparar ese discurso de odio encadenado, que invita a los usuarios de la red a sumarse a la violencia y que sugiere golpear a las mujeres como modelo de convivencia».

Por lo que, constatado todo lo anterior, desestima el recurso de casación y confirma la condena por el art. 510.1.a) y 3 Cp.

En esta ocasión, como podemos comprobar, nuestro Tribunal Supremo concilia sin problema alguno el vigente tenor literal de la letra a) del art. 510.1 Cp con la argumentación constitucional sobre la restricción al ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión.

No admite, por tanto, que cualquier comportamiento reconducible a la expresión “discurso del odio”, por mucho que ésta quede fuera del ámbito del derecho a la libertad de expresión, tenga por qué dar lugar automáticamente a la exigencia de responsabilidad penal.

Por otra parte, efectúa una interpretación del delito del art. 510.1.a) Cp acorde con el principio de intervención mínima que debe presidir la intervención del Derecho penal, entendiéndolo como un delito de peligro hipotético. Y partiendo de esta consideración,

³⁹ Cursivas añadidas.

no le dota de contenido dando por supuesto el carácter provocador de las expresiones vertidas por muy execrables que éstas sean, sino que lleva a cabo un análisis de las mismas atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

De manera que sólo concluye la relevancia penal de los hechos enjuiciados tras constatar que efectivamente constituyeron un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que podía concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación contra los grupos que el mismo se refiere. Razonamiento que comparto en todos sus extremos.

5. Conclusiones

En la letra a) del art. 510.1 Cp se castigan una serie de conductas que entrañan una limitación del ejercicio al derecho de libertad de expresión.

La restricción del derecho a la libertad de expresión a través del Derecho penal con la incriminación de conductas reconducibles al fenómeno del “discurso del odio” no es algo que haya sido aceptado pacíficamente.

Hasta la reforma de este precepto por la LO 1/2015, tanto la doctrina como la jurisprudencia de los tribunales españoles abogaban de forma mayoritaria por una interpretación restrictiva del mismo.

A tal efecto resultaba clave el verbo rector “provocar” empleado por el legislador para señalar la conducta típica prevista en el que era el primer apartado de este artículo, así como también la doctrina constitucional sobre los requisitos para que la restricción del ejercicio del derecho a la libertad de expresión por el Derecho penal pudiera entenderse como legítima.

Tras su reforma en el año 2015 y la consiguiente desaparición del verbo “provocar”, se constata una tendencia a dar por superada las anteriores interpretaciones restrictivas, así como a entender que todo comportamiento reconducible a la expresión “discurso del odio”, que el TEDH declara en

todo caso fuera del ejercicio de la libertad de expresión, es automáticamente sancionable por este precepto.

Ésta es la propuesta que se materializa en la STS 72/2018, de 9 de febrero y que defiende la Fiscalía General del Estado español en la Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 Cp.

Sin embargo, el vigente tenor literal del apartado a) del art. 510.1 Cp, que carece de sustento real en la Decisión Marco a la que responde, no debe ser interpretado de manera que vulnere nuestra doctrina constitucional tradicional sobre los requisitos exigidos para admitir la restricción del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, ni los principios limitadores de nuestro Derecho penal.

La STS 488/2022, de 19 de mayo, es una prueba de que esto no es correcto ni necesario y de que, por tanto, la línea interpretativa iniciada por el Tribunal Supremo en su sentencia 72/2018, de 9 de febrero, no debe ser entendida como el único camino, ni el más adecuado a seguir en la materia.

Referencias

- ALAUSTEY DOBÓN, Carmen. (2016). Discurso de odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 18, pp. 1-38.
- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. (1998). La discriminación en el Derecho penal. Comares.
- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. (2016). La justificación y enaltecimiento del genocidio en la Reforma del Código Penal de 2015, InDret: Revista para el análisis del Derecho, nº 2, pp. 1-22.
- CÁMARA ARROYO, Sergio. (2017). El concepto de delito de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión,

Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, tomo 7, Fasc/Mes 1, pp. 139-225.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. (2018). La restricción del derecho a la libertad de expresión por el Derecho penal: el artículo 510.1 del Código penal y las conductas relacionadas con el fenómeno del “discurso del odio”. Evolución y aplicabilidad. En DEL CARPIO DELGADO, Juana/García Álvarez, Pastora (coord.). Derecho penal: la espada y el escudo de los derechos humanos. Tirant lo Blanch, pp. 125-182.

El artículo 510.1.a) del Código Penal a la luz de la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, La Ley penal, nº 151, pp. 1-25, 2021.

JERICÓ OJER, Leticia. (2005). ¿Debe ser delito la provocación a la discriminación a la violencia, o al odio contra grupos por motivos de sexo, raza u otros? El ejemplo español, Revista de Derecho, nº 10. <https://doi.org/10.5377/derecho.v0i10.1539>

LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena. (1999). La intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510, Bilbao: Universidad del País Vasco, Servicio Editorial.

LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena. (2018). Los delitos de odio. Tirant lo Blanch.

MUÑOZ CONDE, Francisco. (2002). Derecho penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch, 14ª ed.

TAMARIT SUMALLA, Josep Maria. (2002). De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), Comentarios al nuevo Código penal. Aranzadi, 2ª ed, pp. 2151-2235.

TERUEL LOZANO, Germán. (2015). La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código penal, InDret: Revista para el análisis del Derecho, nº 4, pp. 1-51.