

LA FIGURA DE LA PROVOCACIÓN AL ODIO: UNA AGRESIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

Prof. Dr. Guillermo Portilla Contreras
Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Jaén

Resumen

Si la provocación debe interpretarse como incitación directa a un delito y el odio no lo es, no estamos ante una provocación en el sentido del artículo 18, sino simplemente ante la sanción de la generación de un estado de antipatía y aversión por móviles discriminatorios elevado a tipo autónomo. Justamente por eso se estaría reprimiendo el germen de una intención, vulnerando la libertad de expresión, ideológica y de creencias.

En definitiva, lo que hace el legislador es convertir en delito autónomo una tentativa de inducción a la discriminación y violencia por una parte, y por otra, una tentativa de inducción a un sentimiento de odio que pueda llegar a generar un peligro de discriminación o violencia. Con relación a los primeros supuestos, es lógico sancionar la puesta en peligro abstracta de la igualdad (incitación directa a la discriminación) y de la seguridad de los grupos (incitación directa a la violencia), puesto que en ambas situaciones se genera el riesgo de lesión de los bienes jurídicos respectivos de determinados colectivos y lo que se pretende es preservar el derecho a no ser discriminado o sufrir violencia por móviles discriminatorios en una fase inmediatamente anterior al ejercicio efectivo de la discriminación o la práctica de la violencia. Sin embargo, el castigo de la provocación al odio no consigue el objetivo pretendido. Esto es, no protege la igualdad ni la seguridad de los grupos en la fase previa a la lesión, sino que representa simplemente la censura de opiniones, hechos, que podrían llegar a ser un germen de actos preparatorios relativos a la discriminación o violencia por móviles discriminatorios. En realidad, se está sancionando la gestación de antipatía hacia determinados colectivos porque en un futuro puede generar actitudes tendentes a la incitación de comportamientos discriminatorios o violentos por móviles discriminatorios. Cuando se sanciona como provocación al odio la emisión de opiniones que contienen cierta animadversión hacia determinado colectivo, no se está sancionando la puesta en peligro de la igualdad o la seguridad del grupo sino el peligro abstracto del peligro abstracto para la igualdad y seguridad del grupo. Se está sancionando la presunta peligrosidad de expresiones o hechos que pueden

llegar a ser asumidas por quienes probablemente puedan llegar a desencadenar una situación de riesgo para aquellos bienes, esto es, puedan potencialmente representar una puesta en peligro del derecho a no ser discriminado o de la seguridad de los grupos.

Por lo tanto, si desde la perspectiva de los bienes jurídicos igualdad o seguridad del grupo, resulta prescindible la figura de la provocación al odio, sorprende la obstinación de ciertos autores en dotar de sentido a una modalidad a todas luces ilegítima por atentar contra derechos fundamentales, no respetar el principio de legalidad (*analogía in malam partem*), el del hecho, etc. A la vez que es contradictorio asumir el concepto de provocación como uno de los actos preparatorios del artículo 18 y ulteriormente descomponerlo hasta hacerlo pedazos, admitiendo que es válido respecto a los elementos de incitación directa y publicidad y descartando que la incitación se dirija a la comisión del delito. Entonces, si se fragmenta el concepto ya puede asumirse sin dificultad la penalización de la provocación al odio, esto es la censura de la libertad ideológica, como un supuesto de provocación *sui generis*.

Por si no fuera suficiente, el Proyecto de Código penal de 2013 amplía el ámbito de los delitos de odio ¿No bastaba con la exageradamente dilatada previsión del actual 510 del CP?

El Proyecto de Código penal (PCP) sanciona, entre otros comportamientos, el hecho de fomentar, promover, incitar directa e indirectamente a la discriminación, al odio, hostilidad y a la violencia. De ese modo, se castigan participaciones intentadas, actos preparatorios de actos preparatorios a la discriminación, odio, hostilidad o violencia y actos preparatorios de la discriminación, odio, hostilidad y violencia.

Con esta nueva versión la forzada y escasamente jurídica interpretación del término provocación deja de ser una pesadilla para aquéllos que han justificado su necesidad como modalidad *sui generis*. En lugar de provocación ahora se habla de incitación directa e indirecta. La razón espuria por la que el Proyecto hace desaparecer aquél término es que, como se ha expuesto, de realizarse una estricta interpretación, como acto preparatorio del artículo 18, sólo podrían castigarse supuestos de incitación directa al delito y entonces no podría sancionarse ni la incitación al odio (por no ser delito) ni el ensalzamiento, negación, justificación, incitación indirecta, fomento, promoción de estos delitos. Tales figuras quedarían fuera del ámbito del tipo penal de respetarse el principio de legalidad.

Ponencia

A veces, se convierte en tipos autónomos lo que no son más que participaciones intentadas, actos preparatorios, tentativas de inducción. Tipos penales en los que es difícil hallar un bien jurídico, identificándose legalidad con legitimidad y en los que se vulneran derechos constitucionales. Pues bien, la provocación al odio, prevista en el actual 510, es uno de esos delitos que simbolizan el desprecio por la libertad de expresión, creencia e ideología, que hubiera llevado a la hoguera la “Incitación al Nixonicidio y alabanza a la Revolución Chilena” y a Pablo Neruda a la cárcel.

Artículo 510.

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

Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía".

Índice.- I. El derecho a no ser discriminado: protección constitucional e internacional. II. El párrafo 130 del StGB alemán como precedente del artículo 510. III. La provocación a la discriminación, al odio o a la violencia. Análisis del primer apartado del artículo 510. 1. Bien jurídico. 2. Conducta Típica. 2.1. El “discurso del odio” según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). 2.2 Interpretación del concepto “provocación al odio” a través de las decisiones judiciales. IV. La nueva versión de la provocación al odio en el Proyecto de Código penal de 2013. 1. El delito consistente en fomentar, promover, incitar directa e indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia. 2. El delito de producción, elaboración, posesión, distribución, venta, etc, de escritos u otros materiales idóneos para generar un peligro para la igualdad o seguridad. 3. El delito de negación, trivialización o enaltecimiento de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. 4. Lesión de la dignidad por móviles discriminatorios. 5. Enaltecimiento o justificación de delitos discriminatorios. 6. Destrucción de libros, bloqueo de acceso a Internet, etc.

I. El derecho a no ser discriminado: protección constitucional e internacional.

La Constitución española reconoce el principio de igualdad y el rechazo de cualquier forma de discriminación en el artículo 14. A su vez, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, fue el primer texto que planteó la necesidad de proteger el derecho a la no discriminación a través de la discriminación efectiva y de la provocación a la misma: "todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación". Más concretamente, el verdadero precursor del artículo 510 es la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965. Se condena (artículo

4) toda propaganda y a todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de derechos humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas: a) declarar como acto punible, conforme a la ley, toda difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; b) declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizaciones de propaganda, y toda otra actividad de propaganda que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por ley.

Sin embargo, es el artículo 20.2 del Pacto internacional de Derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966, el que perfila el criterio de la incitación al delito más que la mera provocación al odio, al sancionar: “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”. En este precepto la apología se sanciona en la medida en que suponga una incitación a actos discriminatorios o violentos (hostilidad-violencia)

Si se analiza con detenimiento, la tendencia en el Derecho internacional es la de solicitar la penalización de la incitación directa a la discriminación y a la violencia, no la de otras conductas que indirectamente puedan desembocar en actos discriminatorios. No obstante, algún texto ha defendido la necesidad de ampliar las conductas (civiles, penales y administrativas) relacionadas con la discriminación a un ámbito previo a la misma provocación. En esa dirección se pronuncia la Recomendación núm. R (97) 20, sobre el «discurso del odio», elaborada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y aprobada el 30 de octubre de 1997. En la misma se indica que el discurso del odio abarca “todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la

xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia (...)»). Eso sí, se reconoce que cualquier injerencia del Estado debe someterse a límites objetivos y control judicial. Pero, ulteriormente, la Recomendación de Política General núm. 7, de la Comisión Europea Contra el Racismo y la Intolerancia sobre la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial, de 13 de diciembre de 2002, retornó a la necesidad de sancionar exclusivamente la incitación pública a la violencia, al odio o a la discriminación, las injurias o la difamación públicas, o las amenazas contra una persona o un conjunto de personas, a causa de su raza, su color, su lengua, su religión, su nacionalidad o su origen nacional o étnico (apartado 18).

Como puede verse, no se recomienda la extensión del castigo a conductas diversas de la incitación directa a la discriminación, intimidación, violencia o lesión efectiva de la dignidad del colectivo. De ello se deduce que, en general, para el Derecho internacional únicamente debe protegerse el derecho a no ser discriminado mediante la prohibición de cualquier comportamiento lesivo o dirigido a la incitación directa a la discriminación o violencia con móviles discriminatorios, sin que deba sancionarse el ejercicio de la libertad de opinión, expresión o ideológica, que indirectamente pueda llegar a generar el odio hacia esos colectivos.

Finalmente, sobre la necesidad de castigar diversos actos discriminatorios se ha pronunciado la Decisión Marco, 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal (DM 2008). En el artículo 1º exige que cada Estado adopte las medidas necesarias para garantizar que se castiguen algunas conductas dolosas: en particular, la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, odio definido exclusivamente en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico. A su vez, el mismo artículo 1 hace referencia a la comisión de uno de los actos de incitación pública al odio o violencia mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales. Se observa que no sanciona los actos de promoción, fomento e incitación indirecta y tampoco los supuestos de producción, elaboración, ni los de difusión o reparto que no signifiquen una incitación directa. Igualmente, la DM exige la sanción de los comportamientos de negación, apología pública o trivialización flagrante de los delitos de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra

definidos en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la corte Penal Internacional o de crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (crímenes contra la paz, de guerra, contra la humanidad) adjunto al acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945), siempre que tengan capacidad objetiva *ex ante* para incrementar la posibilidad de que terceros ejerzan la violencia o actos de odio, que “puedan incitar a la violencia o al odio...”(artículo 1. 1, c) y d)). En efecto, la DM sólo recomienda la persecución de tales supuestos cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra un grupo o miembro del mismo. Se sanciona la negación y la trivialización grave (restar importancia o menospreciar los delitos) pero no basta con negar, trivializar o enaltecer esos determinados delitos, sino que se demanda la existencia del germen previo a una incitación, se exige una incitación directa (apología pública) o indirecta (negación, enaltecimiento). Por lo que es necesario que tales conductas creen el designio delictivo o generen un peligro cierto de lesión del bien jurídico.

De otro lado, el apartado segundo del art 1º de la DM permite a cada Estado que sancione la incitación directa sólo en aquellas situaciones en las que las conductas sean amenazadoras, abusivas o insultantes, o idóneas para alterar el orden público (de forma similar a la restricción del párrafo 130 de StGB alemán).

En último lugar, el artículo 2 de la DM representa un ataque inadmisibles a la libertad de expresión e ideológica ya que impone que se adopten sanciones penales en supuestos de incitación a la apología pública, negación o trivialización flagrante y se sancione la complicidad en la incitación a la violencia o al odio, también mediante el reparto de escritos, imágenes u otros materiales, apología, negación, trivialización. Es decir, se obliga a los Estados miembros a castigar el acto preparatorio de otro acto preparatorio (la apología pública), de incitaciones indirectas (negación y trivialización flagrante) y la complicidad en la incitación pública a la violencia, odio, difusión, reparto de escritos, apología, negación, trivialización... conductas amenazadoras, insultantes... El citado precepto es la mejor expresión de un Derecho penal más cercano al de autor que al del hecho.

II. El párrafo 130 del StGB alemán como precedente del artículo 510.

En esta, como en otras ocasiones, el Código penal alemán ha sido el modelo empleado por el legislador español a la hora de configurar el delito del 510. En efecto, el párrafo 130 prevé un sistema cerrado de conductas discriminatorias que abarcan la incitación al odio, a la

violencia y las injurias y calumnias contra un determinado sector de la población. Se exige la presencia un ataque a la dignidad a través de incitaciones directas al odio, violencia o injurias, amenazas siempre que posean una idoneidad *ex ante* para perturbar la paz pública. Sucintamente el tipo regula la incitación al odio (*Volksverhetzung*), el que de manera idónea para perturbar la paz pública, agrediese la dignidad humana de otro, incitando al odio contra un sector de la población, exhortando a medidas de fuerza o arbitrarias contra ellos, insultándole, desacreditándole con intención o calumniándole... será castigado con la pena de tres meses a cinco años. Cuenta como antecedente con la ley 6 StÄG v, de 30 de junio de 1960 (BGBl.I 478), que surge como reacción frente a los acontecimientos antisemíticos y nazis que tuvieron lugar en ese país, sancionando la incitación a la lucha de clases como lesivo de la paz pública.

Como en el artículo 510, el apartado primero del párrafo 130 diferencia entre los supuestos de incitación al odio y la incitación a la violencia o las medidas coercitivas y las injurias discriminatorias. Eso sí, en tales comportamientos es exigible idoneidad para alterar la paz pública y lesión de la dignidad.

De otra parte, el párrafo 130.2 sanciona la apología de la violencia y la incitación al odio racial. Se castiga con la pena de hasta tres años o pena de multa al que difunde, expone públicamente, fija o presenta o hace accesible, ofrece, concede o deja accesible a una persona menor de 18 años, produce,... escritos que incitan al odio racial o describen actos de violencia atroces o bien inhumanos contra personas, exaltando o minimizando tal violencia o representando la atrocidad o inhumanidad acontecimiento, de modo lesivo para la dignidad humana.

Se trata, por tanto, de un delito de aptitud abstracta, esto es, de peligro abstracto y concreto (quién de una manera que sea apropiada para perturbar el orden público, peligro concreto para la paz pública) incite al odio contra partes de la población o exhorte a tomar medidas violentas o arbitrarias contra ellas, (peligro abstracto para la igualdad o integridad). En su versión de peligro abstracto se consuma con la ejecución de la acción, sin que sea necesaria la producción del resultado o una puesta en peligro concreta.

III. La provocación a la discriminación, al odio o a la violencia. Análisis del primer apartado del artículo 510.

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

En el artículo 510 se protege el derecho que ostentan determinados grupos a no ser discriminados. Con ello se pretende la defensa de determinados colectivos frente a acciones discriminatorias. Sin embargo, no es el único precepto que protege frente a la discriminación, recuérdese que la agravante del artículo 22.4 del CP puede aplicarse a cualquier delito cometido con tal finalidad discriminatoria y que los artículos 174, 314, 511 y 512 protegen al individuo frente a la tortura discriminatoria, la discriminación laboral, de servicios públicos o empresarial.

En el artículo 510 se sancionan dos comportamientos diferentes: en el apartado primero, la provocación a la discriminación, al odio y a la violencia y en el apartado segundo, la difusión injuriosa de informaciones de carácter doloso. Como se observa, sólo se castiga un acto preparatorio de la discriminación, el odio o la violencia y un supuesto de injurias a un grupo o asociación.

Un precedente de este apartado 1º del 510 lo encontramos en el artículo 165 *ter*, incorporado por la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, que castigaba con prisión menor en grado medio y multa a "los que provoquen o inciten, directamente o mediante la apología, a través de medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por motivos referentes a su origen racial, étnico o nacional, o a su ideología, religión o creencias".

1. Bien jurídico.

Cuando se analiza el apartado primero del 510 se observa que estamos ante un delito pluriobjetivo que no salvaguarda el mismo bien jurídico en todas las conductas previstas. En los casos de provocación a la discriminación, lo que se condena es la puesta en peligro abstracta del derecho a la igualdad del colectivo afectado por el móvil discriminatorio. De otra parte, en los casos de provocación a la violencia, se sanciona el peligro que representa

para la seguridad del grupo la incitación a la práctica de actos violentos discriminatorios, al tiempo que de igual forma se protege el derecho a la igualdad de ese colectivo. En cuanto a la provocación al odio, no existe bien jurídico alguno, simplemente posibilita la represión de la libertad de expresión, opinión e ideológica.

Las modalidades de peligro abstracto del citado precepto no requieren un resultado de puesta en peligro, no es necesario que la provocación a la discriminación o violencia exija la proximidad de la lesión del bien jurídico igualdad o seguridad del grupo, basta con la peligrosidad de la conducta que se mide *ex ante* en el instante en el que se lleva a cabo la incitación directa.

Las diferencias entre el delito del 510 español y el 130 alemán estriban en que, como se expuso, el parágrafo 130 del Código penal alemán es un delito de aptitud abstracta. El CP español, en contraste con el parágrafo 130 del StGB (peligro abstracto-concreto), no exige la idoneidad para perturbar la paz pública (probabilidad objetiva *ex ante* de alterar las condiciones que hacen factible el ejercicio del derecho a la –igualdad- no discriminación), en los casos de incitación al odio contra parte de la población y la invitación a la violencia o las medidas arbitrarias contra ellas y la idoneidad para lesionar la dignidad humana en las injurias y calumnias contra un determinado sector de la población.

2. Conducta típica.

El primer apartado del artículo 510 sanciona la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por diversos motivos discriminatorios.

El término “provocación” al que alude el actual artículo 510 debe interpretarse, como el acto preparatorio previsto en el artículo 18 del Código penal. En consecuencia, sólo se cometería el delito cuando "directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito". De asumirse este criterio, sólo puede condenarse como provocación la incitación directa a la comisión de alguno de los delitos de discriminación o la referente a actos violentos (más incendios, estragos, daños). De lo que se deduce que difícilmente puede interpretarse como provocación la incitación directa al odio que no es un delito sino un estado de ánimo (“antipatía y aversión hacia alguna cosa o

persona cuyo mal se desea").

Consecuentemente, la provocación a la discriminación y violencia discriminatoria, debe interpretarse siempre como una incitación directa, una llamada a la comisión de un delito discriminatorio o violento, invocación con capacidad de producir una motivación, a través *ex ante* de un medio de difusión idóneo (desvalor de acción), y *ex post*, se demuestre ha alcanzado a un colectivo de destinatarios. De otro lado, subjetivamente debe existir un dolo de consumación, desear que se consume el delito y que se incite a la realización de ese delito como autor o coautor.

De ello se deriva que, sólo puede aplicarse el apartado primero del artículo 510 cuando se incite directamente a la comisión de alguno de los delitos de discriminación o bien a actos violentos constitutivos de delitos -homicidio, lesiones-, ya expresamente sancionados como actos preparatorios de esos delitos, o a delitos de incendio, estragos, daños .

Un ejemplo de provocación a la violencia, aparece en la SJP nº 3 de Barcelona, de 12/01/2004 (ARP 2004/1), que condenó a Mohamed K. M. por recomendar castigar los actos de rebeldía de la mujer a través del castigo físico y psíquico, sin citar versículo coránico alguno ni las fuentes en las que se basaba. El citado sujeto publicó un libro titulado "La mujer en el Islam ", en el que, en una parte de la obra, bajo el título " Cuestiones dudosas " se pregunta: " ¿Tiene el hombre derecho a pegar a su mujer?: ¿Cómo debe tratar el marido a su mujer si ésta se equivoca y como ha de comportarse la mujer cuando el marido comete alguna falta? A tal interrogante responde: "Si el diálogo sereno y la exhortación no desembocan en el resultado esperado, puede recurrir a otra medida disciplinaria: el abandono. Pero nos referimos únicamente al abandono del lecho matrimonial. Algunas limitaciones a la hora de recurrir al castigo físico son: Nunca se debe pegar en una situación de furia exacerbada y ciega para evitar males mayores. No se deben golpear las partes sensibles del cuerpo (la cara, el pecho, el vientre, la cabeza, etc.). Los golpes se han de administrar a unas partes concretas del cuerpo como los pies y las manos, debiendo utilizarse una vara no demasiado gruesa, es decir que ha de ser fina y ligera para que no deje cicatrices o hematomas en el cuerpo.- Los golpes no han de ser fuertes y duros, porque la finalidad es hacer sufrir psicológicamente y no humillar y maltratar físicamente".

De otro lado, encontramos un ejemplo muy discutible de provocación a la discriminación en la SJP núm. 2 de Logroño (Provincia de La Rioja), Sentencia núm. 133/2004, 2 abril, (ARP 2011\176). Se condena por provocación a la discriminación racista el uso de tres frases que aparecieron en pasquines en la puerta principal del Parlamento, del Ayuntamiento y de la Delegación de Hacienda: "Estamos condenados a vivir con la basura de inmigrantes que terminarán de destruirnos (violaciones, drogas, robos, asesinos... "Moros, sudamericanos, países del este, paquistaníes, hindúes, africanos, etc. Toda esta gentuza tiene más derechos que cualquier riojano" y "No podemos permitir que integren a la basura extranjera en la clase humilde de esta región". Es cierto que en esos pasquines también aparecía la frase: "Lucharemos por defendernos aunque sea con explosivos", expresión que parece más cercana a la violencia discriminatoria.

Sintetizando, si la provocación debe interpretarse como incitación a un delito y el odio no lo es, no estamos ante una provocación en el sentido del artículo 18, sino simplemente ante la sanción de la generación de un estado de antipatía y aversión por móviles discriminatorios elevado a tipo autónomo. Justamente por eso se estaría reprimiendo el germen de una intención, vulnerando la libertad de expresión, ideológica y de creencias.

En definitiva, lo que hace el legislador es convertir en delito autónomo una tentativa de inducción a la discriminación y violencia por una parte, y por otra, una tentativa de inducción a un sentimiento de odio que pueda llegar a generar un peligro de discriminación o violencia. Con relación a los primeros supuestos, es lógico sancionar la puesta en peligro abstracta de la igualdad (incitación directa a la discriminación) y de la seguridad de los grupos (incitación directa a la violencia), puesto que en ambas situaciones se genera el riesgo de lesión de los bienes jurídicos respectivos de determinados colectivos y lo que se pretende es preservar el derecho a no ser discriminado o sufrir violencia por móviles discriminatorios en una fase inmediatamente anterior al ejercicio efectivo de la discriminación o la práctica de la violencia. Sin embargo, el castigo de la provocación al odio no consigue el objetivo pretendido. Esto es, no protege la igualdad ni la seguridad de los grupos en la fase previa a la lesión, sino que representa simplemente la censura de opiniones, hechos, que podrían llegar a ser un germen de actos preparatorios relativos a la discriminación o violencia por móviles discriminatorios. En realidad, se está sancionando la gestación de antipatía hacia determinados colectivos porque en un futuro, cercano o no, puede generar actitudes tendentes a la incitación de

comportamientos discriminatorios o violentos por móviles discriminatorios. Cuando se sanciona como provocación al odio la emisión de opiniones que contienen cierta animadversión hacia determinado colectivo (que, en todo caso, podría afectar a la dignidad del grupo a través de ofensas injuriosas reguladas en el apartado segundo del 510), no se está sancionando la puesta en peligro de la igualdad o la seguridad del grupo sino el peligro abstracto del peligro abstracto para la igualdad y seguridad del grupo. Se está sancionando la presunta peligrosidad de expresiones o hechos que pueden llegar a ser asumidas por quienes probablemente puedan llegar a desencadenar una situación de riesgo para aquellos bienes, esto es, puedan potencialmente representar una puesta en peligro del derecho a no ser discriminado o de la seguridad de los grupos. En conclusión, si los bienes jurídicos protegidos en este precepto son la igualdad y seguridad de esos grupos, carece de sentido la criminalización de la provocación al odio.

Por lo tanto, si desde la perspectiva de los bienes jurídicos igualdad o seguridad del grupo, resulta prescindible la figura de la provocación al odio, sorprende la obstinación de ciertos autores en dotar de sentido a una modalidad a todas luces ilegítima por no respetar diversos derechos fundamentales, el principio de legalidad (analogía *in malam partem*), el del hecho, etc. A la vez que es contradictorio asumir el concepto de provocación como uno de los actos preparatorios del artículo 18 y ulteriormente descomponerlo hasta hacerlo pedazos, admitiendo que es válido respecto a los elementos de incitación directa y publicidad y descartando que la incitación se dirija a la comisión del delito. Entonces, si se fragmenta el concepto, ya puede justificarse sin ninguna dificultad la penalización de la provocación al odio, esto es la censura de la libertad ideológica, como un supuesto de provocación *sui generis*.

a) El “discurso del odio” según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

En ese intento desesperado por justificar la punición de la provocación al odio, un sector judicial y doctrinal suele recurrir al denominado “discurso del odio” elaborado por el TEDH (citado expresamente por la Recomendación núm. R (97) 20, Comité de Ministros del Consejo de Europa de 30 de octubre de 1997).

Pese a la hipotética prohibición de cualquier expresión que pueda engendrar el odio por discriminación, la realidad es que, según la interpretación que viene realizando el TEDH, no suelen condenarse las expresiones de odio salvo cuando éstas contribuyen de forma directa a

la discriminación o violencia. Y tampoco es verdad que el “discurso del odio” exija una ampliación de la intervención penal a supuestos diferentes de la incitación directa a la discriminación y violencia. Ciertamente es que de alguna sentencia del TEDH parece desprenderse la legitimidad de cualquier forma directa o indirecta de incitar al odio. Así, cuando se afirma: “la libertad de expresión tiene un límite en el discurso del odio y que es necesario tipificar penalmente las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen un odio basado en la intolerancia....” Al tiempo que exige que las «formalidades», «condiciones», «restricciones» o «sanciones» impuestas en lo que respecta al discurso de odio y a la apología de la violencia sean proporcionadas al fin legítimo perseguido” (Caso *Müslüm Gündüz* contra Turquía, Sentencia 4 de diciembre de 2003, TEDH, 2003/81; Caso *Féret* contra Bélgica, Sentencia de 16 julio 2009, TEDH 2009\82). Sin embargo, pese a tal declaración de principios, el TEDH, en la práctica, en escasas ocasiones ha permitido que el Estado limite la libertad de expresión en supuestos de provocación al odio en los que no se incitara a la discriminación o violencia. Así, el TEDH, 1994\36, en uno de los primeros asuntos sobre los límites de la libertad de expresión y el discurso del odio (Caso *Jersild* contra Dinamarca, 23/09/1994), analizó la condena sufrida por un periodista al ser considerado cómplice en la difusión de declaraciones racistas. El citado periodista realizó un documental en el que recogía las declaraciones discriminatorias de varios fascistas (afirmaciones que en sí mismas no estaban amparadas en la libertad de expresión). Pues bien, en este supuesto, el Tribunal estimó que la injerencia del Estado en el derecho a la libertad de expresión no era «necesaria en una sociedad democrática», a la vez que los motivos empleados eran desproporcionados al fin contemplado. En otro supuesto, en el Caso *Müslüm Gündüz* contra Turquía, 4/12/2003, TEDH, 2003/81, se estudia como constitutivo de provocación al odio el hecho de calificar las instituciones contemporáneas de laicas y de «impías», criticar violentamente nociones como la laicidad y la democracia y el hecho de militar abiertamente a favor de la sharia. Pues bien, el Tribunal discurre que tales palabras no pueden considerarse una llamada a la violencia ni un discurso de odio basado en la intolerancia religiosa. Más concretamente, respecto a la defensa de la sharia, con lo que representa de desigualdad de la mujer y opuesta a principios y garantías básicas del Derecho penal y procesal occidental, el Tribunal considera que el simple hecho de defenderla, sin emplear la violencia para establecerla, no podría ser considerado como un «discurso de odio».

Igualmente, en la STEDH, 15 de marzo de 2011, (Denuncia n o 2034/07, Otegi Mondragón, contra España) aunque se recuerda que el discurso político también se encuentra limitado por el discurso del odio y la incitación a la violencia (Caso *Féret* contra Bélgica. Sentencia de 16 julio 2009 TEDH 2009\82), el Tribunal admite como lícito el recurso a un lenguaje provocador: «¿Cómo es posible que se fotografíen hoy en día en Bilbao con el Rey español, cuando el Rey español es el jefe máximo del ejército español, es decir, el responsable de torturadores y que ampara la tortura e impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?». El Tribunal sustenta que “le está permitido recurrir a cierta dosis de exageración, incluso de provocación, es decir, ser algo inmoderada en sus declaraciones”. En cuanto a las críticas al Rey, se considera que, pese a llegar a tener una connotación hostil, no exhortan al uso de la violencia ni se trata de un discurso de odio. Por otra parte, la tesis que vengo sustentando se confirma nuevamente en la sentencia del caso *Sürek* contra Turquía, STEDH, 8 de julio de 1999, STEDH 1999/28. En la misma, aunque se condena por discurso del odio, se afirma que la sociedad democrática exige una libertad de expresión que permita no sólo las «informaciones» o «ideas» aceptadas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también “aquellas que molestan, chocan o inquietan; así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no hay «sociedad democrática». Pues bien, en el caso que se analiza, se sancionó al propietario de la revista semanal *Haberde Yorumda Gerçek* (Noticias y comentarios: la verdad), por la publicación de dos artículos redactados por lectores, titulados «*Silaha Izgürlüğü Engellemez*» («Las armas nada pueden contra la libertad») y «*Suç Bizim*» («Es nuestra culpa»). La cuestión principal no es si determinadas expresiones incurren en el discurso del odio o no («el ejército turco fascista», «la banda de asesinos de la TC», «los asesinos a sueldo del imperialismo», «masacres», «brutalidades» y «matanza»), o si se difundía propaganda separatista. La cuestión nuclear es si el contenido de las cartas publicadas “era susceptible de favorecer la violencia en la región, insuflando un odio profundo e irracional contra los que eran presentados como responsables de las atrocidades que se alegaban. De hecho, el lector saca la impresión de que el recurso a la violencia es una medida de autodefensa necesaria y justificada de cara al agresor”. En este caso, en una de las cartas se citaban a las personas por sus nombres, con lo que realmente se las expuso a un eventual riesgo de violencia física. Por tanto, aunque no existiera adhesión al contenido de la carta, el proporcionar un medio para incitar a la violencia y discriminación fue el motivo que

llevó al Tribunal a la condena. En definitiva, no son las expresiones publicadas sino el peligro objetivo de sufrir la discriminación o la violencia lo que caracteriza el discurso del odio vetado por el TEDH. Del mismo modo, en el Caso *Féret* contra Bélgica, 16/07/2009, TEDH 2009\82, se juzga el caso del presidente del partido político «*Front National-Nationaal Front*», editor responsable de los escritos de este partido y propietario de su sitio web. En plena campaña política, el partido repartió octavillas en las que se afirmaba que había que restablecer la prioridad del empleo para los belgas y europeos, excluir a los extranjeros, repatriar a los inmigrantes, aplicar el principio de la preferencia nacional y europea, convertir los centros de refugiados políticos en albergue para los sin techo belgas, crear cajas de seguridad social separadas para los inmigrantes, interrumpir la política de la seudointegración y detener la bomba aspirante «seguridad social para todos». Aunque el Tribunal estima que la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo, lo que condena realmente en este supuesto no es una provocación al odio sino la incitación a la exclusión de los extranjeros, esto es, la incitación a la discriminación.

En conclusión, las meras expresiones, discursos o informaciones de odio se castigan en la medida en que supongan una incitación a la discriminación o violencia, es decir, cuando engendren el peligro potencial de actos discriminatorios o violentos.

b) Interpretación del concepto “provocación al odio” a través de las decisiones judiciales.

En la interpretación del significado del término provocación del 510 es fundamental la versión ofrecida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 235/ 2007, de 7 de noviembre, que estima que la provocación debe concebirse como una incitación directa al odio violencia y discriminación. Al pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio, distinguió entre la incitación directa e indirecta al odio, discriminación y violencia. Se aclara esta sentencia que la negación del genocidio debe sancionarse exclusivamente cuando suponga una modalidad de incitación indirecta al odio y/o violencia (esto es, cuando resulte idónea para generar un estado de hostilidad hacia determinados colectivos que incluso pueda llegar a desembocar en actos violentos o discriminatorios contra los mismos (también SAP de Barcelona, 259/ 2010, 26 de abril). Por esa razón se afirma que la negación del genocidio, en sí misma no constituye delito salvo que genere o incremente el riesgo de lesión

del bien jurídico (derecho a no ser discriminado). En definitiva, se admite la constitucionalidad de la incitación indirecta cuando se genere o incremente el riesgo de lesión del bien jurídico, esto es, forje un peligro cierto de generar un clima de hostilidad que pueda confluir en actos discriminatorios o violentos. En conclusión, el Tribunal hace depender la constitucionalidad del precepto de la exigencia de un elemento adicional no expreso del delito del art. 607.2 CP, que la difusión de opiniones que niegan el genocidio sea idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado.

En efecto, el TC mantuvo la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio (607.2) y la constitucionalidad del delito de justificación del genocidio (607), al entender que la negación del genocidio no es una incitación directa ni indirecta a cometer el delito de genocidio. Al tiempo, que admite que no implica ensalzamiento de los genocidas ni menosprecio de las víctimas. En consecuencia, de no darse un elemento adicional, la negación sólo castiga la mera transmisión de ideas amparadas en el derecho a la libertad de expresión (20CE) científica (20.1) y de conciencia (16), al no representar un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados. Por el contrario considera que sí es punible la justificación del genocidio, concebida como el hecho de relativizar o negar la antijuridicidad o culpabilidad de los hechos, identificándose con los autores. Esto es, se trataría de una incitación indirecta (la incitación directa a la violencia contra determinados grupos se castigaría en el artículo 615).

Siguiendo una línea similar a la expuesta en el trabajo, los Tribunales españoles apenas han sancionado el delito de provocación al odio. Cito algunos ejemplos:

La SAP Madrid, núm. 101/2001, de 19 marzo, estimó que el empleo de la expresión “FUERA RUMANOS” expresada en carteles, no podía interpretarse como una provocación a la discriminación, al odio o a la violencia xenófoba en general o en particular contra todos los rumanos. Por su parte, la Audiencia Provincial de Vizcaya en el Auto núm. 741/2003, de 3 noviembre, analiza el empleo con carácter ofensivo del término «maketo» (tonto, majadero), referido a un inmigrante de otra parte del país (inserto en el Programa de las Fiestas del Barrio de San Vicente de Baracaldo). El Tribunal estima que tal expresión no puede ser considerada como integrante de la modalidad delictiva del artículo 510-1º CP, aunque sí puede ser constitutiva de una falta de las previstas en el artículo 620-2º CP. Asimismo, el auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 25 junio 2004, no considera provocación al odio, unas frases del Director General de la Guardia Civil pronunciadas en la ceremonia de jura del cargo con las que se comprometía que no existan jamás sindicatos en el cuerpo armado.

Sin embargo, no hay que desconocer otras propuestas doctrinales y jurisprudenciales que, como se ha resaltado, consideran legítimo sancionar la provocación al odio. Así, en dirección contraria a la tesis defendida en el texto, la SJP de Barcelona, 102/1998, de 16 de noviembre, aplicó un concurso real entre los delitos de genocidio y provocación al odio, en el caso de Pedro Varela Geiss, titular y director de la librería Europa. Se estimó que los hechos eran constitutivos de un delito continuado de genocidio en concurso real con un delito continuado cometido con ocasión del ejercicio de los Derechos fundamentales y de las Libertades públicas garantizados por la Constitución, consistente en provocación a la discriminación, al odio o a la violencia. Posteriormente, tras ser revisada por la STC 235/

2007, la SAP Barcelona, de 5 marzo 2008, (ARP 103/2008), estimó que los hechos no eran constitutivos de un delito de provocación al odio, al interpretar que la provocación del art. 510, la incitación a la discriminación, al odio y a la violencia es necesariamente directa y “desde esta perspectiva nosotros consideramos que en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia tan solo se refleja una labor de difusión de las doctrinas mencionadas, pero no se menciona ningún dato que permita atribuir al acusado una conducta de incitación directa a la realización de las conductas antes mencionadas, por lo que no concurren los requisitos necesarios para apreciar la comisión de un delito de provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos del art. 510 del Código Penal”.

Que la provocación se corresponde con la incitación directa al delito es, de igual forma, la tesis amparada por el Auto del Tribunal Superior de Catalunya, de 3 marzo 2011, JUR 2011\191888. En un caso en el que se cuestiona si el videojuego “PP Cataluña” (consistente en disparar sobre el icono “inmigración ilegal”) incita o no a la violencia contra la inmigración irregular. El Tribunal considera que los disparos contra la inmigración ilegal no se dirigen contra el grupo o colectivo representado por los inmigrantes ilegales sino contra la ilegalidad que representa una inmigración no sujeta a los requisitos legalmente establecidos. Por tanto, concluye que “no puede estimarse que en el citado videojuego se incite directamente contra un grupo o colectivo como el de los inmigrantes ilegales mediante una provocación directa a la comisión de delitos, que en la misma querrela se señala serían los de homicidio o asesinato selectivo”.

En esa misma dirección, la SJP de Vigo, 22/2012, de 24 enero, (ARP 2012\1018), estima que sólo es típica la provocación al odio cuando incentiva “actitudes de autentica hostilidad, exigiendo un componente de agresividad en el discurso incompatible con la libertad de expresión, de tal forma que la generación directa de actitudes hostiles en los receptores del mensaje constituye la "antesala de la violencia". En consecuencia, se niega la existencia de provocación al odio porque no existe un peligro real y próximo (en el 607 del CP se exige un peligro potencial) de hechos violentos o discriminatorios contra el grupo al que se incita al odio.

De forma similar, el Juzgado de Instrucción nº 6 de Alcalá de Henares (Auto de 10 julio 2012, (ARP 2012\605), interpretó que las palabras del Obispo pronunciadas en una homilía

no representan una incitación directa, no provocan a la discriminación, al odio o a la violencia contra los homosexuales. En este caso, el obispo realizó una crítica a la homosexualidad (se alude a las ideologías que no orientan bien la sexualidad humana) que el Tribunal estima “no contienen una injuria a los homosexuales en general ni tampoco una llamada a su discriminación por razón de su orientación sexual; como tampoco podría llegarse a esa conclusión respecto del resto de los grupos relacionados con los diversos ejemplos mencionados por el obispo”. El Tribunal estimó que no existe la provocación al odio en las frases que aluden a que los homosexuales, a veces, abusan de los menores y que irán infierno todos los homosexuales que se prostituyen, corrompen y van a los aludidos «clubes de hombres nocturnos».

Igualmente, la Audiencia provincial de Madrid, Auto núm. 73/2013, de 24 enero, (JUR 2013\67735), rechazó la existencia de una provocación al odio contra católicos en unas censuras realizadas a la Iglesia, por la visita del Papa, por el probable gasto que ello pudiera suponer. Según el Tribunal tales críticas forman parte de la libertad de expresión, del derecho de crítica en un sistema democrático por muy injusta, sesgada o sectaria que sea. Asimismo, el Auto del Tribunal Supremo, de 7 junio 2013, (JUR 2013\271752), descarta la existencia del delito del 510 en las expresiones vertidas por un Senador sobre el Valle de los Caídos ("la derecha española vuelve a enseñar los dientes" , "de mantener en Madrid para su culto la momia de un cruel y sanguinario dictador y que Madrid limita al sur con una vergüenza mayor, el Valle de los Caídos, con Franco dentro, quejándose de que la transición política nos dejara de herencia al Rey, a Franco en el Valle de los Caídos, y a una nomenclatura franquista sin ser juzgada y con espacios donde no entró la democracia, como la judicatura y cierta prensa"). El Tribunal estima que ni desde una perspectiva objetiva ni tampoco en el ámbito subjetivo resulta ofensiva o denigratoria.

Siguiendo la tesis defendida en este trabajo, la sentencia del Tribunal Supremo de 12/04/2011, (TOL2.138.812), no aplicó ni el artículo 510 ni el 607.2 en el caso de la "Librería Kalki". Desde esta librería se procedió a la distribución y venta de publicaciones que disculpan los crímenes cometidos nazis contra el pueblo judío y otras minorías como los negros, los homosexuales, los enfermos y dementes. Pues bien, el Tribunal considera que no pueden considerarse como incitaciones directas a la comisión de actos mínimamente concretados ni incitaciones indirectas del art. 607.2. Admite que sólo se daría este caso

cuando suponga una incitación indirecta a ejecutarlas, y cuando la difusión, atendiendo a la forma y el ámbito en que se lleva a cabo y a lo que se difunde, implique un peligro cierto de generar un clima de hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación contra aquellos grupos o sus integrantes como tales (la SAP de Barcelona, 259/ 2010, 26 de abril, .mantenía que bastaba con la mera difusión).

El Tribunal considera que sólo serán sancionables los actos de difusión de esta clase de ideas o doctrinas cuando supongan un peligro real para los bienes jurídicos protegidos. Eso sí, especifica que no es preciso un peligro concreto, basta el peligro abstracto, o el peligro potencial o hipotético, según el cual lo que importa es la capacidad de la conducta para crear el peligro relevante. No se trata, pues, solo de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege. Aplicando esta idea al caso que se analiza, concluye que “la difusión de ideas o doctrinas justificadoras el genocidio a través de la edición, distribución o venta genérica de libros o revistas, no constituyen una incitación indirecta a la comisión de actos constitutivos de tal delito, o una conducta creadora de un clima de hostilidad contra los mencionados grupos susceptible, por sus características, de concretarse en actos específicos de violencia contra aquellos”.

Con este mismo planteamiento, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sentencia 787/2012, de 29 junio (JUR 2012\337447), revocó la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Manresa, 11 de noviembre de 2011. Tras admitir que la provocación del 510 está expresamente descrita y formulada en el artículo 18.1 del CP, estimó que debían excluirse las meras descalificaciones y en este supuesto se trataba de unos panfletos de contenido irónico que “deben ser tomados por la población en general como un ejercicio de reflexión según la convicción particular de cada ciudadano con opinión hacia los extranjeros y que denota un alto grado de madurez democrática”.

Por el contrario, también han existido decisiones judiciales contrarias a la tesis defendida en el texto. Así, la SJP de Sabadell, de 26/03/2012,(TOL2.501.114), condena por el delito del 607.2 y del 510, la utilización de frases como: “A mí no tienes que convencerme de nada, camarada. Yo siempre he apostado por el levantamiento en armas de las naciones Arias, ya que en mi opinión no existe otra vía ni solución. El sistema debe ser demolido para asegurar la supervivencia biológica de la Raza Aria. Las papeletas a quemarlas, las urnas a

romperlas, y todo enemigo por el hierro ardiendo”.

De igual modo, en dirección contraria a la conclusión de que la conducta provocadora debe encarnar una incitación directa, el Auto núm. 399/2012, 16/05/, (ARP 2012\680), de la Audiencia Provincial de Madrid, acuerda la continuación del procedimiento por la presunta comisión de un delito del 510 del Código Penal en torno al juego interactivo "IBARRA-KILLER" titulado "mata a Esteban Ibarra". El Tribunal sustenta que el juego interactivo en el que aparece la imagen de Severino en el punto de mira de un arma de fuego incitando a probar puntería con él, “sin duda tiene por objeto provocar entre el colectivo de personas que acceden a esas páginas web de la discriminación, el odio y la violencia contra él y también contra lo que representa, la asociación que preside, estimulando sin duda en sus receptores quienes en su mayoría comparten las ideas que en esas páginas se difunden, actitudes de auténtica hostilidad y agresividad hacia Sr. Severino y la Asociación Movimiento contra la Intolerancia”. Interpreta que la conducta típica del artículo 510 no requiere que sea posible, como resultado del mensaje, un acto agresivo contra cualquier miembro de la asociación contra la intolerancia, pues la afrenta viene a constituir la acción difusora de expresiones que inciten al odio, a la discriminación o a la violencia respecto de aquellos a los que se alude en el artículo 510.

En esa línea, la sentencia del JP Palma de Mallorca (Islas Baleares), núm. 7, sentencia núm. 419/2012 de 10 diciembre, condena por provocación al odio permitir colgar en internet el vídeo titulado: "20 maneras de matar a una mujer". El Tribunal sostiene que la animación representa un brutal atentado contra la dignidad de la mujer, que fomenta su discriminación, odio e incita a la violencia. A su juicio, al tratarse “de expresiones o conductas expresivas, que, a través de la fuerza o vis atractiva de la persuasión, por la contundencia del contenido agresivo que se emplea, tienen unos efectos concretos, porque anudan, vinculan, persuasión y acción en el auditorio o público al que se dirigen. El efecto concreto que producen es independiente, incluso, de la voluntad de su autor, del emisor del discurso, porque el clima de odio, discriminación y violencia hacia ciudadanos que se vierte a un público, en ocasiones dispuesto a oír ese mensaje, crea espacios de impunidad para las conductas violentas. De este modo, implican una legitimación de la violencia y de aquellos que realizaron conductas violentas”.

Finalmente, esta sentencia ha sido revocada por la AP de Islas Baleares nº 312/2013, 10 de diciembre, que considera atípica la conducta al estimar que “no se puede concluir que las imágenes inciten al odio, a la violencia o a la discriminación. Los distintos mecanismos de la muerte son tan necios y desatinados que no provocan efecto en este sentido y tanto es así que están rodeados de elementos soeces y escatológicos que difícilmente se pueden introducir en "el discurso al odio" tantas veces mencionado en la sentencia. Se acercan más al esperpento que a otra cosa”.

Como puede observarse la mayoría de las decisiones judiciales ha realizado una interpretación estricta del término provocación, equiparándolo al contenido en el artículo 18.1 del Código penal.

IV. La nueva versión de la provocación al odio en el Proyecto de Código penal de 2013.

El Proyecto de Código penal ha ampliado el ámbito de los delitos de odio ¿No bastaba con la exageradamente dilatada previsión del actual 510 del CP?

Artículo 510.

“1.- Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

- a) Quienes fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad.
- b) 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 contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad.
- c) 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, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos 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, enfermedad o discapacidad, o 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 lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de prisión 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.

3.- Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de Internet, o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que aquél se hiciera accesible a un elevado número de personas.

4.- 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 del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

5.- El Juez o Tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos. En los casos en los que, a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.”

1. El delito consistente en fomentar, promover, incitar directa e indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia.

Artículo 510, 1º a).

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

El Proyecto de Código penal (PCP) el artículo 510, 1º a), sanciona el hecho de fomentar, promover, incitar directa e indirectamente a la discriminación, al odio, hostilidad y a la violencia. De ese modo, se castigan participaciones intentadas, actos preparatorios de

actos preparatorios a la discriminación, odio, hostilidad o violencia y actos preparatorios de la discriminación, odio, hostilidad y violencia. En definitiva, el artículo 510,1º a) convierte en delito autónomo actos preparatorios de delitos, actos preparatorios de sentimientos y otros actos de complicidad en delitos y sentimientos sin inicio de la tentativa que no llegan a la categoría de actos preparatorios.

Con esta nueva versión la forzada y escasamente jurídica interpretación del término provocación deja de ser una pesadilla para aquéllos que han justificado su necesidad como modalidad *sui generis*. En lugar de provocación ahora se habla de incitación directa e indirecta. La razón espuria por la que el Proyecto hace desaparecer aquél término es que, como se ha expuesto, de realizarse una estricta interpretación, como acto preparatorio del artículo 18, sólo podrían castigarse supuestos de incitación directa al delito y entonces no podría sancionarse ni la incitación al odio (por no ser delito) ni el ensalzamiento, negación, justificación, incitación indirecta, fomento, promoción de estos delitos. Tales figuras quedarían fuera del ámbito del tipo penal respetando el principio de legalidad.

Los argumentos empleados por la Exposición de Motivos del Proyecto para justificar la ampliación de la conducta típica son, por un lado la necesidad de transposición de la Decisión Marco, 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia (DM 2008), y también el hecho de tener que asumir la interpretación realizada por la STC 235/ 2007, de 7 de noviembre, en torno a la negación del genocidio. Sin embargo, puede afirmarse que tales explicaciones son inciertas.

En realidad, la letra a) del apartado 1º del 510, no respeta la DM que sólo sanciona los supuestos de incitación pública al odio y violencia. Por tanto, lejos de asumir la idea de reducción de la conducta típica a la incitación directa a la discriminación o violencia, el castigo se extiende a otros actos que, sin llegar a la categoría de actos preparatorios, previos a los mismos, pueden fomentar, promover, o incitar indirectamente al odio.

No sólo se aleja del contenido de la DM, tampoco respeta la línea emprendida por la STC 235/ 2007, de 7 de noviembre. Tal como se expuso anteriormente, el Tribunal admite la constitucionalidad de la incitación indirecta cuando la justificación o negación del delito genere o incremente el riesgo de lesión del bien jurídico, esto es, forje un peligro cierto de

generar un clima de hostilidad que pueda desembocar en actos discriminatorios o violentos. Sin embargo, el Proyecto no respeta ese límite y junto a los casos de incitación –directa e indirecta- amplía la conducta típica a los supuestos de fomentar (sinónimo de promover), promover (impulsar el desarrollo de una acción), que serían conductas previas al acto preparatorio. Además, incluye, junto a los términos, odio, violencia o discriminación, un nuevo concepto -“hostilidad” – que tampoco exige la DM, interpretado como creación de un contexto de conductas abusivas o agresivas por móviles discriminatorios-. A la par, el Proyecto deroga el artículo 607.2 y traslada al 510 toda conducta que incite indirectamente (ponga en peligro cierto de crear un clima de hostilidad que pueda culminar en actos violentos o discriminatorios), esto es genere o incremente el riesgo de lesión del valor tutelado) a la violencia, discriminación, odio y hostilidad.

En conclusión, de aprobarse el Proyecto el circuito penal del odio quedaría conformado por el artículo 615 que sanciona los actos preparatorios (incitar directamente al genocidio derecho de gentes, genocidio, lesa humanidad) contra la comunidad internacional y el artículo 510 que recoge los supuestos de incitación directa, indirecta y los demás actos “prepreparatorios”.

2. El delito de producción, elaboración, posesión, distribución, venta, etc, de escritos u otros materiales idóneos para generar un peligro para la igualdad o seguridad.

Artículo 510 1, b)

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 contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, identidad sexual, enfermedad o discapacidad.

En el Anteproyecto tales conductas se sancionaban con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses. Ahora, el Proyecto eleva la condena a la pena de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses (como letra a) del nº 1 del 510. La razón de tal rectificación obedece a que se trata de comportamientos que pueden alcanzar la misma gravedad que el apartado a 1º,a) del 510.

Este apartado es, en parte, una transposición de la letra b, del apartado 1º, del artículo 1

de la DM 2008, referente a “la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales”. Digo en parte porque no respeta lo ordenado en la DM que sólo recomienda la sanción de los supuestos de difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales que inciten públicamente al odio o violencia etc, esto es conductas provocadoras, no de mero favorecimiento. Sin embargo, el Proyecto extiende la aplicación del tipo a otros supuestos diferentes a los de difusión y reparto, aunque la finalidad no sea sólo incitar directa e indirectamente. De nuevo, el Proyecto va más allá de lo recomendado por la DM que no sanciona los actos de promoción, fomento e incitación indirecta ni los supuestos de producción o elaboración o los de difusión o reparto que no suponen una incitación directa. Aparte de tratarse de un precepto político-criminalmente criticable por la inseguridad de sus fundamentos, su imprecisa delimitación y la utilización de demasiados conceptos indeterminados que sancionan participaciones no delictivas.

Se sancionan con la misma pena, defecto que ya advertimos al estudiar el 510,1º a), los supuestos de incitación directa e indirecta y otras conductas favorecedoras, modalidades de comportamiento que responden a naturalezas jurídicas desiguales: por un lado, habría que separar los casos en los que la producción..... etc, de escritos y otros... tengan una capacidad objetiva *ex ante* para generar directamente el riesgo de efectiva lesión del derecho a no ser discriminado o la seguridad. De otra parte, la producción, etc, de escritos y otros, que posean capacidad objetiva *ex ante* para incrementar el riesgo de lesión del bien jurídico mencionado. En último lugar, es inexistente el riesgo para el bien jurídico en los casos de posesión con finalidad de distribuir.

Además, el apartado era innecesario ya que las figuras allí contenidas son abarcadas por la letra a) del nº1 del 510. En efecto, es una previsión superflua porque este último apartado describe conductas que engloban los comportamientos de todos aquellos, editores, librerías, etc, que tengan escritos.... que inciten directamente y también aquellos que tengan capacidad de incrementar el riesgo de lesión del bien jurídico. Por lo que, al tratarse de casos de incitación directa o indirecta deberían encontrarse insertos en el mismo. De hecho, el apartado b) del 510 solo concreta algunos de los medios a través de los que se puede llegar a realizar el apartado a).

De aprobarse el Proyecto, los comportamientos del editor, el director de la publicación

que difunde los comentarios a favor de actividades discriminatorias efectuadas por un tercero, o que publica libros, revistas, artículos, etc., que recojan alabanzas, ideas y opiniones favorables hacia tales conductas discriminatorias, pueden ser sancionados a través del 510, 1º b). En definitiva, comportamientos que hoy día resultan impunes, salvo que se identifiquen expresamente con los delitos cometidos, con la aprobación del nuevo texto penal dejarán de serlo. Ya no se exige el criterio de la identificación expresa con el mensaje contenido en el escrito, consumándose el delito con la posesión para difundir o la difusión misma de esas ideas, siempre que el escrito o mensaje tenga capacidad objetiva *ex ante* para incitar directa, indirecta, promover, fomentar...o capacidad para lesionar la dignidad.

En consecuencia, se castigaría la conducta que se limita a reproducir o publicar en un medio de difusión un escrito con vocación discriminatoria aunque no haya adhesión o no se asuma su contenido. La simple publicación del mensaje lesiona el bien jurídico protegido (peligro potencial de lesión de la igualdad y la seguridad), reitero, aunque el director, librero, editor, productor, etc, no compartan lo expuesto en el texto. En definitiva, es la sanción de actos preparatorios de los actos preparatorios discriminatorios, conductas relacionadas con textos que poseen capacidad objetiva *ex ante* para incrementar un contexto de hostilidad que puede llegar a convertirse en actos violentos o discriminatorios.

3. El delito de negación, trivialización o enaltecimiento de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

Artículo 510, 1 ºc).

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, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

El Anteproyecto sancionaba los casos de negación, trivialización grave y apología de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado siempre que (como sugerencia de la DM de 2008, apartado 4º, artículo 1) hubieran sido declarados probados por los Tribunales de Nüremberg, por la Corte Penal Internacional o por otros Tribunales Internacionales, cuando de este modo se promueva o

favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos. En definitiva, únicamente se sancionaban si eran hechos probados por tribunales internacionales y además poseían capacidad objetiva *ex ante* para incrementar la posibilidad real de crear espacios de odio o discriminación.

El Proyecto hace desaparecer la mención a la apología, ahora sí, incumpliendo el mandato de la DM, y en su lugar castiga el enaltecimiento del delito o de los autores (resulta curioso que emplee el mismo término de enaltecimiento tanto para los autores como para el delito cuando en realidad debería hablar de enaltecimiento del autor y justificación de esos concretos delitos (genocidio, lesa humanidad, conflicto armado). Conjuntamente, el enaltecimiento se convierte en un tipo autónomo sin los requisitos de la apología, y se sancionan las demás conductas ya previstas en el Anteproyecto, esto es, la negación y la trivialización grave (restar importancia o menospreciar los delitos), cumpliendo lo establecido en la DM. Pero, como la DM establece, no basta con negar, trivializar o enaltecer esos determinados delitos, sino que se reclama la existencia del germen previo a una incitación indirecta, se requiere expresamente el elemento adicional solicitado por el TC: “cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos”. En todo caso, resulta incomprensible cómo mediante la trivialización puede ponerse el peligro el bien jurídico (igualdad o seguridad de los diversos colectivos discriminados). Cuando, en realidad, no existe peligro alguno para el valor tutelado y sí una vulneración de la libertad de expresión. De otro lado, aunque el apartado c) del número 1 del art. 510 es similar a los apartados 1º letras c), d) y apartado 4º del artículo 1º de la DM de 2008, tampoco la respeta. Es cierto que la DM sanciona alguno de los comportamientos recogidos en este apartado del 510 (negar, trivializar) pero exige obligatoriamente una incitación directa (apología pública) o indirecta (negación, enaltecimiento) “cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio..., mientras que el PCP no habla de incitación sino de actos previos a la incitación, esto es, comportamientos que promuevan o favorezcan un clima de hostilidad, etc. De lo que se desprende que no es necesario que creen el designio delictivo ni que generen un peligro cierto de lesión del bien jurídico, es suficiente con actos de negación, de trivialización o enaltecimiento que puedan crear ese ambiente hostil discriminatorio hacia determinados colectivos. Ahora bien, si es delito la negación o ensalzamiento que promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o

discriminación contra los mismos, la previsión era innecesaria pues tales conductas se encontraban recogidas en el apartado 1º del art. 510.

De otro lado, la desaparición de la apología como una de las conductas sancionadas obedece a varias razones: la primera es que tales comportamientos están previstos como delitos contra la comunidad internacional en el art. 615 (actos preparatorios de esos delitos). En segundo lugar, el autor debe poseer un ánimo de incitar a la comisión del delito que alaba, no basta la presencia del elogio, es necesario que concurra un elemento subjetivo: el ánimo de incitar. En consecuencia, la apología sería incompatible con el hecho de promover o favorecer el “clima”. Puede explicarse que el Anteproyecto pensara en la condena de la apología como delito autónomo porque lo hacía con la pretensión de hacer desaparecer la exigencia del requisito subjetivo “ánimo de incitar” a la comisión de un delito. El Proyecto sustituye ese elemento subjetivo por el elogio o justificación que genere un peligro cierto para la lesión del bien jurídico y no la mera promoción del clima de hostilidad.

Además, una tipificación autónoma de la “apología” permitiría la entrada de la teoría de la participación (la DM, art. 2 obliga a los estados miembros a castigar el acto preparatorio de incitación de la apología pública, negación y trivialización flagrante y la complicidad en la incitación pública a la violencia, odio, difusión, reparto de escritos...apología, negación, trivialización...conductas amenazadoras, insultantes...).

No sólo se altera el concepto de apología, se exigen menos requisitos para los supuestos de justificación o enaltecimiento y además se sanciona el ámbito de preparación de esas conductas. De ese modo, se condenaría la incitación al enaltecimiento o justificación, por una parte, y por otra el enaltecimiento o justificación. De ser así, ¿cómo se deslindan tales comportamientos? ¿Cómo diferenciar respecto a la coautoría?

Si la provocación es una participación intentada, estaríamos castigando la colaboración en una participación intentada impune. Ello supondría la sanción del colaborador de quién aún no ha iniciado actos de tentativa de lesión del bien jurídico. Ahora bien, si convertimos la incitación, la negación, en un delito autónomo, en un delito de peligro abstracto cuyo bien jurídico se lesiona con la mera incitación, negación, ya no sería factible la tentativa y entonces sería punible.

4. Lesión de la dignidad por móviles discriminatorios.

Art. 510.2.a)

Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos 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, enfermedad o discapacidad, o 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 lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

El apartado segundo del art 1º de la DM concede a cada Estado la discrecionalidad de sancionar la incitación, enaltecimiento, apología, etc, cuando tales conductas sean amenazadoras, abusivas o insultantes, o den lugar a perturbaciones del orden público. La diferencia entre la DM 2008 y el PCP es que la DM vincula la sanción de las conductas de incitación al odio o violencia a los supuestos en que tales comportamientos sean injuriosos, degradantes o perturben el orden público. A su vez, el 510.2 a), no los vincula, sancionando la transgresión de la dignidad mediante acciones humillantes, de menosprecio o descrédito de carácter discriminatorio. Es de suponer que tales comportamientos incitadores discriminatorios lesionan automáticamente la dignidad (integridad moral) de los afectados. Es posible, por el bien jurídico protegido, que se plantee un concurso de normas con los artículos 208, 173 o 525. En ese concurso la norma más específica es el 510 pues se protege el derecho a la dignidad de la persona y el derecho a la igualdad del grupo al que pertenece el afectado por la humillación.

Junto a la lesión de la dignidad, en este apartado se sanciona con la misma pena un acto preparatorio, “prepreparatorio” (como peligro abstracto del derecho a la dignidad, a la igualdad) y la lesión efectiva de la dignidad e igualdad.

A diferencia del párrafo 130, número 2 del apartado 1º, StGB, se requiere que tenga capacidad objetiva *ex ante* para perturbar la paz pública. Un elemento adicional que no demanda el Proyecto que únicamente exige la lesión de la dignidad.

5. Enaltecimiento o justificación de delitos discriminatorios.

Art. 510, 2º, b).

Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución. Los hechos serán castigados con una pena de prisión 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.

Este delito no aparece en la DM, que sólo recomienda la persecución de supuestos de apología directa, negación o trivialización flagrante de los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra de los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la CP internacional..., cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo más la apología pública, negación o trivialización flagrante de los delitos definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (crímenes contra la paz, de guerra, contra la humanidad) adjunto al acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945... cuando puedan incitar a la violencia o al odio... Sin embargo, el Proyecto mantiene este apartado inalterado, exactamente igual que lo hacía el Anteproyecto, sancionando el enaltecimiento o justificación público de delitos discriminatorios sin necesidad del elemento adicional exigido por la STC 235/ 2007, esto es, no se requiere la presencia de una incitación indirecta ni se exige humillación o menosprecio, que simplemente aparece como agravante de la conducta elevando la pena entre 1 y 4 años de prisión y multa de 6 a 12 meses.

De ese modo, se equipara el enaltecimiento de los autores de delitos discriminatorios y la justificación de esos delitos con el enaltecimiento y justificación de los delitos de terrorismo, como modalidad *sui generis* de la apología, sin exigir la concurrencia de la lesión o puesta en peligro de la igualdad, seguridad, etc. Basta enaltecer al autor o justificar el delito, sin necesidad de demostrar que se genera *ex ante* un clima de hostilidad hacia determinados colectivos. Como queda demostrado el castigo de tales conductas no es una exigencia de la DM que habla de apología pública (incitación directa) respecto a determinados delitos, siempre que tengan capacidad para crear el clima de hostilidad. En resumen, lo que hace el Proyecto es convertir en tipo autónomo el enaltecimiento o justificación sin exigir el elemento subjetivo respecto a los delitos discriminatorios en general, sin exigir la creación del clima de hostilidad. Adoptando la excepcionalidad propia del Derecho penal de autor del artículo 578

del Cp. Sin embargo, el delito se agrava cuando concurre el elemento adicional, llegando a tener la misma pena que la previstas en el 510 1º.

6. Destrucción de libros, bloqueo de acceso a Internet, etc.

Para finalizar, destacaría que el nº 5 del 510 prevé que el Juez o Tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refiere el apartado anterior o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos. En los casos en los que, a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo”.

Este apartado representa el retorno a las hogueras, a la quema de brujas, a Fahrenheit 451, irradia el hedor de los Estados autoritarios. Permitir al Juez o Tribunal la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito, el bloqueo del acceso o la interrupción de Internet, supone el mayor ataque a la libertad de expresión desde el franquismo.