

EL DELITO DE INCITACIÓN AL ODIO (ARTÍCULO 510 CP): *QUO VADIS*

Incitement to Hatred (Article 510 Spanish Criminal Code): Quo Vadis

Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA
Catedrático Derecho Penal. Universidad del País Vasco

Enviado: 28 de junio de 2021
Aceptado: 25 de octubre de 2021

RESUMEN

El delito de incitación al odio del artículo 510 del Código penal español está inmerso en un debate doctrinal y jurisprudencial que no ha hecho sino agudizarse después de su última reforma en el año 2015. En esta contribución se hace una propuesta para su cabal interpretación en clave de protección de colectivos; se intenta diagnosticar en qué punto se encuentra la jurisprudencia a la hora de señalar los límites del ámbito de prohibición y, por último, se sugiere una orientación de futuro que pueda neutralizar los riesgos de una expansión sin límites de este precepto.

Palabras clave: incitación al odio; discurso de odio; delito de odio; discriminación; igualdad; libertad de expresión; derecho penal; democracia militante.

ABSTRACT

Incitement to hatred (article 510 of the Spanish Criminal Code) remains in the middle of a doctrinal and jurisprudential turmoil that has only intensified since the latest reform in 2015. This contribution makes a proposal for its proper interpretation in terms of the protection of groups; it attempts to diagnose where the case law stands when it comes to indicating the limits of the scope of prohibition and, finally, it suggests a future direction that could neutralise the risks of an unrestricted expansion of this precept.

Key words: incitement to hatred; hate speech; hate crime; discrimination; equality; freedom of speech; criminal law; militant democracy.

1. INTRODUCCIÓN

Es difícil dar una visión clara de en qué consiste y qué prohíbe el delito de incitación al odio previsto en el artículo 510 del Código penal español de 1995 (CP). Más difícil todavía es prever su futura evolución (*Quo Vadis*) y si la doctrina y la jurisprudencia acabarán por encontrar un estado pacífico y satisfactorio de interpretación que, al día de hoy, no se vislumbra.

En esta contribución se aspira, no obstante, a suministrar esa visión de conjunto. Visión sobre cuál es el contenido del ámbito de prohibición de este precepto, en cuanto instrumento central dentro de los delitos de odio, y, también, cuál está siendo su evolución a la luz de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo y en particular de su Sentencia 675/2020 de 11 de diciembre. Este fallo asienta la última doctrina sobre el artículo 510 pero, a la vez, será una excusa para poder ilustrar sintética y críticamente el estado de la cuestión.

El marco y los objetivos de este estudio obligan a una exposición asertiva¹ antes que exhaustiva; de tesis interpretativa propia antes que de exposición en detalle de la ya inabarcable literatura². Para ello, en primer término, se señalará una propuesta interpretativa del delito de incitación al odio (apartado 1) que luego se contrastará con el estado de la jurisprudencia (apartado 2) y finalizará con unas reflexiones finales, más de índole político-criminal, que aspiran a ofrecer orientación dado el estado de agitación en que se encuentra inmerso este precepto (apartado 3).

1.1. *Incitación al odio: sentido colectivo de tutela*

En una visión de conjunto el artículo 510 no prevé en realidad una única prohibición penal, sino que, tras la reforma por LO 1/2015, podría afirmarse

1. Para un estudio más argumentado y en profundidad de las posiciones que se mantendrán en el artículo véase Landa, 2018; en particular respecto de la valoración de los estándares internacionales Landa, 2020; y también, especialmente respecto de la discusión del bien jurídico Landa, 2021.

2. Puede consultarse un estado actualizado de la discusión y de la literatura no sólo jurídico-penal sino también incluyendo la mirada desde las ciencias sociales, el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho privado en Laurenzo/Daunis, 2021.

que despliega hasta 6 figuras penales diferentes sobre las que, además, se proyectan diversos tipos cualificados (Gascón, 2015, 73 ss.; Gascón, 2016, 192 ss.). Los tipos básicos se dividen, sin embargo, en dos bloques diferenciados o dos conductas típicas referenciales de las demás: la incitatoria y la de matriz injuriosa.

En efecto, en primer lugar, el artículo 510.1 prohíbe un bloque de conductas de incitación pública “grave”³ (penas de 1 a 4 años de prisión y multa) o delitos de incitación en sentido estricto, que extiende dicha prohibición además a comportamientos propios de la cadena de difusión del discurso de incitación⁴ y a una modalidad particular de incitación por medio de la apología⁵ de crímenes de derecho penal internacional (art. 510.1 a, b y c).

El segundo bloque de tipos básicos⁶ –o si se prefiere de tipos atenuados respecto del primer bloque señalado–, prohíbe delitos “menos graves” (penas de 6 meses a 2 años de prisión y multa), que se cifran en conductas injuriosas –en sentido amplio– de matriz colectiva que lesionen la dignidad humana⁷, con inclusión de la cadena de difusión del discurso injurioso⁸ y una modali-

3. Delito de incitación que comprende según el tenor literal (art. 510.1.a) conductas que públicamente “(...) *fomenten, promuevan o inciten, directa o indirectamente, al odio, hostilidad, discriminación o violencia* (...)”. La doctrina, mayoritariamente, se hace eco de tal ampliación con tono crítico. Véase, al respecto, por todos, sólo, Muñoz, 2019, 740 ss.

4. Identificamos la “cadena de difusión” con las conductas descritas en el art. 510.1.b cuando aluden a quienes “produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia (...)”.

5. Manejamos aquí el término apología no en sentido legal estricto (artículo 18.1 segundo párrafo CP cuyos verbos típicos son ensalzar y/o enaltecer) sino en un sentido literal más amplio que alude, según la RAE (2021) al “Discurso de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de alguien o algo.” En concreto de conformidad con el art. 510.1.c y a diferencia del artículo 18 citado, se alude más allá de enaltecer –y sin mención a justificar (que sin embargo si se contiene en el art. 510.2.b)– a conductas que 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 (...)”. Véase, también, Alastuey, 2014, 12.

6. Tamarit, 2016, 1669, alude al artículo 510.2 como una previsión que contiene una “extensión del ámbito de lo típico” negando que se trate de tipos privilegiados.

7. Art. 510.2 a): “Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito (...)”.

8. Art. 510.2.a): “Quienes (...) produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos

dad particular de “injuria” por medio de la apología de delitos xenófobos y/o discriminatorios (art. 510.2 a y b).

Como se puede comprobar hay una simetría en la técnica legislativa en la medida en que a la conducta incitatoria o injuriosa de referencia, se anuda la prohibición por extensión, en primer lugar, de la correspondiente cadena de difusión y, en segundo lugar, de conductas de apología en sentido amplio que giran sobre aquella. Es como si el legislador visualizara dos grupos o constelaciones de casos de discursos del odio penalmente relevantes: los incitatorios que son la antesala del paso al acto (“inminencia”: peligro real e inminente de actuación ulterior) y los que, en un menor umbral de gravedad, contribuyen grave y eficazmente a demonizar, a denostar, al colectivo de referencia en un nivel aún algo más adelantado como fase previa al estadio de inminencia en la agresión. Una tal distinción entre discurso incitatorio en sentido estricto (art. 510.1) y discurso “injuriante” (art. 510.2), que ya recogía antes el originario artículo 510 (Landa, 1999, 231 ss.), se antoja de tan difícil delimitación que el legislador establece una cláusula agravatoria –a modo de puente– de este último (art. 510.2 *in fine*)⁹ para hacerlo equivalente penológicamente al primero, cuando las modalidades de injuria colectiva tengan un efecto incitatorio (generación de “clima”) más allá de una mera lesión de la dignidad humana de las personas afectadas. Con otras palabras, si el discurso injuriante o determinadas apologías son tan incisivos que resultan ser equivalentes a la incitación, entonces la pena escala y se aplica la más grave prevista en la letra “a” del párrafo primero del artículo 510 CP.

La cláusula de equivalencia señalada no es, sin embargo, la única previsión que tiene efectos agravatorios. El artículo 510 CP en sus párrafos 3 y 4 describe dos cláusulas agravatorias, en su caso acumulables, para supuestos, respectivamente, de gran difusión del discurso y/o de idoneidad para alterar la paz pública.

o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito (...).”

9. “Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.” Cláusula de equivalencia que, como enseguida argumentaremos, debe entenderse que proyecta su efecto sobre el conjunto del apartado 2 del artículo 510 y no, exclusivamente, sobre su letra “b”.

Más allá de las diferencias entre conductas básicas y agravadas, hay dos elementos estructurales comunes a todos los tipos penales contenidos en el artículo 510 CP: uno, la acción, la dinámica comisiva, que (dos) se dirige contra un colectivo y se colorea por un elemento subjetivo, motivacional, que convierte a la dirección colectiva de la acción en un elemento buscado, intencional, que debería excluir el azar de provocar casualmente odio, violencia o discriminación mediante conductas temerarias o imprudentes. El motivo del actuar confirma que la voluntad agresiva o de ataque del sujeto agente es una diana grupal aun cuando el vehículo pueda ser incluso una actuación dirigida a una persona concreta, pero, en este último caso extremo, siempre que el sujeto pasivo resulte destinatario de la acción como “representante”, vicario, del grupo al cual la acción se conecta (“contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél [grupo]”)¹⁰.

Detengámonos a continuación, brevemente, en caracterizar algo más en detalle únicamente las dos modalidades más básicas y generales del artículo 510.

1.2. *Incitación pública al odio (art. 510.1.a CP)*

La primera modalidad típica puede denominarse delito de incitación pública al odio (art. 510.1.a CP) en la que se ha sustituido la anterior referencia a la “provocación” (*los que provocaren*) como verbo típico principal y único, por la conducta de quienes “fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente”¹¹ al odio, hostilidad, discriminación o violencia. Esta modificación parece ya definitivamente aclarar la polémica sobre si el delito del artículo 510 CP debía ser interpretado como una modalidad de provocación a un delito en concreto en la línea de los actos preparatorios punibles y particularmente según la modalidad prevista en el artículo 18 CP (Portilla, 2016, 387; Alastuey, 2014, 10). Según el nuevo tenor típico el objeto de la

10. El artículo 510 recoge dichos elementos estructurales con el siguiente tenor literal: “(...) contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél” y “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”.

11. Verbos típicos probablemente copiados de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) y su definición de delitos de odio: véase al respecto ECRI, 2016, 4.

incitación, fomento o promoción no tiene por qué ser una conducta delictiva en particular y como ya sugerimos para la versión anterior de este precepto se trataría de una incitación –o provocación– *sui generis* (Landa, 1999, 223 ss.) que pretende aprehender en la prohibición penal discursos destinados a amplios sectores de la población para incidir negativamente en las relaciones de pacífica convivencia entre grupos y colectivos con afcción potencial de sus derechos fundamentales.

Al perderse definitivamente la referencia a un delito concreto como objeto de la incitación, promoción o fomento, la interpretación del precepto queda excesivamente abierta y sólo puede perfilarse la prohibición penal de conformidad con el mandato de taxatividad del principio de legalidad si se lleva a cabo una articulación restrictiva de interpretación “conforme”¹² con sus bases de constitucionalidad que pasa, simultáneamente, por una reducción teleológica del tipo atenta a la dimensión colectiva de su objeto de tutela. Con otras palabras, se debe recurrir a ver en el verbo típico *incitar* un elemento tendencial (interpretación “conforme” con la doctrina del TC) que haga de criterio rector para identificar la imagen típica central que entra en el ámbito de prohibición de la norma.

Y ello remite a una “tendencia” –la de incitar– a implicar a sectores crecientes de la población en el enfrentamiento colectivo. Y en esa línea se añaden los otros verbos típicos –promover y fomentar– que apuntan, como equivalentes funcionales, en la misma dirección: a saber, la de “mover voluntades” de manera inequívocamente dolosa hacia comportamientos de odio, violencia o discriminación contra grupos diana como modo típico de agresión.

Incitar, promover o fomentar son conductas que pretenden establecer –e implicar a otros para– una actuación agresiva contra un colectivo o minoría especialmente vulnerable. El medio inicial es la palabra del agitador, pero la voluntad dolosa de la propaganda desplegada es conseguir despertar en un destinatario plural la agresión contra el colectivo diana en cuestión. Se persigue una actuación a modo de “simiente” lanzada “al viento” con el ánimo fundado de que arraigue en terreno fértil: esto es, que cale en la voluntad de otras personas (Del Rosal, 2016, 1287). Es un comportamiento finalista y requiere en términos jurídico-penales una dinámica de implicar a terceras personas

12. Véase Lascurain, 2016, 377 y *passim*, quien insiste en un criterio moderado de deferencia con el legislador en el control de las leyes penales que se desarrolle desde los principios. En nuestro caso como es obvio el ejercicio de interpretación conforme debe tomar como referencia central la STC 235/2007, de 7 de noviembre.

de forma intensa dolosa y eficaz en el contexto de sumarse a discriminar/ odiar/realizar hechos violentos contra los miembros del colectivo diana.

Lo señalado se refuerza si reparamos en la ubicación sistemática de estas prohibiciones. En efecto, el artículo 510.1.a. CP, se encuentra incardinado entre los delitos cometidos “con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución” y su núcleo típico esencial gira en torno a conductas de “incitación”, esto es, aquellas que denotan un elemento tendencial que sean susceptibles de despertar (promover, fomentar) hostilidad (odio) en un sentido amplio o algunas de sus sub-especies como violencia o discriminación. La relevancia penal de la conducta se alcanza, sin embargo, cuando el contenido tendencial es de tal intensidad que puede colegirse con claridad que la hostilidad, el odio, la violencia o la discriminación se despliegan como medios eficaces para promover, fomentar o incitar su repetición a una escala que pueda llegar a afectar el ejercicio de derechos fundamentales (y no simple y llanamente cualquier derecho) de los miembros del colectivo contra el que el discurso se despliega. No basta una llamada a los malos sentimientos, incluso a una vaga e imprecisa coacción o incluso a la discriminación en forma, por poner un ejemplo, de simple boicot, si de ello no se colige, además, de forma clara que todo lo anterior son medios idóneos y buscados dolosamente para colocar a todo un colectivo –o una parte significativa del mismo– en una situación sistemática de inferioridad y de denegación potencial de derechos fundamentales del más alto rango como los propios de los artículos 15 y siguientes de la Constitución española¹³. El artículo 510.1.a CP no aspira a castigar con hasta 4 años de prisión todo tipo de incitación en su sentido literal y jurídico formal. Se impone por interpretación sistemática y reducción teleológica de protección del bien jurídico tutelado un mínimo de gravedad en el elemento tendencial que descarte supuestos menos graves.

Esta propuesta coloca al “paso al acto”, como segundo eslabón después del acto de agitación, en el punto nuclear que alberga un potencial suficiente

13. La sección primera del capítulo II del título primero de la CE 1978 (artículos 15 y siguientes) comprende, justo después del artículo 14 (principio de igualdad y prohibición de discriminación), un conjunto de derechos fundamentales de la importancia del derecho a la vida, a la integridad física, a la prohibición de la tortura, tratos inhumanos o degradantes (art. 15); libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16); derecho a la libertad y la seguridad (art. 17); derecho al honor, intimidad, propia imagen (art. 18); residencia y libre circulación (art. 19); libertad de expresión, pensamiento e información (art. 20)...Este es el suelo referencial de restricción de derechos en términos sistemáticos.

para desencadenar posteriores progresiones agresivas. El paso al acto todavía no supone un riesgo de explosión colectiva inminente, a modo de choque físico entre colectivos, que pondría en riesgo la paz pública y que nos remite a una de las nuevas conductas agravadas (art. 510.4 CP). En el tipo básico del párrafo 1 el paso al acto requiere únicamente inminencia de su producción en condiciones *ex ante* que lo convierten en muy probable¹⁴. La seguridad existencial del grupo diana como condición de disfrute de derechos fundamentales contará después de la agitación con nuevos adeptos, nuevos enemigos que han sido eficazmente excitados o puestos en marcha hacia la agresión colectiva contra aquélla. La propaganda es típicamente relevante si en el contexto en que se vierte hace crisis (“contexto de crisis”) en el sentido de que cualquier observador imparcial afirmarí que el discurso persigue la emulación inminente. No hace falta que la chispa incitatoria lleve a la explosión colectiva de agresión (“cacería” en marcha del colectivo diana) pero sí que se necesita poder afirmar que tiene un claro potencial real de ser emulado e incorporar adeptos activos dispuestos a extender el discurso de odio, agresión o discriminación. Piénsese en gritar “Alá es grande” en situaciones de psicosis frente a un público congregado después de atentados terroristas de gran impacto mediático o llamadas a “eliminar de raíz a la ratas musulmanas que vienen a matarnos”.

Lo dicho hasta el momento se ve igualmente reforzado en su lógica si tenemos en cuenta que el nuevo tenor literal del artículo 510.1.a CP se refiere tanto a la incitación directa como a la indirecta (“incite directa o indirectamente”)¹⁵ con lo que el contenido de injusto no puede derivarse sin más de la crudeza de las palabras o de lo evidente y grosero del discurso de agitación sino de su “puesta en escena”, de su inserción eficaz y dolosa en un contexto en el que intersubjetivamente se convierte en medio idóneo para mover las voluntades hacia la agresión colectiva.

Lo señalado, de cualquier manera, debe materializarse “públicamente” como criterio añadido y reductor de la esfera típica (Garrocho, 2017, 1796). Y es que la gravedad de las penas contempladas parece aconsejar que la prohibición penal lo sea únicamente de aquellos discursos que se propaguen de forma pública excluyendo por tanto aquellos que, con las mismas palabras y

14. Es un delito de peligro hipotético o posible. Muy crítico, sin embargo, con sólidos argumentos, sobre la viabilidad práctica de un tal juicio de peligrosidad desde la óptica común de los delitos -expresivos- de terrorismo y de odio, Portilla, 2021, 329 ss.

15. Muy crítico al respecto, sólo, por todos, Del Rosal, 2016, 1287; considera, por el contrario, que el nuevo tenor ayuda a solucionar problemas Valls, 2015, 866.

gravedad, se vierten sin embargo en espacios privados o semi-privados. En efecto, la proyección pública del discurso aumenta su potencial de envenenamiento del ambiente o clima que puede determinar la puesta en contacto con el objeto de tutela precipitando el paso al acto. Lo público apunta por tanto al colectivo destinatario sobre el que habrá que distinguir a su vez el supuesto estándar de gravedad de su modalidad agravada por hacerse “accesible a un elevado número de personas” (art. 510.4 CP).

La interpretación propuesta se cohonesta fluidamente con el test de relevancia que se propone en el denominado Plan de Acción de Rabat (United Nations, 2013) que suministra los criterios necesarios para una lectura contextual de las conductas incitatorias¹⁶. Se trata de una propuesta que organiza el análisis contextual de las conductas de incitación para poder filtrar las más graves con la intención de seleccionar aquéllas a las que debe aparejarse un castigo penal. Dicho test de severidad permite medir el nivel de peligrosidad de la incitación que nosotros añadiríamos se trata de “peligrosidad para que se pase al acto”. El test de severidad ha sido recientemente sintetizado por la Recomendación de Política General número 15 (ECRI, 2016, 21) sugiriendo un análisis contextual de cada conducta de incitación en seis puntos:

(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 o 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

16. En la misma línea se pronuncia también Ashby, 2017, 299 ss. y 263 ss. (y *passim*) proponiendo las bases de aproximación al estándar de incitación en derecho penal internacional precisamente a partir de una aproximación contextual que remite a diversos criterios de análisis del riesgo de paso al acto violento muy atento, en su caso, a la incorporación del *expertise* de las ciencias sociales en los juicios de pronóstico.

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

Estos criterios por tanto reúnen el conjunto de parámetros relevantes¹⁷ para determinar la severidad del discurso del odio que en definitiva alcanzarán relevancia jurídico-penal cuando de ellos se pueda colegir el “efecto contagio” o “el paso al acto” en términos de inminencia con afección potencial de derechos fundamentales del colectivo en cuestión. El hacer “crisis” es una conclusión interpretativa cuyo resultado se deriva de la mirada contextual señalada.

Así configurado este delito de incitación grave supone el referente esencial de todo el artículo 510 CP y no una mera modalidad comisiva entre las demás. Y ello porque los demás tipos previstos en el precepto hacen menciones de equivalencia o de referencia a esta modalidad más grave de discurso. En concreto, la modalidad incitatoria que denominamos cadena de difusión (art. 510.1.b CP) sólo integra el tipo cuando los comportamientos en cuestión “por su contenido sean idóneos para fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad discriminación o violencia”; y, en la misma línea, la apología incitatoria (art. 501.1.c) sólo tiene relevancia típica cuando “se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación”. En el párrafo segundo del artículo 510 CP, la modalidad de injuria colectiva también retiene referencias de enlace con el delito de incitación grave del art. 510.1.a CP, ya que sus diversos apartados (art. 510.2. “a” y “b” CP) se hacen equivalentes y se les aplica la pena más grave (1 a 4 años de prisión y multa frente a 6 meses a 2 años de prisión y multa) cuando el discurso insultante, su cadena de difusión, o sus formas de apología “promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación”. Se podría acudir a la metáfora de que el conjunto del artículo 510 CP “mira” hacia su primera modalidad comisiva (art. 510.1.a CP) sobre cuya base se organizan las previsiones que clasifican y filtran las distintas constelaciones de casos según su gravedad y su dinámica comisiva. Las menciones a la “idoneidad” para incitar o a la efectiva promoción de un “clima” violento, discriminatorio o de odio establecen “puentes” o “conexiones” de sentido con las demás modalidades que deben explicarse, por tanto, desde una misma unidad teleológica de protección.

17. Véase en la misma línea Landa, 2012, 342 ss., en donde se indicaban un listado no exhaustivo de sub-criterios esencialmente coincidente.

1.3. *La injuria colectiva de odio y la cadena de difusión del discurso de odio injurioso*

El actual párrafo segundo del artículo 510 CP incluye, en su letra “a”, dos modalidades diferenciadas de conductas injuriosas, pero de matriz colectiva (Lamarca, 2017, 955). Ambas corren paralelas a los delitos de incitación grave (art. 510.1.a CP) y a su cadena de difusión (art. 510.1.b CP) de la misma manera que, también, hay un paralelo a la “apología” de delitos de derecho penal internacional incriminándose en la letra “b” del art. 510.2 CP la “apología” de delitos “comunes” de odio.

El sentido de tutela y una cabal interpretación de estas modalidades típicas sólo puede obtenerse del hecho de que están sistemáticamente incluidas a continuación de las conductas de incitación ya vistas en el párrafo primero y, por tanto, son otro tipo de prohibiciones que buscan –con un castigo algo más leve (6 meses a 2 años de prisión y multa)– proteger a colectivos o minorías especialmente vulnerables de agresiones a su seguridad en un nivel más adelantado que el de la propia incitación indirecta y frente a un tipo de constelaciones de casos diferenciado.

En concreto la primera modalidad se apoya en dos pilares: lesionar la dignidad de las personas en primer lugar y, en segundo lugar, por medio de conductas que entrañen “humillación, menosprecio o descrédito” de alguno de los grupos diana (sea en su conjunto, en una parte o en una de las personas como representante de aquéllos). Una consideración aislada de la “lesión de la dignidad humana” o de conductas de “humillación, menosprecio o descrédito” abre el tipo penal hasta el infinito. Y ello determina además problemas de delimitación concursal con otros preceptos penales como el delito de trato inhumano y degradante (art. 173 CP), los delitos contra el honor (art. 208) o los delitos contra los sentimientos religiosos (art. 524 ss.)¹⁸. Cabe en el tenor literal pero vacía completamente del sentido de tutela al tipo penal una interpretación en clave individual de estos elementos gramaticales. La aproximación interpretativa (círculo hermenéutico) debe re-leer el precepto a la búsqueda de cuándo lesionar la dignidad humana y humillar, menospreciar o desacreditar tiene un potencial que afecta, no a una persona, sino a todo un colectivo, aunque sea de manera potencial. No se puede tratar de cualquier afección del honor ni siquiera en clave discriminatoria. Se trata de conductas

18. Portilla, 2016, 406; también Tamarit, 2016, 1670, abogando por dar preferencia al art. 510 por razones de especialidad o alternatividad.

graves que como elemento tendencial apuntan a denostar, demonizar, a un colectivo. Son injurias colectivas, en un sentido amplio, que buscan asentar una imagen de las personas de un grupo o minoría especialmente vulnerable como inferiores, privadas de dignidad humana como para poder ser consideradas en igualdad a las demás. Cuando en términos sociales se va dibujando una imagen de enemigo colectivo y se le deshumaniza se va allanando el terreno para la posterior agresión que se puede precipitar mediante incitaciones del párrafo primero del art. 510 CP¹⁹. El tipo de lesión de la dignidad humana que se produce por conductas humillantes (quebrar su autoestima, su estatus de persona respetable en igualdad), de menosprecio (adscripciones de menor valor a sujetos y grupos) o de descrédito (restar crédito: vaciar de valor) es fundamentalmente finalista: es decir, busca ir segregando al grupo para justificar su inferioridad y convalidar futuras agresiones. Si la incitación indirecta del art. 510.1 CP se articula en torno al paso al acto inminente, la “injuria” colectiva deshumaniza al colectivo como fase aún más adelantada.

Una tal explicación incorpora el elemento tendencial de la STC 235/2007 (FD 5º) como parámetro corrector del ámbito literal del tipo, orientando el sentido de tutela y evitando su eventual inconstitucionalidad por interferencia ilegítima del núcleo esencial de la libertad de expresión. Debe identificarse con claridad que el comportamiento se ve transido de un ánimo de humillación, desprecio o descrédito gratuito: esto es, que no guarda relación alguna con el discurso o expresión correspondiente. El ánimo deliberado de menosprecio, humillación o descrédito con expresiones ultrajantes y ofensivas sin relación alguna con las opiniones o ideas que se están expresando y, por tanto, innecesarias a este propósito, suponen un primer filtro de relevancia de las expresiones. Pero se debe añadir que además todo ello se dirige contra un grupo diana: contra ellos se está azuzando una imagen negativa. Se busca dibujar la diana mediante una caracterización negativa y repulsiva del colectivo. Se están preparando las “razones” que luego permitirán agredir contra objetivos ya deshumanizados, privados de dignidad. El núcleo de protección no es sin más la dignidad humana, ni el honor de cada persona o su integridad moral: sino la combinación de todas ellas como vehículo de agresión a la seguridad existencial del grupo que se conmoverá y verá típicamente lesiona-

19. Y de ahí la oportunidad del apartado final que hace de puente entre las constelaciones de casos del párrafo 2 y el párrafo 1 del Artículo 510 ya que, como indica Aguilar, 2015, 206, los supuestos injuriosos de matriz colectiva “normalmente” serán también incitatorios.

do cuando potencialmente los discursos ya han segado la hierba para que la agresión y su incitación se desplieguen sin obstáculos. Es por tanto la coloración que otorga el ámbito subjetivo (por razón de la pertenencia al grupo) y la funcionalización de orientación grupal de la conducta la que permite construir un filtro para seleccionar de entre todas las conductas humillantes, de menosprecio o de descrédito sólo aquellas que tienen intensidad como para lesionar la dignidad de las personas que pertenecen al grupo porque no interesa tanto un insulto particular sino el impacto en el grupo diana. Si de la conducta no se deriva claramente la orientación de agresión grupal debería decaer la relevancia típica y reconducirse en su caso hacia otros preceptos de matriz individual (injurias, trato inhumano, etc.).

En síntesis: no se protege el honor colectivo ni la dignidad humana ni la integridad moral sino su afección con tal intensidad que entraña un potencial agresivo para con el colectivo diana en términos –amplios– de seguridad existencial. Y ese potencial deberá rastrearse en una valoración de conjunto –y en contexto– del discurso expresado, especialmente atenta a los componentes subjetivos del tipo que otorguen la coloración típica.

La segunda modalidad de este tipo de conductas de matriz injuriosa es, como en el art. 510.1.b CP las “cadenas consolidadas de propaganda” en las que, en vez de idoneidad incitadora, deberá constatarse su potencial (idoneidad) para lesionar la dignidad y humillar, menospreciar o desacreditar al colectivo de referencia (art. 510.2.a *in fine*). La dinámica comisiva que esto implica, el hecho de ser injurias y atentados colectivos a la dignidad humana “enlatados pero permanentes”, será el punto clave de identificación²⁰.

La propuesta de interpretación señalada no desconoce el riesgo de excesivo adelantamiento de ambas modalidades de este art. 510.2.a CP y los fallos de técnica legislativa por falta de precisión y criterios para determinar constelaciones de casos más precisas y acordes con el principio de proporcionalidad en el castigo²¹. Sirva por tanto lo sugerido únicamente como propuesta de

20. Por más que el legislador haya configurado la clausula de idoneidad no sobre cualquier contenido humillante, de menosprecio o descrédito de la primera parte de la letra “a” del art. 510.2 sino únicamente sobre una conducta “grave”, será la orientación colectiva y su funcionalización en términos de preparación de la agresión el filtro fundamental. No obstante, sí que de esa mención de “gravedad” se debe extraer una orientación de mayor restricción de la prohibición penal en este tipo de propaganda vía escritos y soportes permanentes.

21. Portilla, 2016, 406-407, quien indica que esta conducta (delito de mera actividad) y su “cadena de difusión” no son sino actos preparatorios (la última de la primera) y

lege lata a efectos de intentar una interpretación conforme con sus bases de constitucionalidad por principio de deferencia hacia el legislador (Lascurain, 2016, 377 ss.).

2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 675/2020: “EL CASO BATALLÓN DE CASTIGO”

La presentación hecha del delito de incitación se orienta a una tutela más de índole colectivo antes que individual. Se configura como una tutela de grupos antes que de una persona en una mirada individual a sus bienes jurídicos. No es, sin embargo, la posición dominante ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

En la doctrina española desde un principio se generalizó una perspectiva más de tipo antidiscriminatorio en clave individualista a la hora de intentar dilucidar el sentido de tutela de los delitos de odio. Se partía del derecho a la igualdad como paradigma y sólo en un segundo nivel se buscaban referentes colectivos de tutela²². Por supuesto que había posturas muy críticas y sólidas que buscaban una reducción teleológica del ámbito de prohibición y que, en conjunto, endosaban las implicaciones colectivas del daño social al que apunta el delito de odio²³. Pero ha de insistirse en que el cuadro global de la doctrina y la praxis forense ha tendido a una conjetura de sentido en clave de defensa individual de derechos a partir de la cual, en su caso, se va ampliando la mirada a aspectos más o menos supraindividuales²⁴.

critica además el desproporcionado castigo que implica su equiparación penológica; también, en la misma línea crítica, Tamarit, 2016, 1669-1670, incidiendo en que en realidad la mens legislatoris ha pretendido incorporar estas modalidades como tipos de recogida para reducir el riesgo de impunidad de conductas incitatorias graves por una jurisprudencia restrictiva pero que, tal y como se perfilan, serán difícilmente eficaces y operativas por no distinguirse con claridad de las primeras y, además, abren el tipo a interferencias ilegítimas de derechos fundamentales.

22. Un cartografiado exhaustivo de la situación en la década de los 90 en Landa, 1999, 217 ss.

23. Paradigmáticamente al respecto ya Laurenzo, 1996, 219 ss.; y, con una propuesta actualizada en la misma línea Laurenzo, 2021.

24. Véase, sin ánimo de exhaustividad y como botón de muestra el panorama de propuestas después de la LO 1/2015 que reflejan abrumadoramente esa pre-comprensión antidiscriminatoria (por supuesto con diversos acentos), por todos, Muñoz, 2019, 740 ss., apostando por una clara contextualización antidiscriminatoria de los tipos penales; Gómez, 2019: 30 (con ulteriores referencias) y Gómez, 2016: 11 s., él mismo con una

Una perspectiva individual nos deja indefensos ante el delito del artículo 510 porque priva a la interpretación de criterios seguros para decidir qué discursos son o no relevantes para el derecho penal. La perspectiva individual, la mera dignidad de la persona y su eventual lesión, es un criterio demasiado general para poder contener la prohibición penal y respetar ámbitos esenciales de la libertad de expresión o ideológica. Además, en todo caso, da pábulo al decisionismo y la arbitrariedad.

Como muestra un botón. Ya en la primera sentencia que el Tribunal Supremo aplica el 510 en su nueva versión vigente tras la reforma del año 2015 (LO 1/2015), se tiende a caracterizar este precepto en términos, a nuestro juicio, poco precisos. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo 72/2018, de 9 febrero, que confirma el castigo por delito de incitación al odio en un

propuesta mixta de bien jurídico individual colectiva; también De Vicente, 2018, 106 ss., adhiriéndose a lo que tilda de doctrina mayoritaria que “con razón” dice debe ligar el bien jurídico con el derecho a no ser discriminado (con una ulterior descripción además de las diferentes posiciones de la doctrina española con una buena síntesis del panorama); Miró, 2017, 50-51, cifrando el sentido de tutela en una “puesta en peligro más o menos remota de intereses individuales relacionados con la dignidad y la autonomía personal de cualquier individuo del grupo” también con ulteriores referencias a las posiciones con una buena síntesis de la literatura según propuestas de tutela según se sitúe el objeto en el derecho a no ser discriminado, la dignidad personal, la seguridad del grupo, la paz pública o “diferentes combinaciones mixtas de tales intereses y de otros individuales y colectivos”; y Portilla, 2016, 385 ss., según el cual, sin embargo, el bien jurídico protegido del artículo 510 varía en función de las conductas típicas: sería el derecho a la igualdad del colectivo afectado por el móvil en conductas de discriminación mientras que en el caso de referencias a la violencia señala la seguridad como objeto de tutela. Niega categóricamente el citado autor que en los casos de incitación al odio exista bien jurídico alguno y califica su incriminación como una “mera excusa para reprimir la libertad de expresión”. En clave fundamentalmente individual, recientemente, De Pablo/Tapia, 2017, 1 ss., con una propuesta “personalista” que incluye un estudio de la dignidad, honor y derecho a la igualdad y a no ser discriminado (con una orientación más “colectivizante” en un interesante estudio De Pablo, 2019, 344 ss., apuesta por el honor como bien jurídico colectivo en el contexto de la teoría del reconocimiento de Axel Honneth respecto del colectivo LGTBI). Da una visión actualizada de posiciones al hilo del estudio de los sujetos pasivos, recientemente, Tapia, 2021. Apuestan, en el extremo opuesto, de forma nítida y unívoca por un bien jurídico supraindividual, por todos, recientemente, sólo, Dopico, 2020, 539 ss.; véanse también la exposición de Daunis, 2021, 295 ss. (con ulteriores referencias), quien aunque hace referencia a la discriminación su orientación es de tipo colectivo como Laurenzo, 2021. También en la misma línea, recientemente Correcher, 2021. Finalmente, para una visión de conjunto a un más alto nivel de abstracción con un sólido meta-análisis cartografiando de forma descriptiva y valorativa las diferentes orientaciones de tutela el riguroso estudio de Fuentes, 2017.

caso de tuits machistas que comentan en tono hiriente las cifras de mujeres asesinadas sugiriendo su “escaso” número, como quien desea que fueran más, con argumentos que incidían burda, grotesca y expresamente en todo tipo de prejuicios e insultos misóginos. A efectos más doctrinales se afirma, de manera parca, en su Fundamento de Derecho 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. Estos refieren la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo. El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que, por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad.

¿Qué imagen nos da aquí el TS del delito de incitación? Se insiste en su carácter de delito de peligro y en asociarlo al rechazable discurso de odio, pero falta una caracterización más precisa de cuándo ese discurso del odio entra en contacto con el bien jurídico protegido a efectos de determinar el umbral de relevancia jurídico-penal. También falta una clara identificación del mismo bien jurídico protegido. No se articulan, en definitiva, en términos jurídico-penales, cuales son los elementos tendenciales que deben informar el injusto típico y hay demasiadas referencias genéricas, vacías de contenido, a estándares internacionales que, en realidad, no ayudan a delimitar el ámbito de prohibición. De forma ambigua, hay referencias genéricas a la convivencia, pero no se va más allá.

En la misma línea, pero de forma algo más prolija, la Sentencia 675/2020, de 11 de diciembre, aquilata la última versión interpretativa del tipo penal que nos ocupa. Se trata de un concierto de grupos de música RAC (OI, Batallón de Castigo y Más Que Palabras) con contenidos incitadores. También

se analiza la relevancia penal de la propaganda de agitación neonazi, fascista y skinhead que en diversos formatos (merchandising, venta de música, hojas web...) se despliega por las personas que están detrás del entramado musical tanto durante el concierto, como antes y después. Los hechos enjuiciados eran anteriores al año 2015 pero el pronunciamiento jurisprudencial se extiende al delito del artículo 510 tanto anterior como posterior a la reforma (LO 1/2015) respecto del que el Tribunal Supremo ve, en lo esencial, una continuidad.

Es común a este y al anterior (STS 72/2018, de 9 febrero) pronunciamiento una cadena argumental en la que se va aproximando el cuerpo de doctrina tanto de los delitos de odio como de los delitos de apología y justificación del terrorismo (art. 578 CP), lo que lleva a hacer un recorrido por los referentes internacionales y europeos de ambos ámbitos al respecto. Y ello desemboca una vez más en afirmar que la forma de incitación puede ser directa o indirecta, no necesariamente a la comisión de un delito en concreto, pero que debe generar un riesgo abstracto (“puro, potencial o posible”) con afectación de la dignidad de la persona. La provocación deberá afectar a “(...) la esencia de la dignidad de la persona, fundamento del orden político y la paz social, según el artículo 10.1 CE” (Fundamento de Derecho Primero, punto 1).

A lo largo de la Sentencia, por tanto, parece que la referencia a la dignidad humana como objeto de tutela va ganando centralidad en el mismo sentido en que parece apuntar también la Fiscalía General del Estado²⁵.

En definitiva, el Tribunal Supremo no se ha decantado por una propuesta interpretativa clara del bien jurídico. Mantiene una cierta ambigüedad, pero sigue construyendo su visión en una suerte de pre-comprensión individualista antes que colectiva; de mirada a un sujeto pasivo concreto antes que a un grupo. Existen movimientos que indican que la posición sobre el artículo 510 está cambiando. Sirva como evidencia que en la materia paralela y conexas de interpretación de la agravante de odio (artículo 22. 4º) se van multiplicando las referencias a la necesidad de que se traten de conductas que afecten a colectivos vulnerables como en el conocido caso Altsasu (Sentencia del Tribunal Supremo 458/2019, de 9 de octubre). En este supuesto acaba descartándose la aplicación del delito de odio con base en consideraciones de ausencia de daño

25. 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. Apartado 2.1.

colectivo (no se trata el destinatario, la Guardia Civil, de un grupo-diana, de un colectivo vulnerable).

También hay algunas referencias en la jurisprudencia más periféricas (*obiter dicta*) en que al hilo del análisis de delitos de terrorismo y fruto de la comparación de los delitos expresivos de odio (artículo 510) y de apología del terrorismo (artículos 578 y 579), el Tribunal Supremo parece irse deslizando a una posición mixta en la que junta a la dignidad humana debería aprehenderse también una dimensión colectiva del daño²⁶.

3. REFLEXIONES FINALES

El delito de incitación al odio después de su última reforma en el año 2015, sigue sumido en una cierta indefinición jurisprudencial que se adivina en tránsito. También la doctrina sigue profundamente dividida entre visiones más individualistas o colectivas del ámbito de prohibición de la norma.

A lo anterior debe quizás añadirse que el ámbito ideológico y el de género están empezando a impactar en el edificio interpretativo de los delitos de odio tanto en su versión de delitos con palabras (artículo 510 CP) como con hechos (fundamentalmente la agravante del artículo 22. 4º). Con otras palabras, se están usando los delitos de odio, incluido el artículo 510, para intervenir penalmente contra conductas agresivas en el campo del debate político y de la violencia contra las mujeres.

La utilización de los delitos de odio para extender cabalmente la tutela penal frente a la violencia machista contra las mujeres más allá del ámbito de la pareja o doméstico, es una cuestión de gran calado y que requiere un

26. Así lo afirma, categóricamente Daunis, 2021, 298 con relación a las sentencias recogidas en la Memoria de la Fiscalía General del Estado publicada en el año 2020 a año judicial vencido (por tanto, relativa materialmente al año 2019): Sentencias 47/2019, de 4 de febrero; y 646/2018, de 14 de diciembre. En la primera de ellas se afirma literalmente: “El bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 510 es la dignidad de las personas, y colectivos de personas, a los que por su especial vulnerabilidad el Código otorga una protección específica en el mencionado artículo” (Fundamento de Derecho segundo). A nuestro juicio, sin embargo, son pronunciamientos de comparación con los tipos penales del terrorismo (*obiter dicta*) y no tanto de análisis monográfico del artículo 510 y las referencias a la dimensión colectiva -incluidas aquéllas a la necesaria vulnerabilidad del grupo- vienen contextualizadas con otras múltiples referencias a la igualdad, la discriminación y otros valores constitucionales sin que pueda, hasta donde yo alcanzo a ver, colegirse con nitidez una toma de postura clara. Apuntan, eso sí, un horizonte de transición en la postura hasta la fecha mantenida.

análisis particular y diferenciado del resto de supuestos²⁷. Las mujeres no son una minoría, menos aún “vulnerable”. Son la mitad de la población. Son, sin embargo, un grupo diana, discriminado en términos históricos y susceptible de dinámicas de agresión colectiva equivalentes, en parte, a las propias que dieron pie a la primera ola de delitos de odio en el campo étnico. Los estándares internacionales del derecho internacional de los derechos humanos y, en particular, el Convenio de Estambul²⁸, imponen una serie de obligaciones particulares que encuentran en el ordenamiento jurídico español un amplio conjunto de instrumentos penales con el que los nuevos delitos de odio se tienen que armonizar sistemáticamente. Resulta, a mi juicio, sin embargo, disfuncional intentar pensar la forma de aplicación de los delitos de odio para proteger a las mujeres a partir de la inercia histórica de su proyección sobre colectivos étnicos²⁹. Tal inercia, sin duda, puede desenfocar el tiro y derivar en puro punitivismo (Ortubay, 2021).

Por otra parte, se multiplican los casos, con profuso eco en los medios de comunicación, en los que se afirma como evidente el carácter de delito de odio en relación con conductas en el contexto del acalorado enfrentamiento ideológico entre partidos políticos. Pero no es sólo una cuestión de debate público, social y mediático. Las estadísticas del Ministerio del Interior reflejan en su último informe publicado en el año 2020 que los incidentes de tipo ideológico ocupan una cifra extraordinariamente abultada: ¡son incluso el primer grupo diana por encima de los colectivos étnicos!³⁰. En contraste,

27. Debe quedar aquí abierto y por desarrollar, pues supera el marco de este estudio, la cuestión sobre si la lógica antidiscriminatoria por razones de género y su correlato penal es asimilable a la lógica de tutela de los colectivos vulnerables (de matriz sobre todo étnica) que originariamente fueron los objetos de tutela en los delitos de odio. Ver en tal sentido la reflexión que compartimos de Asua, 2020, 367 ss. y *passim*.

28. Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Instrumento de ratificación del Reino de España BOE, 6 de junio de 2014, nº 137.

29. Debe quedar aquí abierta, por desarrollar, y sólo apuntada, pues supera el marco de este estudio, la cuestión sobre si la lógica antidiscriminatoria por razones de género y su correlato penal es plenamente asimilable a la lógica de tutela de los colectivos vulnerables (de matriz sobre todo étnica) que originariamente fueron los objetos de tutela en los delitos de odio. Ver en tal sentido la reflexión que compartimos de Asua, 2020, 367 ss. y *passim*. Parece más bien que la densa normativa de protección penal contra la violencia de género y sexual y su propia dinámica impone un análisis diferencial de cómo debe coordinarse con los delitos de odio tanto de expresión (artículo 510) como sobre todo de agravación de pena (artículo 22. 4º CP).

30. Ministerio del interior, 2020, 30-31, refiere como grupo más numeroso 596 incidentes delictivos por ideología frente a los 515 por racismo/xenofobia de un total de 1706

la categoría -puramente- ideológica está ausente en nuestro ámbito jurídico europeo de referencia e incluso las estadísticas de la OSCE vetan su presencia. Sólo un país como Irlanda del Norte incluye la categoría “sectarismo” como reflejo de la inclusión del enfrentamiento ideológico violento en su pasado reciente (Landa/Garro, 2021, 53 ss.; Landa/Garro, 2020, 46 ss. y 115; y Landa, 2018b).

Parece evidente que las cifras estadísticas en España están lastradas por una indebida desviación de la aplicación de los delitos de odio al puro debate ideológico en el contexto del *procés* en Catalunya, incluida la tentación de una improcedente tutela institucional de policías y otras autoridades por esa vía (Anderez, 2019; Landa, 2018b; Landa, 2021). Aquí, además, como veíamos en el caso de la tutela de las mujeres, la dinámica de enfrentamiento se desentiende también estructuralmente del binomio “mayoría versus minoría”: son espacios ideológicos, minoritarios o no, que se enfrentan entre sí.

Podría aventurarse, por tanto, una hipótesis que aquí, a modo de colofón, sólo quedará apuntada: la evolución *sui generis* de la política criminal española (Landa, 2020) tiene el riesgo de perder completamente el norte a la hora de articular con sentido estos preceptos como resultado del *pecado original* de no haber sabido nunca muy bien cual era su núcleo típico ni como aplicarlo en la jurisdicción penal. Es el colectivo étnico el que está en el origen y marca la precomprensión cabal de los delitos de odio y sólo a partir de estos grupos diana, tanto en Europa como en Estados Unidos, se ha ido expandiendo su ámbito de tutela a otros colectivos. Pero una tal expansión se produjo en aquellos círculos jurídicos de una forma contenida y cautelosa. España, por el contrario, abrió desde el principio el arco de protección a demasiados grupos: hoy, además, tras la reciente entrada en vigor de la LO 8/2021, de protección de la infancia y la adolescencia, se sigue intensificando la total apertura del instrumento penal a todo tipo de colectivos³¹. Y esa apertura, combinada con la irresistible tentación de aplicar los delitos de odio a debates ideológicos o la transposición en bloque de las cadenas argumentales

incidentes (incluidos en el global los 108 incidentes potencialmente calificables como infracción administrativa).

31. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. BOE, 5 de junio de 2021, n.º 134, en vigor desde el 25 de junio de 2021 de conformidad con su Disposición final vigésimo quinta. Dicha ley ha ampliado la agravante del artículo 22.4º CP o los delitos antidiscriminatorios de los artículos 511, 512, 515.4º y 314 CP a otras razones como la edad, aporofobia, exclusión social o identidad de género.

de la violencia de género, puede acabar siendo la tumba de cualquier racionalización de este tipo de preceptos.

Países como Alemania en que la matriz de partida es la criminalidad de motivación política, responden a un modelo de democracia militante en el que la línea roja de intervención está blindada constitucional y jurídicamente por un amplio consenso sobre los espectros ideológicos (extrema derecha sobre todo y otros extremismos) a vigilar y, en su caso, a castigar jurídicamente (Landa, 2018a). En España, sin embargo, en que se proclama la ausencia de una tal democracia militante, no resulta tan sencilla la criminalización de delitos expresivos de matriz ideológica como revela la intrincada discusión sobre la asimetría en el castigo de las apologías del terrorismo, de odio o eventualmente del fascismo (Roig, 2020). Urge un replanteamiento a fondo de hasta qué punto se puede construir una suerte de democracia militante “penal”, a la carta, sin un paralelo replanteamiento del modelo constitucional al respecto y con ausencia de un consenso político extenso y transversal. Los riesgos, en todo caso, son inmensos: graves interferencias en la libertad de expresión e ideológica (si los delitos de odio se empiezan a aplicar en todas las direcciones ideológicas y con profusión) y/o grave deslegitimación del sistema (si la intervención penal acaba por ser selectiva afectando a unos ámbitos ideológicos y no a otros: Landa, 2018a).

No saber bien en qué consistían los delitos de odio cuando se introdujeron al ordenamiento jurídico; una ampliación legislativa desmedida y sin criterio de su arco de protección; la ausencia radical de su aplicación jurisprudencial al principio; y la reciente deriva hacia su funcionalización para el control ideológico asimétrico y arbitrario o para abordar confusamente la violencia de género, son todas razones que pueden acabar por dar al traste definitivo con unos preceptos que, antes de nada, deberían proteger a quienes son sus destinatarios naturales: minorías vulnerables o mayorías que puedan acceder a ese estatus equivalente de estar en situación de necesidad de tutela como grupo diana en peligro.

Quo Vadis. A mi humilde entender sólo propuestas que retomen la perspectiva colectiva del daño y que se centren en ir construyendo criterios claros pero restrictivos de delimitación por grupos de sujetos pasivos (grupos diana), podrán ayudar a racionalizar una deriva interpretativa que, de lo contrario, puede acabar convirtiendo a los delitos de odio en una suerte de contraprograma de lo que debería ser el derecho penal del hecho en un Estado de Libertades. Si se impone una visión individualista del daño, como nudo refuerzo penal del principio de igualdad, no haremos sino multiplicar las penas

por los hechos en atención al foro interno. Y eso es lo contrario del derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho donde los que deberían importar son los hechos (*cogitationis poenam nemo patitur*).

4. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GARCÍA, M. A. (dir.). (2015). *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*. Barcelona. Generalitat de Catalunya.
- ALASTUEY DOBÓN, C. (2014). “La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas”. *Diario La Ley* (Madrid), 8245.
- ANDEREZ BELATEGI, M. (2019). “La protección institucional a través del discurso de odio: problemática general con especial referencia al caso «Savva Terentyev c. Rusia»”, en Alonso Rimo, A., Colomer Bea, D. (dir./coord.). *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*. Pamplona. Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 511-538.
- ASHBY WILSON, R. (2017). *Incitement on Trial. Prosecuting International Speech Crimes*. Cambridge. Cambridge University Press.
- ASUA BATARRITA, A. (2020). “La razón de género en el marco de la agravante «de odio» del art. 22.4 CP. Por una interpretación restrictiva frente al deslizamiento punitivo”, en Pérez Manzano, M., Iglesias Río, M.A., De Andrés Domínguez, A. C., Martín Lorenzo, M., Valle Mariscal de Gante, M. (coords.). *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*. Universidad Complutense de Madrid (UCM), Madrid, pp. 365-376.
- Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, ECRI (2016). Consejo de Europa, Recomendación de política general número 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio adoptada el 8 de diciembre de 2015 (trad. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación) y Memorandum explicativo (trad. AIM Asociación de Intérpretes de Madrid), Estrasburgo, 21 de marzo de 2016.
- CORRECHER MIRA, J. (2021). “La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?”. *Indret Penal*, 2, pp. 86-149.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2021). “Fórmulas para una interpretación restrictiva de los delitos de odio”, en Laurenzo Copello, P., Daunis Rodríguez, A. (coords.). *Odio, Prejuicios y Derechos Humanos*. Granada, Comares, pp. 285-311.
- DE PABLO SERRANO, A. L. (2019). “El “reconocimiento” como fundamento filosófico para la sanción penal y administrativa del discurso del odio contra el colectivo LGTBI”, en Guzmán Ordaz, R. (coord.), Gorjón Barranco, M.C. (coord.), Sanz Mulas, N. (ed. lit.). *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el*

- género*. Salamanca. Universidad de Salamanca, pp. 344-360.
- DE PABLO SERRANO, A. L., Tapia Ballesteros, P. (2017). “Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal”. *La Ley*, 625, pp. 1-10.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2018). *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- DEL ROSAL BLASCO, B. (2016). “Capítulo 61. Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en MORILLAS CUEVA, L. (dir.). *Sistema de Derecho Penal. Parte especial (2ª ed.)*. Madrid. Dykinson, pp. 1283-1296.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2020). “Capítulo 16. Circunstancias agravantes y mixta de parentesco. D. Motivos racistas”, en VV. AA. *Memento Práctico Penal 2021*. Madrid. Francis Lefebvre Penal, pp. 539-544.
- FUENTES OSORIO, J. L. (2017). “El odio como delito”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-27, pp. 1-52.
- GARROCHO SALCEDO, A. (2017). “Capítulo 45. Delitos contra la Constitución. Sección 4. Delitos relacionados con el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en VV. AA. *Memento Práctico Penal 2018*. Madrid. Francis Lefebvre Penal, pp. 1793-1814.
- GASCÓN CUENCA, A. (2015). “La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: la modificación del artículo 510 CP”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD)* (Valencia), 32, pp. 72-92.
- GASCÓN CUENCA, A. (2016). *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*. Pamplona. Aranzadi.
- GÓMEZ MARTÍN, V. (2016): “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-20, pp. 1-25.
- GÓMEZ MARTÍN, V. (2019): *Delitos de discriminación y discurso de odio punible. Nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*. Porto. Juruá.
- LAMARCA PÉREZ, C. (2017). “Tema 24. Delitos contra la Constitución. IV. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.). *Delitos. La parte especial del Derecho penal (2ª ed.)*. Madrid, Dykinson, pp. 953-965.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (1999). *La intervención penal frente a la xenofobia (Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código penal)*. Bilbao. Universidad del País Vasco.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (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. 297-346.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (2018). *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4º CP 1995*.

- Valencia. Tirant lo Blanch.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (2018a). “Políticas de víctimas de la violencia política en España y el País Vasco: una reflexión a la luz del holocausto”. *Revista General de Derecho Penal*, 29, pp. 1-50.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (2018b). “El mapa de odio en el País Vasco. A la vez una reflexión sobre los delitos de odio y la violencia política en Euskadi, Catalunya e Irlanda del Norte”. *Indret Criminología y Sistema de Justicia Penal*, 4, pp. 1-29.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (2020). “Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22-19, pp. 1-34.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (2021). “Delitos de odio y sentido de tutela: reflexiones al hilo del «caso altsasu» (STS 458/2019)”, en Lorenzo Copello, P., Daunis Rodríguez, A. (coords.). *Odio, Prejuicios y Derechos Humanos*. Granada, Comares, pp. 351-374.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (dir.), Garro Carrera, E. (coord.) (2021). *Informe de incidentes de odio de Euskadi 2020*. Vitoria-Gasteiz/Leioa. Gobierno Vasco.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (dir.), GARRO CARRERA, E. (coord.) (2020). *Informe de incidentes de odio de Euskadi 2019*. Vitoria-Gasteiz/Leioa. Gobierno Vasco.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. (2016). “El control constitucional de las leyes penales”, en Nieto Martín, A., Muñoz De Morales Romero, M., Becerra Muñoz, J. (dirs.). *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/S o Paulo. Marcial Pons, pp. 351-377.
- LAURENZO COPELLO, P. (1996). “La discriminación en el Código Penal de 1995”. *Estudios penales y criminológicos XIX*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, pp. 219-288.
- LAURENZO COPELLO, P. (2021). “No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio”, en LAURENZO COPELLO, P., DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (coords.). *Odio, Prejuicios y Derechos Humanos*. Granada, Comares, pp. 257-284.
- LAURENZO COPELLO, P., DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (coords.) (2021). *Odio, Prejuicios y Derechos Humanos*. Granada, Comares.
- Ministerio del Interior (2020). Informe de la evolución de los delitos de odio en España 2019.
- MIRO LLINARES, F. (2017). “Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión”, en Miró Llinares, F. (dir.). *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Madrid. Marcial Pons, pp. 21-65.
- MUÑOZ CONDE, F. (2019). *Derecho penal. Parte especial (22ª ed.)*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- ORTUBAY FUENTES, M. (2021). “¿Sentencias con perspectiva de género? Así no, gracias”, en OTAZUA ZABALA, G.; GUTIERREZ-SOLANA JOURNOUD, A. (dirs.). *Justicia*

- en clave feminista. Reflexiones en torno a la inserción de la perspectiva de género en el ámbito judicial.* Universidad del País Vasco (UPV/EHU), Bilbao, 2021, pp. 122-154.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2016). “Lección 10ª. La represión penal del discurso del odio”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), Manjón-Cabeza Olmedo, A. (coord.), Ventura Püschel, A. (coord.). *Tratado de Derecho penal español. Parte Especial. IV Delitos contra la Constitución*, Valencia. Tirant lo Blanch, pp. 379-412.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2021). “Incitación al odio y exaltación del terrorismo: entre la peligrosidad estadística y la peligrosidad potencial de lesión de la igualdad o seguridad de los colectivos”)”, en LAURENZO COPELLO, P., DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (coords.). *Odio, Prejuicios y Derechos Humanos*. Granada, Comares, pp. 329-349.
- RAE (2021). <http://dle.rae.es/?id=3EdAe0R> (última consulta: 27.06.2021).
- TAMARIT SUMALLA, J.M. (2016). “Capítulo IV. De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”. *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II (7ª ed.)*. Pamplona. Aranzadi, pp. 1655-1715.
- TAPIA BALLESTEROS, P. (2021). “Los titulares del bien jurídico en los delitos de odio”, en Lorenzo Copello, P., Daunis Rodríguez, A. (coords.). *Odio, Prejuicios y Derechos Humanos*. Granada, Comares, pp. 313-327.
- United Nations (2013). Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence. Conclusions and recommendations emanating from the four regional expert workshops organised by OHCHR, in 2011, and adopted by experts in Rabat, Morocco on 5 October 2012.
- VALLS PRIETO, J. (2015). “Capítulo 30. Delitos contra la Constitución”, en Morillas Cueva, L. (dir.). *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid. Dykinson, pp. 861-874.

