

La justificación y enaltecimiento del genocidio en la Reforma del Código Penal de 2015

Jesús Bernal del Castillo

Universidad de Oviedo

*Abstract**

La reforma del Código Penal de 2015 ha incorporado al art. 510 CP las figuras de negación, enaltecimiento y trivialización grave del genocidio y de otros delitos, de forma que se desvinculan de la provocación directa a cometer los delitos correspondientes. El objeto de este trabajo es doble. En primer lugar, defender las razones del legislador a la hora de adoptar esta decisión desde la perspectiva de la moderna política criminal internacional protectora de la integración y defensa de las minorías. En segundo lugar, se realiza una crítica de la concreta tipificación de estas figuras, especialmente de la definición de las conductas reguladas en el art. 510.1.c), por la excesiva indeterminación de las mismas que se opone a los postulados de la jurisprudencia española reciente, la cual entiende que deben ser aplicados restrictivamente los delitos de opinión motivados por el odio, propuesta que mantenemos a lo largo de este estudio.

Durch die Reform des spanischen Strafgesetzbuches 2015 sind die Leugnung, Verherrlichung und Bagatelisierung von dem Völkermord sowie von weiteren Straftatbeständen in Art. 510 CP kriminalisiert worden. Dadurch werden solche Verhaltensweisen unabhängig von der sog. direkten Aufforderung zur Begehung von den entsprechenden Straftaten geahndet. Der vorliegende Beitrag hat einen zweifachen Gegenstand: Zuerst werden die Gründe des Gesetzgebers verteidigt, die ihn aus der Perspektive einer modernen, die Minderheiten schützenden Kriminalpolitik zu seiner gesetzgeberischen Entscheidung geführt haben. Zweitens folgt eine kritische Analyse der konkreten Gestaltung der neuen Tatbestände, insbesondere der in Art. 510 Abs. 1 c vorgesehenen Verhaltensweisen. Denn solche Begriffsbestimmungen erweisen sich als hochunbestimmt. Dies widerspricht die jüngst formulierte (vorliegend geteilte) spanische Rechtsprechung, die eine restriktive Anwendung der hassmotivierten Meinungsverbrechen fordert.

The reform of the Spanish Penal Code of 2015 has included in Art. 510 acts of denial, glorification and serious trivialization of genocide and similar crimes, thus decoupling these conducts from the direct incitement to commit those crimes. This paper focuses on two topics. First of all, it is argued that there are good reasons for adopting such a decision from the perspective of the modern international Criminal Policy, which encourages protective measures towards the integration and the defense of minorities. Secondly, the configuration of these crimes in Art. 510.1.c) is criticized by pointing out the excessive indeterminacy of the legal definitions. This indeterminacy opposes some recent decisions in Spanish case law. Spanish Courts have understood that hate-motivated speech crimes must be applied restrictively – an opinion we defend throughout this paper.

Titel: Rechtfertigung und Verherrlichung von Völkermord vor dem Hintergrund der im Jahr 2015 in Kraft getretenen Strafrechtsreform.

Title: Justification and Glorification of Genocide in the 2015 Reform of the Spanish Penal Code.

Palabras clave: negación, justificación y trivialización del genocidio. Discurso del odio.

Stichworte: Leugnung, Rechtfertigung und Bagatelisierung von Völkermord, Diskurs über Hassverbrechen.

Key words: denial, justification, trivialization of genocide, hate speech.

* Investigación desarrollada en el marco del proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad (modalidad de excelencia; DER2014-52980-P) «Veinte años del código penal, 1995-2015: estudio de los “modelos preventivos” de la “sociedad de la seguridad”».

Sumario

- 1. El impacto de la reforma del CP de 2015 en la negación y justificación del genocidio**
- 2. La modificación del art. 607.2 CP: una consecuencia «casi» necesaria después de la STC 235/2007**
- 3. La incitación y apología del genocidio como delitos de discriminación: el impulso de la Decisión Marco 2008**
- 4. El nuevo artículo 510.1.c) del CP**
 - 4.1. La definición de las conductas típicas**
 - 4.2. La promoción o el favorecimiento de un clima de odio, violencia o discriminación**
 - 4.3. La necesidad de contextualizar las opiniones de enaltecimiento o justificación**
- 5. Propuesta de lege ferenda**
- 6. Tabla de jurisprudencia citada**
- 7. Bibliografía**

1. El impacto de la reforma del CP de 2015 en la negación y justificación del genocidio

La reforma del Código Penal español de 2015 (en adelante CP) ha incidido en el ámbito de la política criminal relacionado con la protección de minorías, fundamentalmente en los delitos de genocidio (art. 607) e incitación a la discriminación, al odio y a la violencia (art. 510). Tal y como señala el Preámbulo de la ley, a través de la reforma de estos preceptos el legislador ha perseguido dos objetivos, ambos previsibles y oportunos. En primer lugar, se pretende llevar a sus consecuencias lógicas la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre (MP: Eugeni Gay Montalvo) (en adelante STC 235/2007), que interpretaba la respuesta constitucional aceptable para las conductas de negación y enaltecimiento del genocidio. En segundo lugar, pretende adaptar nuestra legislación penal a la Decisión Marco 2008/913/JAI, de 28.9.2008 (Diario oficial de la Unión Europea, de 6.12.2008) (en adelante DM 2008), relativa a la tipificación de determinadas formas especialmente graves de racismo y xenofobia. El cumplimiento de estos objetivos ha generado importantes consecuencias, entre las cuales se encuentra que las conductas de justificación, negación y enaltecimiento del genocidio dejan de ser consideradas un delito de provocación al mismo y pasan a constituir una modalidad punible de la incitación a la violencia, al odio o a la discriminación, regulándose en el art. 510, en su número 1.c). En este trabajo se pretende valorar la oportunidad de esta decisión legislativa tanto desde una perspectiva político-criminal como dogmática.

2. La modificación del art. 607.2 CP: una consecuencia «casi» necesaria después de la STC 235/2007

La importancia del pronunciamiento del TC en torno a la constitucionalidad del art. 607.2 CP radica en la interpretación que hace sobre la legitimidad de la intervención penal respecto a determinadas conductas que niegan, justifican o enaltecen los actos de genocidio. Aunque fue recibida con

opiniones discrepantes por la doctrina penal española¹, no cabe duda que marcó con claridad la orientación de la futura política criminal en España sobre este tipo de actuaciones. En este sentido puede afirmarse que la reforma del art. 607 CP introducida en el año 2015 es, efectivamente, una consecuencia directa de la doctrina constitucional y, si se comparten los razonamientos del TC en la sentencia citada, puede calificarse de una consecuencia necesaria o, por lo menos, muy oportuna.

En dicha sentencia el TC sentaba, entre otras, dos ideas fundamentales que han influido en la política criminal del legislador español en estos temas. En primer lugar, declara la falta de legitimidad constitucional de la tipificación de las opiniones que constituyen una mera negación de los hechos de genocidio. En segundo lugar, determina la constitucionalidad de los actos de justificación y enaltecimiento de esos delitos, diferenciándolos de los actos de provocación directa al genocidio. Como consecuencia de la conformidad con la Constitución de la tipificación de la justificación o enaltecimiento no directos del genocidio, se abre paso una doble opción interpretativa respecto a su naturaleza y regulación sistemática en el código. Por una parte, podían seguir considerándose como una forma autónoma de incitación indirecta al genocidio, manteniéndose en el ámbito de este delito y diferenciándose claramente de la provocación directa del art. 615 CP. Pero también podría fundamentarse su naturaleza antijurídica como actos dirigidos a la violencia, al odio y a la hostilidad de colectivos o de personas miembros de los mismos (FJ 9º), interpretación esta última que permitía la posibilidad de trasladar estas conductas en una reforma posterior al ámbito de los delitos discriminatorios en otro Título diferente del CP, con la reconsideración de su contenido de injusto.

No es objeto de este trabajo desarrollar otras consecuencias de esta sentencia, aunque sí debe señalarse brevemente su impacto dentro del debate de la legitimación de los denominados delitos de opinión y, en concreto, de la forma extrema de éstos que constituye el llamado «discurso del odio», desde la perspectiva de los límites de la libertad de expresión e ideológica.² En efecto, la decisión del TC de declarar la inconstitucionalidad de parte del texto del art. 607.2 CP, en concreto, de la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que “nieguen” los delitos tipificados en el apartado 1 de dicho precepto, planteó incluso dentro del mismo tribunal opiniones contradictorias manifestadas en los votos particulares de varios Magistrados.³ Una de las cuestiones problemáticas en torno a esa decisión, concretada también por algunos penalistas,⁴ es la separación de esta sentencia de la orientación seguida por otras legislaciones europeas que sí regulan el delito de negación del Holocausto, así como su posible contradicción con diversas resoluciones del Tribunal

¹ Ofrece una enumeración de comentarios de penalistas españoles sobre esta sentencia ALCÁCER GUIRAO, «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (97), 2013, pp. 309 a 341, p. 313, nota 12.

² A este respecto, como ejemplo del debate y con abundante bibliografía, véanse, los trabajos de ALCÁCER GUIRAO, «Discurso del odio y discurso político: en defensa de la libertad de los intolerantes», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (14), 2012, pp. 1 a 33; GÓMEZ MARTÍN, «Fighting words, Auschwitzlüge y libertad de expresión», *InterseXiones*, (4), 2013, p. 109.

³ Los votos particulares de la sentencia se puede consultar en http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2007-21161.

⁴ Por ejemplo SUÁREZ ESPINO, «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio», *InDret*, (2), 2008, p. 11.

Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que declaraban conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos la tipificación del delito de negación del genocidio.⁵

Con la sentencia de 2007 puede afirmarse efectivamente que la doctrina constitucional española se posiciona claramente en el debate sobre la legitimidad de la tipificación del «discurso del odio» con una postura que, en cierto modo, no coincide con la interpretación severa del fenómeno «negacionista» o «revisionista» tal y como es comprendido en muchos países europeos, donde se excluye la negación o revisión del Holocausto (la llamada «mentira de Auschwitz») del marco legítimo de la libertad de expresión en cuanto se trata de una postura ideológica que manipula el pasado yendo más allá del simple estudio histórico⁶, con la consecuencia de que, por esta razón, no podría ser protegida por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (STEDH *Lehidoux e Isorni c. France* (23.9.1998)).

Sobre esta interpretación debemos tener en cuenta, en primer lugar, que esta orientación encuentra su verdadero sentido en el Derecho penal de países como Francia, Bélgica o Alemania, en los cuales la realidad histórica del Holocausto y de los crímenes de la II Guerra Mundial han justificado el adelanto de las barreras penales a la punición de la defensa o exposición de las ideas que niegan o ponen en duda esos delitos, con el fundamento, según haya previsto la normativa propia de cada país, de que esas conductas deben implicar un peligro contra la paz y el orden constitucional y social o la dignidad de la persona (véase, por ejemplo, el § 130.3º del Código Penal alemán).⁷ No obstante, esta tendencia mayoritaria, aunque no unánime, de entender el fenómeno de la negación del genocidio no implica que el TEDH imponga un modelo único común en Europa a la hora de regular los delitos de negación, justificación o apología de estos delitos⁸ que pueda ir más allá de los compromisos exigidos en la normativa internacional, especialmente en las previsiones legales de la DM 2008 y en sus antecedentes.

⁵ De una forma tajante se pronuncian en este sentido, por ejemplo, LÜTHER, «El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (9), 2008, apartado 10, y TAJADURA TEJADA, «Libertad de expresión y negación del genocidio: Comentario crítico a la STC de 7 de Noviembre de 2007», *Revista Vasca de Administración Pública*, (80), 2008, pp. 246 a 248, en particular p. 248.

⁶ Un análisis de los objetivos y presupuestos de la llamada «mentira de Auschwitz» como doctrina revisionista del Holocausto puede verse en LANDA, «La llamada mentira de Auschwitz (art. 607.2º CP) a la luz del “caso Varela”: una oportunidad perdida para la “cuestión de constitucionalidad” (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo penal nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)», *AP*, (36), 1999, p. 692 y ss.; TURIENZO FERNÁNDEZ, «El delito de negación del Holocausto», *InDret*, (1), 2015, pp. 4 y 5.

⁷ Una exposición de la regulación del fenómeno revisionista del Holocausto, aunque limitada más bien a los distintos países europeos, puede verse en LÜTHER, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (9), 2008, apartado 5: «la extensión en Europa de los modelos de antinegacionismo penal»; también sobre el mismo tema, pero con expresa referencia a la bibliografía sobre el revisionismo, ver FRONZA, «¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria», *RDPC*, (5), 2011, p. 101, nota 8.

⁸ Sobre la evolución de la jurisprudencia del TEDH en esta materia cabe citar, entre otros, los siguientes artículos: ALCÁCER GUIRAO, *Revista Española de Derecho Constitucional*, (97), 2013, pp. 309 a 341; BILBAO UBILLOS, «La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La endeble justificación de los tipos penales contrarios a la libertad de expresión», *Revista de Derecho Político*, (71 y 72), 2008, pp. 17 a 56; CUEVA FERNÁNDEZ, «A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011: Discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo. ¿Una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del *hate speech*?», *Eunomía*, (2), 2013, pp. 98 a 105.

En mi opinión, lo que consigue el TC es adaptar al contexto jurídico e histórico español la doctrina del Tribunal europeo, planteando el problema de la inconstitucionalidad del art. 607.2 CP en el marco de su confrontación con el derecho a la libertad de expresión, perspectiva de obligada consideración cuando se trata de delitos de opinión. Y lo hace aceptando la constitucionalidad de aquellas opiniones o declaraciones sobre los genocidios históricos que no implican un mínimo de peligrosidad hacia bienes jurídicos o derechos de relevancia constitucional, concluyendo con la declaración de inconstitucionalidad de la tipificación en el art. 607.2 de la mera negación de los genocidios.⁹ Se argumenta en la sentencia que nuestro sistema constitucional no sigue el modelo de una «democracia militante», en el sentido de que las garantías constitucionales protegen también a quienes rechazan ese sistema, con el límite mencionado de la creación de un peligro para las instituciones o los derechos fundamentales (FJ 4^o), y, por ello, se puede afirmar que no es misión del Derecho penal la defensa de la memoria histórica objetiva en sí misma,¹⁰ o que no es lo mismo la negación histórica de unos hechos que su justificación o el ensalzamiento de los autores.¹¹

A partir de estos argumentos, puede mantenerse que la interpretación que defiende el TC español constituye una opción legítima dentro de la diversidad normativa europea en materia de la regulación del discurso del odio. La realidad de esta diversidad normativa es una realidad que debe admitirse en cuanto permite manifestaciones diversas de una misma política criminal, tal y como se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, en algunos informes de expertos:

“Los tribunales constitucionales de Alemania, Bélgica y España, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Garaudy c. France, (déc.), 24.6.2003) han afirmado por su parte la constitucionalidad de los delitos de negacionismo haciendo referencia a la incitación indirecta al odio que inspira la negación del holocausto. Esas jurisprudencias confirman la existencia en Europa de un enfoque no explícito del delito de incitación al odio, al menos por lo que se refiere a una intervención específica del legislador nacional”.¹²

A raíz de los argumentos anteriores parece que la restricción que impone el TC a la tipificación de la mera «negación del genocidio», exigiendo la afectación mediante el peligro de derechos fundamentales de terceros, no significa ni una valoración positiva de las doctrinas revisionistas ni tampoco una alineación con las perspectivas más liberales propias sobre todo del ámbito anglosajón, que extienden la libertad de expresión a costa del ámbito punible del «discurso del odio». ¹³ El mismo TC aclara a mayor abundamiento que su doctrina no implica que en España se admitan la opiniones que niegan o discuten por razones ideológicas la existencia de genocidios históricos como algo positivo o aceptable, mereciendo en todo caso un juicio de valor social y político negativo (FJ 4^o) o pudiendo, con frecuencia, ser consideradas como conductas punibles de otra naturaleza diferente de la provocación al delito de genocidio, por ejemplo, calificándolas como

⁹ Razonando los argumentos del TC en este punto, véase LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La libertad de expresión tenía un precio», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (3), 2010, pp. 71 a 72.

¹⁰ En este sentido y de una forma convincente argumenta FRONZA, *RDPC*, (5), 2011, pp. 134 a 136.

¹¹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Revista Aranzadi Doctrinal*, (3), 2010, p. 72.

¹² Así se pronuncia el Profesor CHRISTIANS, actuando como ponente en el «Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial y religioso. Estudio para el taller sobre Europa», (2011), p. 14, disponible en www.ohchr.org/.../Issues/.../ViennaWorkshop_BackgroundStudy_sp.pdf. (última visita 1/02/2016).

¹³ Desde una perspectiva comparativa, confrontando los modelos europeos expansionistas en cuanto a la punición del discurso del odio con el modelo de los EEUU, que pivota sobre la defensa de la libertad de expresión, puede véase ALCÁCER GUIRAO, «Víctimas y disidentes. El discurso del odio en EEUU y Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2015, (103), pp. 45 a 86.

un delito contra el honor, supuesto contemplado en la pionera STC 1ª 214/1991, de 11 de Noviembre (caso Violeta Friedmann), de 17 de Diciembre 1991 (MP Vicente Gimeno Sendra), y en la importante STC 2ª 176/1995, de 11 de Diciembre (MP Rafael de Mendizábal).

Finalmente se puede decir que la orientación del TC resulta «progresista» desde el punto de vista de una comprensión más moderna del problema del «negacionismo» como hecho que debe ser penalmente perseguido. Ya se ha comentado que el nacimiento de los delitos de negación del genocidio ha estado vinculado a la experiencia histórica del Holocausto y, por ello, resulta lógica la orientación en diversos países de la normativa penal hacia la prohibición de esas conductas de apología o negación de los hechos históricos en estrecha dependencia de tal fenómeno. No obstante, los cambios sociales relacionados con la inmigración y el pluralismo racial, étnico y religioso en Europa desbordan el marco del Holocausto y hacen que resulte necesaria la interpretación de las conductas de apología o justificación de hechos violentos, históricos o no, conectándolas con esas nuevas situaciones de convivencia multicultural, en la cual el peligro del «negacionismo» del genocidio que tuvo lugar durante la II Guerra Mundial se diluye en el contexto más amplio del problema de la discriminación actual contra muchos colectivos, perdiendo fuerza, en mi opinión, la delimitación de su contenido objetivo de injusto si se lo identifica con la posibilidad real de provocar o repetir esos genocidios históricos.¹⁴

De acuerdo con esta premisa, resulta lógico desde una perspectiva político-criminal que el CP mantenga un tipo penal de provocación directa al genocidio cuando la conexión directa entre lo expresado o difundido y los delitos de genocidio se manifieste con claridad del contexto de las conductas de apología o enaltecimiento del Holocausto o de los autores del mismo, de forma que se puede considerar que este tipo de provocación constituye la verdadera antesala del mismo. En cambio, resulta conveniente trasladar aquellas conductas de apología o justificación indirecta o inconcreta de ese tipo de crímenes al ámbito de los delitos de odio entendidos en el sentido de la lucha contra la discriminación o rechazo de minorías porque, en estos casos, la peligrosidad de esas conductas está más relacionada con la idea de discriminación e incitación a la violencia y a la intolerancia que con la posibilidad de causar o repetir hechos concretos de genocidio. Y son esos actos de violencia o intolerancia contra grupos culturales, religiosos o raciales los que en el momento presente constituyen el verdadero problema de las sociedades occidentales europeas, actitudes en cuyo origen interviene de forma decisiva el lenguaje o discurso del odio.¹⁵

Estas ideas forman parte del núcleo argumentativo de la STC 235/2007 y, por ello, creo que efectivamente puede decirse con propiedad que esta resolución constituye un antecedente directo de la reforma del CP en esta materia, aunque como señala algún autor no se exigiera necesariamente esta solución ni signifique esta reforma que se ha interpretado correctamente la jurisprudencia constitucional.¹⁶

¹⁴ También de esta opinión RODRÍGUEZ YAGÜE, «Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal español», *Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional*, (11), 2007, p. 13.

¹⁵ Ejemplo de esta postura en la jurisprudencia europea es la STEDH 15615/07, Féret v. Bélgica de 16.7.2009.

¹⁶ En particular ALASTUEY DOBÓN, «La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas (1)», *Diario La Ley*, (8245), 2014, pp. 6 y 7.

Las mismas razones que las expuestas respecto al enaltecimiento del genocidio se pueden mantener sobre la decisión del legislador de tipificar en el nuevo art. 510 CP la incitación o apología de los delitos de lesa humanidad o contra las personas y bienes en caso de conflicto armado. Aunque no se refiera a ellas la STC 235/2007, se pueden aplicar sus razonamientos a su deseable exclusión del ámbito de los delitos contra la comunidad internacional siempre y cuando no constituyan una provocación directa a su comisión, en cuyo caso deberá ser aplicado será el art. 615 CP.

3. La incitación y apología del genocidio como delitos de discriminación: el impulso de la Decisión Marco 2008

La STC 235/2007 coincide en el tiempo con los trabajos de la UE que intentan reforzar la política común contra la xenofobia y el racismo, trabajos que se concretan en la DM 2008. Pienso que también es correcto citar esta DM como antecedente de la reforma del CP en esta materia, puesto que dicha norma se refiere precisamente a las conductas de negación, justificación y apología del genocidio y de otros delitos.

En la DM se manifiesta de forma expresa la orientación político-criminal que se pretende que adopten los Estados miembros sobre la tipificación de estas conductas, aceptando al mismo tiempo la imposibilidad de armonizar las legislaciones penales. Dentro del marco mínimo que la DM considera de necesaria tipificación contra la xenofobia y el racismo, se incluyen en el art. 1.c) “la apología pública, negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, contra la humanidad o crímenes de guerra (...) cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o miembro del mismo”.

La importancia de esta normativa es que incluye estas conductas dentro del género de los delitos de opinión generadores de conductas de odio y violencia racista y xenófoba, equiparándolas al resto de las conductas de incitación pública al odio o a la violencia contra minorías que no se relacionan en cuanto al contenido de sus mensajes con los hechos de genocidio (art. 1 a) y b)). Resulta evidente, por lo tanto, que la política criminal de la Unión Europea se orienta, cuando se trata de delitos de opinión, hacia la prevención de la discriminación o el rechazo de personas o minorías y, por ello, habrá que entender que la negación o apología del genocidio o de esos otros delitos contra el derecho de gentes a que se refiere la DM no se pueden referir a la provocación directa para cometerlos. De aquí se deduce que no es la prevención del genocidio u otros crímenes contra la humanidad el objeto de la política criminal que se refleja en esta norma, sino la evitación de una situación de rechazo o violencia contra determinados grupos o personas que lesiona sus derechos fundamentales en el marco de una sociedad plural o multicultural, que es el modelo que pretende reflejar la Unión Europea.¹⁷

¹⁷ Sobre este contexto véase el «Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre la aplicación de la Decisión Marco 2008/913 JAI del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal», Bruselas, 27.1.2014, COM 2014 (27) final, pp. 1-11, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content>.

La consideración de las opiniones «negacionistas» o apologéticas de un genocidio o de delitos similares como conductas punibles en el marco de la lucha contra la discriminación concretada en la violencia o rechazo a un grupo, se refuerza en la DM 2008 con el requisito del art. 1 c) *in fine*, que expone que esa tipificación deberá realizarse cuando “las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo”.

De las consideraciones anteriores puede, por lo tanto, afirmarse que la reforma de 2015, al trasladar la apología o justificación del genocidio al art. 510 CP, está efectivamente siguiendo la orientación político-criminal de la DM 2008, si tenemos en cuenta que en nuestro Código Penal es el art. 510 el precepto cuya *ratio legis* consiste precisamente en regular los delitos de discriminación concretados en conductas de opinión que incitan al odio o a la violencia.

La oportunidad de esta unificación en dicho precepto encuentra también en otra indicación del DM 2008 un argumento adicional. Efectivamente, en el art. 3.2 se pide a los Estados que adopten las medidas necesarias para garantizar “que las conductas contempladas en el art. 1 se castiguen con una pena máxima de uno a tres años de prisión como mínimo”. El cumplimiento de dicha previsión exigía en nuestro Código una reforma del art. 607.2 en materia punitiva, pues castigaba la justificación o apología del genocidio con la pena de prisión de uno a dos años, pena que no se corresponde con la señalada en la DM. Es cierto que podría haberse reformado sin más el art. 607.2 en materia punitiva, pero dicha solución hubiera significado un retroceso a la hora de justificar la antijuridicidad de la justificación o apología de los delitos de genocidio que, como ya hemos visto, se orienta desde la DM del 2008 en el sentido de penalizar la apología cuando inciten a la violencia o al odio y en el marco de la normativa penal contra la discriminación y de la protección del pluralismo.

Finalmente debe señalarse que la constatación de que la reforma de 2015 encuentra su fundamento en la DM no significa que ésta haya sido traspuesta o adoptada al pie de la letra, pues como la misma DM prevé, los Estados incorporarán sus disposiciones dentro de las características particulares de su propio sistema jurídico y, por ello, es en la concreta forma de redactar el nuevo art. 510 CP español donde debemos continuar el análisis de la reforma, pues aunque se defienda la oportunidad de la derogación del art. 607.2 CP a la luz tanto de la doctrina constitucional española como de la DM europea de 2008, queda por ver si la nueva regulación del enaltecimiento o justificación del genocidio y de otros delitos merece o no una valoración positiva, cuestión que, por las observaciones de los primeros comentarios sobre la reforma, no va a poder ser resuelta fácilmente por mantener vivos algunos de los problemas interpretativos que la doctrina española se planteaba sobre este delito.¹⁸

¹⁸ Merece especial atención el ya citado trabajo de ALASTUEY DOBÓN, *Diario La Ley*, (8245), 2014, especialmente pp. 3 y ss.

4. *El nuevo artículo 510.1.c) del CP*

La reforma de 2015 ha provocado una modificación importante del art. 510 CP, precepto central en el ámbito de la lucha contra la discriminación y, en concreto, como figura nuclear de los delitos de opinión que incitan a la violencia o al odio contra grupos o colectivos precisamente por las características que definen esos grupos. Parte de esa modificación supone la tipificación de las conductas que hasta esta reforma constituían el art. 607.2, las cuales pasan a configurar el nuevo art. 501.1 c), que castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses a quienes:

“Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o 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, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos”.

Desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, la ubicación sistemática de la conducta típica del art. 510.1.c) confirma la opinión doctrinal que desvinculaba las conductas que implican la justificación de los delitos de genocidio y de sus autores respecto de la apología del art. 18 CP. Ya en su regulación dentro del art. 607, gran parte de la doctrina entendía que se configuraba un delito de apología autónomo que, al menos parcialmente, no tenía que responder a todos los requisitos que se exigen en el art. 18 CP.¹⁹ También en este sentido, la STC 235/2007, al considerar la justificación o enaltecimiento del genocidio como una forma de «provocación indirecta» al mismo, separaba estas figuras de la “provocación directa” al genocidio del art. 615 CP, que sí debe enraizarse en el art. 18 del Código y cumplir con todos los requisitos legales del mismo.

El encuadre de estas conductas dentro del ámbito del art. 510 manifiesta además su naturaleza como delitos de peligro. El objetivo que ha perseguido el legislador, siguiendo la orientación de la DM 2008, ya no es garantizar directamente la supervivencia física de los grupos o de sus miembros, supuesto que permanece en el ámbito del genocidio al estar significados esos grupos por características raciales, étnicas o de otra naturaleza. Más bien se pretende adelantar la intervención penal para evitar la creación, mediante la palabra o el escrito, de unas condiciones sociales que se pueden calificar de rechazo, violencia y hostilidad hacia esos grupos y personas, conductas que tienen además la potencialidad de generar un peligro para alguno de los derechos fundamentales o de los derechos ciudadanos de los sujetos pasivos.

La oportunidad de esta nueva configuración queda oscurecida por los problemas interpretativos derivados de la defectuosa regulación del art. 510 en general, cuya crítica ha sido ampliamente desarrollada por la doctrina anterior a la reforma, que critica el alto grado de indefinición de estas

¹⁹ Ver los argumentos ofrecidos por ALONSO RIMO, «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», *RDPC*, (4), 2010, p. 57.

conductas²⁰, problema que parece que el legislador no ha sabido resolver en el nuevo texto. No obstante, opino que esos problemas generales afectan en menor medida a la modalidad del art. 510.1.c), sin que deban dejar de señalarse los aspectos más cuestionables de la fórmula legal que delimita su injusto típico. En concreto creo que merece la pena detenerse en el análisis de las siguientes cuestiones de la nueva figura delictiva: la definición de las conductas típicas y la necesidad de la creación de una situación de hostilidad, odio, violencia o discriminación, temas ambos que plantean si el tipo penal cumple las condiciones mínimas para determinar que existe un injusto típico relevante que justifique el adelanto de la punición penal a estas conductas que no implican todavía una provocación directa a la violencia o a la discriminación.

4.1. La definición de las conductas típicas

El texto legal castiga a los que “públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos (...) o enaltezcan a los autores”. La utilización de los verbos anteriores no es casual y sigue a otros textos legales que también los utilizan, como la DM 2008. A pesar de ello, es difícil aceptar la oportunidad de algunas de estas expresiones. En concreto, resulta criticable que la primera forma de cometer este delito sea la de «negar» el genocidio o los otros delitos aquí comprendidos, pues debe recordarse que dicha expresión no puede interpretarse como la mera manifestación de la increencia o rechazo sobre la verdad histórica de un genocidio concreto, pues ese es el ámbito que nuestro Tribunal Constitucional rechazó como marco punible en el año 2007. Aunque la intención del legislador no haya sido la de reintroducir por la puerta de atrás el delito de «negacionismo histórico», la inclusión de dicha expresión en el nuevo art. 510.1.c) es ciertamente desafortunada, y obliga a interpretarla correctamente, de forma coherente con la asentada jurisprudencia mantenida en nuestro país desde la STC 214/1991 y que se fundamenta especialmente en la ya citada STC 235/2007, que, como hemos visto, rechaza la constitucionalidad de la tipicidad de la pura negación de los genocidios si no implica esa afectación de derechos de terceros. Por ello, en el actual texto legal del art. 510.1.c) la conducta «negacionista» deberá ser entendida como aquella opinión que, por rechazar unos hechos históricos, encierra *contextualmente* un contenido de ofensa a las víctimas de los mismos, de una forma que *al menos* genere una posibilidad de desconfianza hacia ellas o que las ofenda o que induzca al menos indirectamente a su rechazo. Es cierto que la conducta de «negación» del genocidio y de otros crímenes contra la humanidad ahora tipificada procede de la DM 2008, pero como esta norma establece en su artículo 7.1 y 7.2 que sus disposiciones no pueden exigir a los Estados la adopción de medidas que afecten a los derechos fundamentales o contradigan principios jurídicos fundamentales relativos a las libertades de asociación y expresión, debe entenderse vigente en España la interpretación de la negación del genocidio en el sentido constitucionalmente establecido por el TC. A pesar de esta corrección interpretativa, lo más sencillo hubiera sido no incluir esta forma de conducta en el texto legal del art. 510.1.c), sin que por ello se hubiera incumplido la obligación de la trasposición de la DM 2008.

²⁰ Véase un resumen de dichos problemas en el análisis crítico que desarrolla AGUILAR GARCÍA, «La reforma del art. 510 del Código Penal», *La Ley penal*, (86), 2011, pp. 53 a 60, así como ALASTUEY DOBÓN, *Diario La Ley*, (8245), 2014, pp. 2 y 3. De forma más específica, véase LANDA, *La intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código Penal*, 1999, p. 360.

En cambio, el legislador debería haber incorporado a la fórmula legal la conducta de justificación de un genocidio o de los otros delitos, expresión que describe más correctamente la actitud de rechazo y oposición a las víctimas y sienta un mayor grado de peligrosidad hacia la creación de un clima de odio, de violencia u hostilidad, en la medida en que estimula la repetición del delito “pues constituye una pauta moral compartida que lo que es justo, lo que está bien, debe realizarse”.²¹ Además, debe tenerse en cuenta la proximidad entre las conductas de justificar un genocidio u otro delito y trivializar su comisión, supuesto que sí aparece regulado en este precepto y que encierra también ese significado de rechazo hacia las víctimas de otros delitos y de posible favorecimiento intencional de una futura violencia o discriminación. Ambas formas de manifestar una opinión aparecen con frecuencia en la realidad como conductas habituales del lenguaje del odio y así se recogen en la jurisprudencia que ha resuelto estos casos. En este sentido debe reproducirse por su claridad parte del FJ 1º de la STS 1ª, 12.04.2011, (ROJ 3386/2011, p. 89, MP Miguel Colmenero) (caso «Librería Kalki»).

“Justificar algo supone constatar la existencia de buenas razones a su favor. Desde otra perspectiva, se alcanzaría la justificación mediante la negación de los aspectos éticamente rechazables de aquellos a través de la minusvaloración o trivialización de aquellos, para presentarla como un mal menor, que resulta aceptable en función de los beneficios que finalmente reportaría”.

La inclusión de las conductas de trivialización del genocidio debe, por lo tanto, entenderse como una forma de justificación de los hechos y no considerarse como una negación edulcorada de los mismos para que pueda aceptarse su tipificación. Este peligro realmente existe, ya que en la práctica un número considerable de casos llegados a los tribunales en España y fuera de España se referían a declaraciones que propiamente minimizaban o banalizaban las muertes durante el Holocausto nazi, por ejemplo disminuyendo el número de víctimas, atribuyendo sus muertes a enfermedades o intentando comparar esos hechos con otros delitos cometidos por los vencedores, supuesto éste último alegado en el caso *Garaudy c. France*, STEDH 24.6.2003. En este sentido, el verbo trivializar equivaldría prácticamente a negar lo sucedido, lo cual nos llevaría a considerar que toda trivialización es igual a una negación de los hechos. Para evitar esta interpretación, el legislador ha incluido el requisito de que la trivialización sea grave, lo que en mi opinión permite valorar este tipo de afirmaciones como conductas que incorporan una actitud de desprecio o rechazo a las víctimas que puede llegar a fomentar una actitud de violencia u hostilidad hacia las personas que forman parte de ese grupo.

Finalmente, la inclusión en la definición legal de las conductas de enaltecimiento, tanto las que se refieren a los hechos genocidas o a los otros delitos contra la humanidad, como las que alaban o alaban a los autores de los mismos, plantea importantes problemas sobre su interpretación, dado que propiamente son formas de apología, con las dificultades que la aceptación de estas cuestiones ha suscitado entre la doctrina española. Por una parte, ya se ha expuesto en este trabajo que en cuanto apología de hechos o personas no se exige que estas opiniones reúnan estrictamente los requisitos de la apología del art. 18 CP pero, por otra parte, no es suficiente con que sean una mera expresión de una opinión política o ideológica, por muy desafortunada que sea, sino que deben implicar un peligro hacia bienes o intereses protegidos conforme expuso la STC 253/2007. Por ello,

²¹ Así lo expresa LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Revista Aranzadi Doctrinal*, (3), 2010, p. 5.

creo que las conductas de enaltecimiento deben considerarse en este delito como formas específicas de justificación de los delitos que se alaban o glorifican (según expresión anglosajona) y que, en este caso, deben implicar al menos una actitud intencional hacia el favorecimiento de futuras situaciones de violencia u hostilidad y un contenido objetivo de la posibilidad de que se generen este tipo de actos.

El legislador, además, ha querido precisar alguna de las conductas típicas, exigiendo determinados requisitos. En concreto, se dice que la negación de los hechos genocidas debe ser realizada «públicamente». Esta condición tiene relevancia en cuanto implica un intento de contextualizar este tipo de discurso dentro de unos parámetros de gravedad, en el sentido de calibrar la idoneidad de las opiniones vertidas para crear violencia u hostilidad como un fenómeno que no se dirige a una o a pocas personas y, desde esta perspectiva, resulta oportuna su utilización, dado que también se menciona este requisito en otras normas, por ejemplo, en la DM 2008. Si este es el sentido que debe tener el adverbio «públicamente», resulta criticable, no obstante, que sólo se exija con claridad para el caso de la negación de un genocidio pero no para las demás conductas, cuando en realidad la comunicación a terceras personas y en un ámbito no reducido de difusión de tales opiniones es un criterio que debe ser tomado en cuenta para determinar la peligrosidad de las mismas y que, además, resulta característico del *modus operandi* en los delitos de opinión, que pertenecen al género de las conductas comunicativas (SAP Barcelona 26.4.2010, FJ 7º). Dado que en el texto actual ya no se pretende equiparar el enaltecimiento o la apología con los requisitos de la provocación del art. 18 CP, creo que no habría problema en extender a todas las conductas aquí mencionadas la condición de su comunicación o difusión pública.

4.2. La promoción o el favorecimiento de un clima de odio, violencia o discriminación

La necesidad de determinar un injusto grave no se justifica solamente como fruto de una exigencia constitucional relacionada con las restricciones que supone este precepto a las libertades ideológicas y de expresión (STC 235/2007, FJ 4ª), sino que también se concreta, desde el punto de vista dogmático-penal, en cuanto no se trata de delitos de mera actividad, sino de conductas que deben producir un resultado que afecte a derechos fundamentales o bienes de terceros, resultado que se expresa en el texto legal exigiendo que “de este modo”, es decir, cuando se lleva a cabo cualquiera de las formas comisivas, se promueva o favorezca una situación objetiva o clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos o las personas afectadas por las opiniones vertidas.

Como he señalado anteriormente, parece que en este precepto se ha querido tipificar un delito de peligro, lo que invita a plantear cuál es la naturaleza y el contenido del mismo y, como consecuencia, cuándo las opiniones justificativas o enaltecedoras se consideran idóneas para producir un riesgo de violencia u odio y cómo deben interpretarse estas situaciones: odio, discriminación, violencia u hostilidad.

En torno a la naturaleza de este delito cabe discutir en primer lugar si estamos ante un supuesto autónomo de delito de peligro o ante una forma de incitación indirecta al odio o a la discriminación, dependiente del primer supuesto del art. 510.1.a). Es evidente que desde un punto de vista sistemático ésta sería la respuesta más lógica y puede defenderse esa dependencia porque el

legislador ha sustituido la expresión «provocación» en la definición de la conducta del primer apartado por las de fomentar, promover o incitar “directa o indirectamente”, con el evidente propósito de ampliar el ámbito de aplicación de este precepto. Desde esta perspectiva podría entenderse el injusto de la negación, grave trivialización o enaltecimiento del genocidio y de los otros delitos del apartado c), como conductas que pueden generar indirectamente, de forma más o menos indeterminada o genérica, un clima o peligro de generar esas consecuencias de odio o discriminación.

Esta interpretación sistemática integradora entre los supuestos de los apartados a) y c) del nuevo art. 510.1 CP ofrece dos dificultades. En primer lugar, se difumina la naturaleza objetiva de la conexión entre la conducta y la creación de una situación de peligro y, en segundo lugar, se mantiene la comprensión de la situación de peligro como un peligro abstracto.

Sobre la primera cuestión, opino que el requisito legal de que las conductas típicas «promuevan» o «favorezcan» la violencia, el odio u hostilidad, definidas en el art. 510.1.c), no pueden interpretarse sólo o principalmente en un sentido subjetivo o intencional, en cuanto tendencia del sujeto que expresa opiniones de odio con las que se busca promover o fomentar tal clima de hostilidad o discriminación, sino en un sentido objetivo que manifieste la posibilidad real de la creación de tal situación. Tal interpretación, que me parece consecuente con el marco constitucional restrictivo de la tipificación de los delitos de opinión, puede perderse de vista si se consideran las conductas del art. 510.1.c) como una forma especial de incitación indirecta con el mismo significado tendencial e intencional que tiene el concepto de incitación en el número 1.a), sobre todo después de la reforma del 2015. La lectura de la definición legal de las conductas definidas en este último precepto expresa el énfasis que se pone en la determinación del elemento subjetivo tendencial de estas conductas: “quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten, directa o indirectamente al odio...”.

En cambio, el tipo del art. 510.1.c) expresa de una forma más objetiva las conductas allí definidas. Ello no quiere significar que excluyamos el ánimo tendencial y, por supuesto, el dolo directo como elemento necesario del tipo subjetivo de este precepto, en cuanto que las opiniones difundidas que objetivamente promuevan o fomenten odio o violencia deben ir dirigidas precisamente a posibilitar esa situación. Por eso, en mi opinión, lo relevante de este nuevo delito no es la naturaleza directa o indirecta de las opiniones vertidas en relación a los delitos enaltecidos o justificados. Lo relevante es el peligro que con ellas se genera.

Otro argumento en favor de definir un injusto típico autónomo en el art. 510.1.c) radica en la naturaleza del peligro, que creo que no debe interpretarse como un peligro abstracto, entendido en un sentido formal o presunto, sino como una peligrosidad más cercana y determinada respecto del efecto que pueden tener esas opiniones, en el sentido que formuló en su día el profesor TORÍO del

concepto de peligro abstracto entendido como peligro posible o hipotético, tesis asumida por otros autores para la interpretación del delito del art. 510 CP²².

Atendiendo a las consideraciones anteriores me inclinaría por entender que el injusto del art. 510.1.c) expresa un peligro posible de que los hechos enaltecedores promuevan o favorezcan una situación objetiva de discriminación, violencia u hostilidad, sin quedarse en una posibilidad tan inconcreta de tal situación que no atienda a las circunstancias o contexto en que se difundan las opiniones.

La naturaleza de peligro posible y potencial no implica, en mi opinión, que en el art. 510.1.c) se exija la creación de un peligro concreto o inmediato, a diferencia de lo ocurre en cambio en el tipo agravado del art. 510.4, en el cual, y siguiendo el modelo del § 130 del CP alemán, el legislador eleva la pena de las conductas anteriores “cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes de un grupo”. Sí es cierto, y creo que es un riesgo que debe correrse, que la interpretación aquí defendida puede caer bajo la crítica de promover una aplicación ciertamente restrictiva del art. 510 CP, situación que se confirma en la reciente jurisprudencia española.²³

Una consecuencia de la tesis aquí expuesta es la necesidad de determinar ese peligro posible y, por ello, también peligro real, conforme a parámetros fácticos y normativos que concreten esa peligrosidad. Para ello debemos preguntarnos en primer lugar sobre el objeto de ese peligro. En relación a este tema creo que sería conveniente que se hubiera prescindido en la fórmula legal de la expresión «clima», por más que se trate de una expresión de uso general en este tipo de delitos, en cuanto esa expresión indica una situación excesivamente genérica e indeterminada.²⁴ El peligro al que nos referimos es la posibilidad de la creación o desarrollo de una situación objetiva social de odio, discriminación, violencia u hostilidad, tal y como expresa el texto legal.

En relación a estos términos debe recordarse aquí la reiterada crítica doctrinal a la utilización de alguna de estas expresiones, en especial el recurso a la palabra «odio», que puede ser entendida como mero sentimiento, algo predominantemente subjetivo y, por ello, generador de una enorme inseguridad, difícilmente compatible con la responsabilidad por el hecho y el principio de determinación.²⁵ Comparto esas críticas y, aunque se haya generalizado el empleo de las expresiones «delitos de odio» o «discurso del odio», creo que su utilización debe referirse a la causa o al contexto en que se expresan los discursos, opiniones, etc.), pero no debería utilizarse como descripción de la situación social a la que ese sentimiento puede dar lugar. Por ello, a pesar de su reiterado uso por doctrina, jurisprudencia y textos legales²⁶, hubiera bastado con las otras tres

²² TORÍO LÓPEZ, «Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», *ADPCP*, (35), 1981, *passim*. Esta interpretación la comparte en concreto LANDA, «Racismo, Xenofobia y Estado Democrático», *Eguzkilore*, (18), 2004, p. 70.

²³ STS 3386/2011, de 12.04.2011, FJ 2º, 1 (MP Fernández de Lurca).

²⁴ Está de acuerdo con esta tesis ÍÑIGO CORROZA, «Caso de la Librería Europa», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, 2011, p. 628.

²⁵ Un resumen de este rechazo doctrinal, especialmente de la expresión «incitación al odio», en ALASTUEY DOBÓN, *Diario La Ley*, (8245), 2014, notas 14 a 16.

²⁶ Por citar algunos casos, se puede citar la Recomendación 1997 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, disponible en <http://www.coe.int>, o la relevante sentencia del TEDH *Ergdogdu & Ince c. Turquía*, de 8.7.1999.

formas de especificar el resultado posible de la difusión de ese tipo de opiniones o discursos: discriminación, violencia y hostilidad, las cuales tienen al menos en común la descripción de situaciones o conductas sociales, objetivamente manifestadas en comportamientos de rechazo.

La valoración de estas expresiones tampoco ha resultado pacífica en nuestro ordenamiento, habiéndose manifestado críticas sobre su utilización en el art. 510 antes de redacción actual²⁷. No es el objeto de este trabajo profundizar en los términos de ese debate, sino más bien entender lo que se encierra en los conceptos de discriminación, violencia u hostilidad en cuanto expresan unas actitudes sociales que afectan a determinados derechos, puesto que en definitiva la política criminal en esta materia quiere adelantar la protección de bienes de grupos o de sus miembros, anticipando la intervención penal a las opiniones que pueden ponerlos en peligro. Es una cuestión que tiene relación con la concreción de los bienes jurídicos protegidos frente a los delitos del art. 510 CP en su conjunto.

Sobre este tema tampoco existe unanimidad en la doctrina, aunque parece claro, al menos en el delito que estamos comentando, que entre esos bienes jurídicos no se encuentra ya la supervivencia física de esos grupos y de sus miembros, dado que no estamos en el ámbito del genocidio. La interpretación de los conceptos de violencia, hostilidad y discriminación apunta entonces como objeto de protección a un conjunto de valores de diversa naturaleza que van desde la seguridad física y moral o la integración social de las minorías hasta el reconocimiento y disfrute colectivo e individual de los derechos fundamentales y ciudadanos.

La doctrina ha discutido especialmente sobre el significado del concepto de «discriminación» en el contexto general del art. 510 CP. Si en un principio algunos autores hemos identificado este concepto con los delitos discriminatorios concretos regulados en el CP o con cualquier acto que implique una negación ilegítima de los derechos individuales o colectivos de minorías y de sus miembros²⁸, parece que con la nueva reforma el sentido de «discriminación», al menos en el art. 510.1.c), debe comprender también aquellas conductas o tendencias sociales que impiden o dificultan la integración de estas personas o grupos en la sociedad, aunque no impliquen en particular la realización de actos propiamente antijurídicos. Debe reconocerse en esta extensión del concepto de discriminación la orientación de la moderna política criminal a la que me referí al comienzo de este trabajo, reflejada por ejemplo en la DM 2008, que integra el enaltecimiento del genocidio en el contexto más amplio del rechazo social de minorías en el marco de las sociedades multiculturales, como formas características del racismo y xenofobia.

Frente a esta delimitación del concepto de discriminación se entiende justificada la crítica de la excesiva ampliación de la intervención penal en la prevención de unas situaciones poco definidas, confirmando la necesidad de la aplicación restrictiva del art. 510.1.c). Esa restricción pasa por la vía de comprobar la potencialidad de las opiniones o discursos enaltecidos del genocidio o de delitos similares para fomentar la posibilidad de generar ese ámbito o marco social discriminatorio.

²⁷ CUEVA FERNÁNDEZ, *Eunomía*, (2), 2012, p. 105.

²⁸ BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación en el Derecho penal*, 1998, p. 79.

Otra consecuencia del concepto de discriminación que se desprende del conjunto del nuevo texto legal del art. 510 CP consiste en que a través del mismo se decanta la delimitación del bien jurídico hacia la protección de minorías más que hacia una protección del derecho individual a la no discriminación, entendido como el principio de igualdad formal o material ante la ley. Esta interpretación no excluye la posibilidad de que una persona individual sea considerada directamente como sujeto pasivo de este delito en cuanto miembro de uno de los colectivos mencionado en el texto legal. Desde esta perspectiva, aunque en los casos de justificación y enaltecimiento del genocidio se resalte la dimensión colectiva de los sujetos pasivos como grupo contra quienes se dirigen las opiniones o discursos, el nuevo texto admite que los sujetos directamente señalados por el discurso sean parte de los miembros de ese colectivo o uno solo de sus miembros. En este sentido, puedo reafirmar la tesis expuesta en algún trabajo anterior de que también el fundamento ético y jurídico de los derechos multiculturales o colectivos se inserta en la dignidad de la persona individual como sujeto cuya dimensión social sustenta la protección de los grupos en los cuales se integra.²⁹

Junto al peligro potencial de crear un contexto discriminatorio, el art. 510.1.c) contempla la posibilidad de que la justificación o el enaltecimiento del genocidio fomente o promueva un clima de violencia y hostilidad. No son sinónimas estas palabras, resultando mucho más inconcreto el concepto de hostilidad, que debe ser entendido como un estado previo a la violencia y al que propiamente se puede calificar como “clima de hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación contra aquellos grupos o sus integrantes” (STS 12.04.2011, FJ 7^a). Desde un punto de vista conceptual se ha definido la hostilidad como “un conjunto de actitudes negativas complejas, que motivan, en última instancia, conductas agresivas dirigidas a una meta, normalmente la destrucción o el daño físico de personas o de objetos”.³⁰

Desde el punto de vista de los bienes o valores afectados, creo que ambas expresiones, «violencia» y «hostilidad», indican que lo que se quiere prevenir es la posibilidad de cometer actos materiales contra bienes físicos de las personas o contra su seguridad personal, su integridad o bienes de otra naturaleza, por ejemplo, patrimoniales o morales. Reitero aquí la necesidad de que, para condenar a una persona por el art. 510.1.c), se debe verificar la idoneidad de la justificación o exaltación de genocidios pasados para posibilitar esos actos de violencia u hostilidad futuros hacia los miembros de los colectivos afectados. Me parece no obstante que, en la práctica, serán pocos los casos en que se pueda apreciar que ese clima o estado de posible violencia sea consecuencia del tipo de discurso de justificación o enaltecimiento genocida. Pienso más bien que la peligrosidad de crear esas situaciones será más frecuente mediante el discurso que consiste en la incitación directa o indirecta a la violencia, es decir, a los casos concretados en el número 1.a) del art. 510 CP.

Es en este lugar donde cabe hacer una crítica a la tipificación por la reforma del CP de 2015 de los actos de enaltecimiento o justificación de otros delitos que no sean los de genocidio o contra la humanidad, contra grupos o personas pertenecientes a los mismos por razones discriminatorias

²⁹ BERNAL DEL CASTILLO, «Política Criminal en España y discriminación xenófoba: la centralidad de los delitos de provocación a la discriminación», *Política Criminal*, (18), 2014, p. 387.

³⁰ CARRASCO ORTIZ/ GONZÁLEZ CALDERÓN, «Aspectos conceptuales de la agresión: definición y modelos explicativos», *Acción Psicológica*, (4 - 2), 2006, p. 9.

(art. 510.2.b)). Desde un punto de vista dogmático, esta previsión supone castigar unas conductas que en principio no tienen ninguna relación con la futura o posible comisión de delitos semejantes, con la excepción hecha en el párrafo segundo de este número, que agrava la pena si se da esa posible peligrosidad en un futuro. Es un ejemplo de utilización simbólica del Derecho penal que no tiene razón de ser y, desde una perspectiva político-criminal, esta previsión legal no aparece exigida por la normativa internacional, en concreto por la DM 2008.

4.3. La necesidad de contextualizar las opiniones de enaltecimiento o justificación

A los efectos de legitimar la tipificación de las conductas del art. 510.1.c) conviene recordar aquí la perspectiva constitucional explicitada en la STC 253/2007, que requiere valorar la normativa legal a la luz de los derechos relativos a la libertad de expresión. La fórmula legal que, como se ha tratado de exponer en este trabajo, se fundamenta en la potencialidad de las opiniones xenófobas o discriminatorias para posibilitar esa situación de peligro contra las minorías, sirve formalmente a este propósito, lo cual no impide apreciar la debilidad de la definición legal para trazar en la práctica un límite cierto y seguro entre el ejercicio ilegítimo de la libertad ideológica o de expresión y la extralimitación en las opiniones o discursos que envuelven una adhesión a ideologías extremistas, pasadas o adaptadas a nuestra época. En este sentido hubiera sido exigible al legislador, como aquí se ha defendido, una mejor descripción de las conductas típicas, por ejemplo, extendiendo el requisito de la publicidad de las afirmaciones u opiniones como condición típica inherente a cada una de las formas de emitir las opiniones o expresiones, en el sentido de que lo que es capaz de generar una situación de peligro es la difusión de las mismas. Por difusión debe entenderse la comunicación a terceros, pero dentro de un contexto que sea capaz de generar el peligro de violencia o discriminación que se quiere evitar.

Además de ésta y de otras correcciones legales aquí mencionadas no debe olvidarse, sin embargo, que resulta imposible una determinación formal del tipo penal que satisfaga las exigencias de seguridad y certeza. Por esta razón, en los delitos de opinión es imprescindible recurrir a criterios de interpretación normativos y, en particular, al ámbito contextual, a los efectos de ponderar si el discurso sobrepasa los límites legítimos de las libertades de expresión e ideológicas e integra el injusto típico de los delitos de provocación y, en este caso concreto, el delito de enaltecimiento y justificación del art. 510.1.c).

El recurso a los diferentes aspectos del contexto del discurso en este tipo de delitos fue defendido por la doctrina española con ocasión de la STC 253/2007. Entre ellos LANDA expone que es importante lo que se dice “pero también cómo se vierte la incitación, quién lo dice y a quién lo dice”.³¹ En definitiva, serán los tribunales los que determinen la potencial peligrosidad del discurso enaltecedor del genocidio o de otros crímenes para los bienes jurídicos de las minorías acudiendo al contexto social, a los medios de difusión empleados, al tipo de lenguaje utilizado: por ejemplo puede tratarse de un mensaje expresado durante un concierto con la letra de una canción, unas caricaturas, etc., o de unos datos que puedan revelar la intencionalidad del sujeto.³²

³¹ LANDA, «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)», *RDPC*, (7), 2012, pp. 314 y 315.

³² Criterio de la intencionalidad que es el criterio central que examina SUÁREZ ESPINO, *InDret*, (2), 2008, p. 11.

En la enumeración de estas circunstancias ponderativas se plantea la duda de si debe incluirse la incidencia de este tipo de discurso sobre bienes como la «paz social» o «el orden público». En mi opinión, más que en relación al contexto, esas circunstancias indican consecuencias adicionales de la peligrosidad del discurso incitador y no forman parte del injusto del art. 510.1.c), tipo que anticipa la intervención penal a situaciones previas al peligro concreto relacionado con la paz social. No obstante, la paz pública y el grave sentimiento de inseguridad de los miembros de las minorías han sido utilizados por la reforma de 2015 para integrar un nuevo tipo agravado: el art. 510.4, común a todas las modalidades del art. 510. Teniendo en cuenta esta previsión resulta legítimo plantearse si no hubiera sido preferible exigir ambas condiciones para construir el límite mínimo de la tipificación del discurso enaltecedor del genocidio, posibilidad prevista en la DM 2008 (art. 1.2), pero no ha sido así, quizás por el miedo del legislador a no quedarse atrás en la política criminal expansiva de la proscripción del «discurso del odio».

5. Propuesta de lege ferenda

Puede parecer extraño proponer la reforma de un precepto que acaba de ser incorporado al Código Penal, pero no hay más remedio que hacerlo si se considera, como en este caso, que el legislador ha errado en su tarea de definir un delito que en su origen está justificado como parte de una política criminal correcta y ordenada a unas necesidades sociales y jurídicas significativas.

A estos efectos debe considerarse que el enaltecimiento y la justificación del genocidio y de otros crímenes contra la humanidad encuentran un acomodo sistemático adecuado dentro de los delitos que obedecen a razones discriminatorias fundamentadas en la pertenencia a grupos caracterizados por su raza, cultura, lengua y otras razones relevantes. Y dentro de este marco, su tipificación dentro del art. 510 CP se ajusta también a su naturaleza de conductas de expresión o de opinión que tienen objetiva y tendencialmente la capacidad de generar un peligro para la seguridad y los derechos de los grupos minoritarios dentro de las modernas sociedades multiculturales.

No obstante, el análisis que se ha realizado en este trabajo arroja un balance negativo sobre la concreta tipificación del delito del art. 510.1.c), en cuanto no consigue evitar las críticas que gran parte de la doctrina española había expuesto sobre el art. 510 CP y que en gran parte se podrían reproducir en su redacción actual.³³ Por ello defiendo que, en la medida de lo posible, se realice una interpretación autónoma del nuevo delito de enaltecimiento del genocidio, reconociendo su diferente contexto respecto de las conductas del número 1 del art. 510 CP, en particular en el sentido de exigir, cuando las opiniones o expresiones se refieren al genocidio o a delitos similares, que se fomente o promueva una situación de violencia o discriminación en forma de peligro posible y objetivo deducido contextualmente del así llamado discurso del odio, sin considerar suficiente la abstracta peligrosidad de ese tipo de expresiones.

³³ Ver en este sentido VALLS PRIETO, «Delitos contra la Constitución», en MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 2015, pp. 861 a 874. También de forma crítica se pronuncia PORTILLA CONTRERAS, «La represión penal del discurso del odio», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho Penal español. Parte Especial. IV. Delitos contra la Constitución*, 2016, p. 390.

Resulta coherente con esta opinión proponer una definición legal más restrictiva del art. 510.1.c), de forma que quedara limitada, según los argumentos expuestos en este trabajo, a castigar a “quienes públicamente justifiquen o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores... cuando de este modo se promueva o favorezca objetivamente una situación de violencia, hostilidad o discriminación...”. Creo que tal redacción resulta coherente con la orientación interpretativa de nuestra jurisprudencia, que arranca con la STC 253/2007 y responde a la orientación político criminal europea delineada en la DM 2008.

6. Tabla de jurisprudencia citada

A) Española

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC 1ª, 11.11.1991	214/1991	Vicente Gimeno Sendra
STC 2ª, 11.12.1995	176/1995	Rafael de Mendizábal
STC Pleno, 7.11.2007	235/2007	Eugeni Gay Montalvo
STS 1º, 12.4.2011	3386/2011	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
SAP Barcelona sec. 2ª, 26.4.2010	-	-

B) TEDH

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>
STEDH, 23.9.1998	Requête 24662/94	Lehidoux e Isorni c. Francia
STEDH, 8.7.1999	Requête 25067/94	Erdgogdu & Ince c. Turquía
STEDH, 24.6.2003	App .65831/01	Garaudy c. Francia
STEDH 16.7.2009	App. 15615/07	Féret c. Bélgica

7. Bibliografía

AGUILAR GARCÍA (2011), «La reforma del art. 510 del Código Penal», *La Ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, (86), pp. 56 ss.

ALASTUEY DOBÓN (2014), «La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas (1)», *Diario La Ley*, (8245), pp. 1 ss.

ALCÁCER GUIRAO (2015), «Víctimas y disidentes. El discurso del odio en EEUU y Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (103), pp. 45 ss.

——— (2013), «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (97), pp. 309 ss.

——— (2012), «Discurso del odio y discurso político: en defensa de la libertad de los intolerantes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (14), pp. 1 ss.

ALONSO RIMO (2010.), «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (4), pp. 13 ss.

BERNAL DEL CASTILLO (2014), «Política Criminal en España y discriminación xenófoba: la centralidad de los delitos de provocación a la discriminación», *Política Criminal*, (18), pp. 371 ss.

——— (1998), *La discriminación en el Derecho Penal*, Comares, Granada.

BILBAO UBILLOS (2008), «La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de los tipos penales contrarios a la libertad de expresión», *Revista de Derecho Político*, (71 y 72), pp. 17 ss.

CARRASCO ORTIZ/ GONZÁLEZ CALDERÓN (2006), «Aspectos conceptuales de la agresión: definición y modelos explicativos», *Acción Psicológica*, (4 - 2), pp. 7 ss.

COMISIÓN EUROPEA (2014), «Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre la aplicación de la Decisión Marco 2008/913 JAI del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal», Bruselas, 27.1.2014, COM 2014 (27) final, pp. 1 ss., disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0027&from=ES>.

CUEVA FERNÁNDEZ (2012), «A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011: Discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo. ¿Una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del hate speech?», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (2), pp. 98 ss.

CHRISTIANS (2011), «Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial y religioso. Estudio para el taller sobre Europa», Viena, disponible en www.ohchr.org/.../Issues/.../ViennaWorkshop_BackgroundStudy_sp.pdf.

FRONZA (2011), «¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2011, (5), pp. 97 ss.

GÓMEZ MARTÍN (2013), «Fighting words, Auschwitzlüge y libertad de expresión», *InterseXiones*, (4), pp. 77 ss.

ÍÑIGO CORROZA (2011), «Caso de la Librería Europa», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, Wolters Kluwer, Madrid, pp. 613 ss.

LANDA GOROSTIZA (2012), «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)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (7), pp. 297 ss.

——— (2004), «Racismo, Xenofobia y Estado Democrático», *Eguzkilore*, (18), pp. 59 ss.

——— (1999), «La llamada mentira de Auschwitz (art. 607.2º CP) a la luz del “caso Varela”: una oportunidad perdida para la “cuestión de constitucionalidad” (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo penal nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)», *Actualidad Penal*, (36), pp. 689 ss.

——— (1999), *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, Bilbao.

LASCURAÍN SÁNCHEZ (2010), «La libertad de expresión tenía un precio», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (3), pp. 69 ss.

LÜTHER (2008), «El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada», *Revista de Derecho Constitucional europeo*, (9).

PORTILLA CONTRERAS (2016), «La represión penal del discurso del odio», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho Penal español. Parte Especial. IV. Delitos contra la Constitución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 379 ss.

RODRÍGUEZ YAGÜE (2007), «Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal español», *Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, dos mil-tres mil*, (11), pp. 1 ss.

SUÁREZ ESPINO (2008), «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).

TAJADURA TEJADA (2008), «Libertad de expresión y negación del genocidio: Comentario crítico a la STC de 7 de Noviembre de 2007», *Revista Vasca de Administración Pública*, (80), pp. 233 ss.

TORÍO LÓPEZ (1981), «Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (35), pp. 825 ss.

TURIENZO FERNÁNDEZ (2015), «El delito de negación del Holocausto», *InDret*, (1).

VALLS PRIETO (2015), «Delitos contra la Constitución», en MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, pp. 861 ss.