

INCITACIÓN AL ODIO Y GÉNERO

Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista

Víctor Gómez Martín

Profesor Titular (Catedrático acr.) de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. 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* (en línea). 2016, núm. 18-20, pp. 1-25. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-20.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 18-20 (2016), 27 nov]

RESUMEN: La reciente LO 1/2015, de 30 de abril, ha reformado de modo muy relevante el Código penal, modificando más de una tercera parte de su articulado. Uno de los preceptos modificados por la reforma es el art. 510 CP, en el que se hasta la fecha se encontraba tipificado el llamado delito de incitación. Con la reforma, el delito de referencia ha experimentado una decisiva transformación, que será objeto de detenido análisis en lo que sigue. Una de las novedades introducidas en el precepto – aunque, ciertamente, no la más significativa – es la incorporación al catálogo de motivos discriminatorios de las “razones de género”. El presente trabajo tiene por objeto analizar, por una parte, el contenido del nuevo art. 510 CP, recordando con carácter previo el origen del precepto y sus bases político-

criminales, como posible guía interpretativa; y, por otra, si el nuevo artículo podría resultar aplicable a hipotéticos supuestos de *incitación al odio machista* propios del llamado discurso racista.

PALABRAS CLAVE: Delitos de odio y discriminación. Razones de género. Libertad de expresión. Derecho penal de autor.

ABSTRACT: The LO 1/2015, of 30 April, has reformed the article 510 CP, which typifies the called crime of incitement. With the reform, this crime has experienced a decisive transformation, which will be subject to analysis in the following. One of the novelties introduced in the precept is the incorporation to the catalogue of discriminatory reasons of them "reasons of gender". This work analyzes the content of the article 510 CP and if the new precept would be applicable to hypothetical cases of incitement to hatred against women themselves called racist speech.

KEYWORDS: Hate and discrimination crimes. Reasons of gender. Freedom of speech.

Fecha de publicación: 27 noviembre 2016

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. EL ORIGEN DEL DELITO DE PROVOCACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN, EL ODIOS O LA VIOLENCIA (ART. 510.1 CP): ALGUNAS REFERENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES. III. EL PANORAMA ANTES DE LA REFORMA DE 2015. 1. Algunas dudas. a) ¿Debía ser interpretada la “provocación” del art. 510.1 CP en estricta correspondencia con el art. 18.1 CP? b) ¿Era la redacción del art. 510.1 CP suficientemente taxativa? c) ¿Era el delito previsto en el art. 510.1 CP un exponente de Derecho penal de autor? 2. Algunas aclaraciones. a) Sobre los límites del concepto de Derecho penal de autor. b) El delito de provocación discriminatoria como *delictum sui generis*. IV. EL NUEVO ESCENARIO DEL DISCURSO DEL ODIOS PUNIBLE TRAS LA LO 1/2015. 1. Algunas reflexiones sobre los tipos básicos. 2. Los tipos agravados. 3. Nuevas consecuencias jurídicas. V. INCITACIÓN AL ODIOS Y RAZONES DE GÉNERO. 1. Planteamiento. 2. ¿Por qué somos machistas? Breve exposición crítica de algunas explicaciones sociológicas. a) El modelo antropocéntrico del patriarcado y la concepción de la mujer como propiedad masculina. b) El machismo como fenómeno de naturaleza supuestamente privada. c) La teoría del intercambio social. 3. ¿Es el nuevo Art. 510 CP la solución a la publicidad sexista?

I. PLANTEAMIENTO

Como es sabido, la reciente LO 1/2015, de 30 de abril, ha reformado de modo muy relevante el Código penal, modificante más de una tercera parte de su articulado. Uno de los preceptos modificados por la reforma es el art. 510 CP, en el que se hasta la fecha se encontraba tipificado el llamado delito de incitación. Con la reforma, el delito de referencia ha experimentado una decisiva transformación, que será objeto de detenido análisis en lo que sigue. Una de las novedades introducidas en el precepto –aunque, ciertamente, no la más significativa– es la incorporación al catálogo de motivos discriminatorios de las “razones de género”. El presente trabajo tiene por objeto analizar, por una parte, el contenido del nuevo art. 510 CP, recordando con carácter previo el origen del precepto y sus bases político-criminales, como posible guía interpretativa; y, por otra, si el nuevo artículo podría resultar aplicable a hipotéticos supuestos de *incitación al odio machista* propios del llamado discurso racista.

II. EL ORIGEN DEL DELITO DE PROVOCACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN, EL ODIOS O LA VIOLENCIA (ART. 510.1 CP): ALGUNAS REFERENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES

El art. 510.1 CP precepto constituye, junto a otros, uno de los más destacados instrumentos político-criminales con los que cuenta el sistema penal español en la lucha contra el racismo, la xenofobia, la homofobia y toda suerte de discriminación por razón de 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.

La circunstancia de que uno de los principales bastiones de la Política criminal española en la lucha contra la discriminación venga representada por un precepto en el que se castiga la provocación a la discriminación, el odio o la violencia no debe verse, en absoluto, como algo casual.

Por una parte, en los últimos tiempos ha ido imponiéndose en numerosas legislaciones la tesis de que la lucha penal contra la discriminación debe realizarse, predominantemente, a través de la tipificación de conductas de provocación o incitación a la violencia, la discriminación o el odio racial, homóforo, etc.¹ Tal es el caso, por ejemplo, de algunos Estados pertenecientes a nuestro ámbito de cultura, como, por ejemplo, Francia, Alemania, Austria o Suiza.

Así, por ejemplo, en el caso de Francia el art. 24.6 de la Ley sobre Libertad de Prensa de 1972 tipifica el delito de provocación a la violencia, la discriminación o el odio racial.² Por lo que hace a Alemania, en el § 130.1 y 2 *StGB* se halla recogido el llamado delito de “incitación al odio” (*Aufstacheln zum Haß*).³ Por su parte, en el § 283.1 *ÖStGB* se tipifica el delito de provocación (*Verhetzung*).⁴ Por último, el delito de discriminación racial (*Rassendiskriminierung*) también se castiga como delito en Suiza a través del art. 261 bis del Código penal suizo.⁵ Lo mismo sucede en otros países integrantes del ámbito anglosajón. Tal es el caso, por ejemplo, del Reino Unido. Claro ejemplo de ello es la *Public Order Act* de 1986. Tal norma constituye un conjunto de disposiciones relativas a la incitación al odio racial, que se erige, de este modo, en la auténtica piedra angular del sistema penal antixenofobo en el Reino Unido.⁶

En buena medida, la proliferación de la técnica legislativa consistente en la tipificación de conductas de incitación a la violencia, el odio y la discriminación racial, homófora, etc. trae causa de los compromisos internacionales asumidos por los correspondientes Estados en la lucha contra el racismo y la xenofobia.⁷ Particular-

¹ Por ejemplo, en el caso de la incitación al odio, la violencia o la discriminación por razón de orientación sexual tal conducta se halla tipificada como delito en doce Estados miembros de la Unión Europea (Bélgica, Dinamarca, Alemania, Estonia, España, Francia, Irlanda, Letonia, Países Bajos, Portugal, Rumanía y Suecia) y en Irlanda del Norte (Reino Unido). En otros cuatro Estados miembros (Austria, Bulgaria, Italia y Malta) la incitación al odio se criminaliza con relación a grupos concretos, entre los que no se incluye el colectivo LGBT (Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender) rights. Vid., a este respecto, la información contenida en EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Incitación al odio y delitos por odio contra personas LGBT*, (fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Factsheet-homophobia-hate-speech-crime_ES.pdf), p. 1.

² Vid. el análisis de este artículo que se encuentra en LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., pp. 181 s.

³ Sobre este precepto vid. extensamente LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., pp. 131 ss.

⁴ Sobre este precepto vid. el amplio estudio de LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., pp. 158.

⁵ Vid. LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., pp. 162 ss.

⁶ LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia*, cit., p. 118.

⁷ Sobre éstos, con gran detalle, LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., pp. 57 ss.

mente importantes son, en este contexto, el art. 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965);⁸ y el art. 1 a) de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.⁹

De la lectura de ambos preceptos cabe deducir extraer una conclusión común: aunque, ciertamente, la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea es más concreta que la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), ninguno de los dos instrumentos internacionales limita la discrecionalidad del legislador de los Estados hasta el punto de condicionar por completo el contenido de la correspondiente legislación interna. Esto es lo que explica, por ejemplo, que el tenor literal del art. 510.1 CP sea considerablemente más amplio que, por ejemplo, el del § 130.1 y 2 *StGB*.¹⁰ Esta estrategia político-criminal contrasta abiertamente con la seguida por aquellos Estados en los que, en lugar de tipificar como delito conductas de incitación al odio racial o xenóforo, se contemplan supuestos de agravación de la pena para determinados delitos cuando su autor los cometa impulsado por una motivación racista, xenófoba, discriminatoria, etc. Tal es el caso, por ejemplo, de la legislación penal federal de los Estados Unidos de América.¹¹

Con anterioridad a 1992, algunas legislaciones penales de la Unión se acogían a

⁸ Este precepto reza “[l]os Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas: a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley; c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella”. La Convención fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, y en vigor desde el 4 de enero de 1969. Sobre este precepto, extensamente, GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, 2004, p. 224.

⁹ Según este precepto “cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas: la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico”.

¹⁰ GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho penal y la discriminación*, cit., p. 225. Referencias político-criminales adicionales se encuentran en ÍÑIGO CORROZA, E., “Caso de la Librería Europa”, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, Madrid, 2011, pp. 624 s.

¹¹ LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., pp. 109 ss.

la penalización de las expresiones provocadoras (*Fighting Words*). Por tales debía entenderse aquéllas que causan daño o que tienden a incitar una perturbación inmediata de la paz.¹² Con motivo de la resolución judicial que puso fin en 1992 al caso *R.A.V. v. St. Paul*, la penalización de las expresiones provocadoras fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de los EE.UU. El punto de inflexión jurisprudencial fue obrado por la resolución judicial que puso fin al caso *R.A.V. v. St. Paul*. Los hechos que dieron lugar al mismo son, en síntesis, los siguientes: un grupo de amigos se reunió en las proximidades de una casa en la que vivía una familia negra y quemaron tres cruces, infringiendo, de este modo, la prohibición vigente en el Estado de realizar expresiones provocadoras. En el juicio, los acusados sostuvieron ante la Corte Suprema que 1ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos les permitía expresarse como lo hicieron. Desde este punto de vista, lo que era inconstitucional no era la quema de cruces, sino, en realidad, la normativa que la penalizaba. A la vista de tales argumentos, y a pesar de considerar la conducta de los acusados moralmente deleznable, la Corte Suprema acabó mostrándose, en aras del “libre mercado de las ideas”, de acuerdo con la argumentación de la defensa y acabó acordando la inconstitucionalidad de la normativa de *St. Paul*.¹³

Desde entonces, la técnica legislativa empleada de forma dominante por el legislador penal antidiscriminatorio norteamericano no es otra que la consistente en agravar la pena de determinados delitos cuando su autor los comete impulsado por móviles discriminatorios.¹⁴ Tal técnica legislativa es merecedora de una valoración completamente distinta por parte de la Corte Suprema de los EEUU. Tal circunstancia pudo comprobarse, por ejemplo, a propósito del caso *Winconsin v. Mitchell* (1993). En resumen, los hechos objeto de enjuiciamiento en tal caso se refieren a unas lesiones de hombre blanco sobre hombre negro en cuyo autor queda acreditada indiciariamente la concurrencia de motivación racista. La defensa del acusado alegó en un caso de lesiones con móvil racista que la agravación de la pena por la concurrencia en el autor del delito de dicha motivación xenófoba era contraria a la libertad ideológica y de expresión del individuo. De acuerdo con esta tesis, tal agravación representaba, en realidad, una inadmisibles muestra de Derecho penal de autor, al incrementarse la pena exclusivamente en atención a la actitud interna racista del sujeto activo. Frente a tal argumentación, la Corte Suprema declaró que la técnica legislativa del tipo agravado por la motivación racista era perfectamente compatible con la libertad de expresión y el principio de responsabilidad por el

¹² LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., p. 109.

¹³ Un exhaustivo análisis de este supuesto de hecho puede encontrarse en LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., pp. 105 ss. y 110 s.

¹⁴ LANDA GOROSTIZA, J.M., *La Política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal: a la vez una propuesta interpretativa de la "normativa antidiscriminatoria" del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente jurisprudencia*, Granada, 2001, p. 109.

hecho, ya que el objeto de sanción no era la motivación interna del sujeto, sino el hecho objetivo lesivo del bien jurídico.¹⁵

Como puede comprobarse, la lucha penal contra la discriminación se construye sobre la base de una doble pre-comprensión hermenéutica alternativa. Por una parte, la colectiva, que persigue la evitación de situaciones de genocidio mediante la prohibición de conductas que podrían provocar situaciones de antesala del mismo. Se corresponde con aquellas legislaciones que optan por reservar a la tipificación de conductas de incitación a la violencia, la discriminación o el odio el espacio central del sistema penal antixenóforo (Francia, Alemania, Austria, Suiza). Por otra, la individual, en la que el Derecho penal no es sino un instrumento de promoción de la igualdad.¹⁶ Es la representada por los modelos de agravación de la pena en caso de comisión del delito por motivos discriminatorios (EEUU).¹⁷

Aunque de estas dos pre-comprensiones la más extendida es la colectiva, en los últimos tiempos se asisten en los países del ámbito geográfico latino a un deslizamiento hacia la lógica más individualista. Tal es el caso, por ejemplo, de la legislación penal española, que, no obstante, en puridad de conceptos apuesta por un modelo político-criminal mixto que combina elementos de las dos clases de estrategia: la tipificación de delitos de expresiones provocadoras (como, por ejemplo, el art. 510.1 CP) y la agravación de la pena prevista para un delito cuando el mismo se comete por motivos discriminatorios.¹⁸

III. EL PANORAMA ANTES DE LA REFORMA DE 2015

1. Algunas dudas

a) *¿Debía ser interpretada la “provocación” del art. 510.1 CP en estricta correspondencia con el art. 18.1 CP?*

Antes de la LO 1/2015, uno de los principales problemas hermenéuticos que planteaba el art. 510.1 CP reside en el empleo para la descripción de la conducta típica del término “*provocar*”. Mediante el mismo, el legislador estaría haciendo referencia a un concepto, el de la “provocación”, que ya se encuentra definido en el Código penal, y al que el art. 510.1 CP¹⁹ no podía sustraerse. Una interpretación

¹⁵ Sobre este caso vid. la extensa exposición de LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., pp. 111 y 114.

¹⁶ LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., p. 118

¹⁷ LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., p. 208; EL MISMO, *La política criminal contra la xenofobia*, cit., pp. 110 s.

¹⁸ LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., p. 208; EL MISMO, *La política criminal contra la xenofobia*, cit., pp. 118 y 130.

¹⁹ Disponía el art. 510.1 CP anterior a la LO 1/2015 que “[l]os 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”.

sistemática del art. 510.1 CP con el art. 18.1 CP²⁰ permitiría concluir que en el primero de los dos preceptos se encuentra tipificado un acto preparatorio punible: la provocación a la comisión de delitos de discriminación, de odio o con violencia contra grupos o asociaciones por los motivos previstos por el legislador.²¹

Tal circunstancia conducía a una doble inconsecuencia. Por una parte, la técnica legislativa empleada por el legislador en el art. 510.1 CP obligaría a preguntarse cuáles son los delitos en preparación recogidos en el precepto. El mismo se refiere a la provocación “*a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones...*”. Aunque los “*delitos de discriminación*” no se encuentran expresamente recogidos en el Código penal bajo una rúbrica específica, no resulta en absoluto imposible identificar cuáles son los delitos que podrían ser clasificados bajo tal denominación. Se trata, además del previsto en el art. 510.1 CP, de los recogidos en los arts. 314 (delito de discriminación grave en el trabajo), 510.2 (difusión de informaciones injuriosas por motivos discriminatorios), 511 (denegación de servicio público por motivos discriminatorios), 512 (denegación de servicio por motivos discriminatorios en el marco de actividad profesional o empresarial) y 515.5º (asociación ilícita promotora de la discriminación) CP. Lo mismo ocurre con lo que podría denominarse delitos que admitan medios violentos de comisión, que no serían otros que todos aquéllos para los que dicha posibilidad se encuentre prevista en el Código penal. Sin embargo, pese a la existencia de algún intento incluso *de lege lata*,²² la referencia a la provocación a la comisión de “delitos de odio” resulta mucho más problemática, ya que en el Código penal español dicha categoría no existe.²³

²⁰ De conformidad con lo dispuesto en este precepto “[l]a provocación existe 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. Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”.

²¹ BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., p. 76; REBOLLO VARGAS, R., Comentario al artículo 510 CP, en CÓRDOBA RODA, J. / GARCÍA ARÁN, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, PE, II, 2004, pp. 2426 s.; CALDERÓN CEREZO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Código penal comentado*, 2005, p. 1028; JUDEL PRIETO, A., Comentario al artículo 510 CP, en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), *Manual de Derecho penal*, PE, II, 3ª ed., 2005, p. 637; TAMARIT SUMALLA, J.M., Comentario al artículo 510 CP, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código penal*, PE, III, 5ª ed., 2008, p. 937; EL MISMO, Comentario al art. 510 CP, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) / MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Pamplona, 2009, p. 1967; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, PE, 18ª ed., 2010, p. 841.

²² COLINA OQUENDO, P., Comentario al artículo 510 CP, en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.) / MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coord.), *Código penal comentado y con jurisprudencia*, 3ª ed., 2009, p. 1364, que, siguiendo a la SAP Barcelona, 3ª, 5-3-08 (Primera Sentencia Firme caso Librería Europa), interpreta la provocación al odio prevista en el art. 510 CP como incitación a la realización de actos de odio que pudieran ser constitutivos de un delito de injurias.

²³ En este sentido BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., pp. 81 s.; CANCIO MELIÁ, M., Comentario al art. 510 CP, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) / JORGE BARREIRO, A. (coord.), *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, p. 1275; REBOLLO VARGAS, R., Comentario al

Por otra parte, concebido como un delito de provocación para cometer un delito de discriminación o con violencia (esto es, como un acto preparatorio), la pena prevista en el art. 510.1 CP (prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses) vulneraría de forma evidente el principio de proporcionalidad. De acuerdo con este punto de vista, si la regla general del CP español es que los actos preparatorios punibles (la provocación lo es, de conformidad con lo previsto en el art. 18 CP) sean castigados con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito correspondiente, tal regla no se cumpliría, por ejemplo, cuando el delito objeto de provocación tuviera señalada una pena leve. Este sería el caso, por ejemplo, del delito de daños, castigado con una pena de multa de seis a veinticuatro meses (art. 263 CP). Además, cuando el delito provocado llegue a cometerse la provocación se convertirá en inducción, de acuerdo con lo previsto en el art. 18.2, párr. 2 CP (“*si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción*”). Con ello, la desproporción de la pena prevista en el art. 510 CP se haría todavía más evidente. Por ejemplo, en el caso del delito de daños ya mencionado, el inductor deberá ser castigado, como máximo, con la pena prevista para el autor del delito (multa de seis a veinticuatro meses).²⁴

b) *¿Era la redacción del art. 510.1 CP suficientemente taxativa?*

Frente a la redacción del art. 510.1 CP anterior a la LO 1/2015 se objetaba, además, que el precepto resulta dudosamente compatible con algunos de los más elementales principios limitadores del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho.

Concretamente, solía afirmarse que la expresión “*provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia*” adolecería de un contenido altamente indeterminado, que resulta difícilmente compatible con el mandato de determinación de la Ley penal.²⁵ Se sostenía, además, que la referencia expresa en el art. 510.1 CP al “*antisemitismo*” tampoco se compadece bien con el principio de intervención mínima del Derecho penal: paradójicamente en un tipo que protege precisamente el derecho fundamental a la no discriminación, tal expresión parece dotar de protección injustificadamente privilegiada (probablemente por razones históricas) a la Comunidad Judía frente a otros colectivos.²⁶ Por fin, se destacaba que el precepto preveía una

artículo 510 CP, en CÓRDOBA RODA, J. / GARCÍA ARÁN, M. (Dirs.), *Comentarios al Código penal*, PE, II, 2004, p. 2428.

²⁴ BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., pp. 84 s.; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, 1997, p. 34.

²⁵ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas*, cit., p. 34.

²⁶ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas*, cit., p. 32; BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., pp. 81 s.; LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia*, cit., p. 127; DEL ROSAL BLASCO, B., *Comentario al artículo 510 CP*, en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), *Derecho penal español*, PE, 2ª ed., 2005, p. 1055; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, PE, 18ª ed., 2010, p. 840.

consecuencia jurídica común para la tres modalidades delictivas, a pesar de que el contenido de injusto de las conductas de provocación a (delitos de) discriminación será, por lo general, sensiblemente inferior al que corresponde a las conductas de provocación a (delitos de) violencia (homicidio, lesiones, delitos contra la libertad, etc.). Se incurriría, con ello, en una contradicción axiológica aparentemente vulneradora del principio de proporcionalidad.²⁷

c) *¿Era el delito previsto en el art. 510.1 CP un exponente de Derecho penal de autor?*

Según defiende una parte de la doctrina, puesto que el tenor literal art. 510.1 CP no exigía que la provocación lo sea a actos o delitos de discriminación, odio o violencia, sino sólo a estas tres últimas, de dicho tenor literal se desprende que lo que ha querido sancionar el legislador penal no es sino la incitación a terceros para que muestren una actitud interna de discriminación, odio o violencia hacia determinados colectivos minoritarios. De acuerdo con este último argumento, literalmente, el art. 510.1 CP parecería prohibir, literalmente la conducta consistente en despertar en terceros una actitud interna de rechazo hacia personas de otra raza u orientación sexual, sin necesidad de que tal actitud interna acabe traduciéndose en la comisión de delito discriminatorio o violento alguno. Según esta posición, sin perjuicio de que desde un punto de vista moral dicha incitación, o los sentimientos o actitudes internas objeto de la misma puedan ser merecedores del más severo de los reproches, su prohibición bajo amenaza de pena podría ser entendida como una muestra de Derecho penal de autor protector de intereses exclusivamente morales.²⁸

2. Algunas aclaraciones

a) *Sobre los límites del concepto de Derecho penal de autor*

En el debate sobre si el delito previsto en el art. 510.1 CP constituye o no un exponente de Derecho penal de autor, quienes defienden la primera de estas dos posturas suelen partir, de forma prácticamente apriorística, de la premisa de que la conducta típica (provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra colectivos minoritarios) no constituye, en realidad, un hecho, sino una actitud interna discriminatoria. Ciertamente, si tal premisa fuera correcta, no cabe duda alguna de que la tipificación como delito de las conductas previstas en el art. 510.1 CP debería ser declarada inconstitucional, por contrario al principio de culpabilidad. Sin embargo, que esta conclusión sea correcta no es algo incuestionable.

La estricta aplicación de esta doctrina al delito previsto en el art. 510.1 CP con-

²⁷ DEL ROSAL BLASCO, B., Comentario al artículo 510 CP, en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), *Derecho penal español, PE*, 2ª ed., 2005, p. 1055.

²⁸ BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, cit., p. 81; DEL ROSAL BLASCO, B., Comentario al artículo 510 CP, en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), *Derecho penal español, PE*, 2ª ed., 2005, p. 1056.

duce a afirmar que el precepto que ahora nos ocupa no castigaba con pena a quien se limita a mostrar una actitud interna de discriminación, odio o violencia hacia determinados grupos minoritarios. Aunque ciertamente las más elementales reglas de la experiencia indican que quien trate de fomentar en otro una actitud discriminatoria o de odio hacia determinados colectivos lo hará impulsado por una actitud interna xenófoba, homófoba, etc., lo que se halla tipificado en el art. 510.1 CP no es la actitud interna de quien realiza la provocación, sino la incitación a que otros acaben mostrándola. El objeto de la prohibición penal no es, por tanto, como exige el concepto de Derecho penal autor expuesto *supra* una personalidad peligrosa o una actitud interna inmoral, sino la realización de una conducta: fomentar en terceros algunas de las actitudes internas de discriminación, odio o violencia hacia las minorías a las que se refiere el precepto.

Por una parte, el llamado “discurso del odio”, entendido como incitación a la discriminación, odio o violencia racial, xenófoba, homófoba, etc., no queda amparado, por principio, por el derecho fundamental a la libertad de expresión. Recuerdese, a este respecto, lo ya mencionado *supra* sobre los límites del derecho a la libertad de expresión: las manifestaciones innecesarias que atenten de forma particularmente intensa contra el honor y la dignidad de las personas (p. ej., mediante insultos graves) o la libertad (p. ej., a través de amenazas), o las que no se limiten a cuestionar teóricamente el sistema democrático, sino que lo pongan materialmente en peligro.²⁹

²⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “La libertad de expresión tenía un precio”, RAD 6/2010, p. 1. También la STEDH 17-12-2013 (caso Perinçek contra Suiza), recuerda en su fundamento nº 46 que los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política de los Estados democráticos. Debe recordarse, a este respecto, que el discurso del TEDH ha experimentado una evolución en torno al tratamiento que ha dado a los diferentes casos que se han ido sucediendo y que han tenido como objeto de tratamiento el discurso del odio. En un primer momento, el TEDH entendió que el discurso de odio debía apreciarse en aquellos supuestos en los que se estaba incitando a la violencia; pero posteriormente modificó tal consideración, modificó los presupuestos de su propia jurisprudencia sobre libertad de expresión y disminuyó el grado de protección atribuido a la expresión política; pudiendo determinarse como punto de inflexión de todo ello el año 2009. Así, en la STEDH del caso *Féret vs Bélgica* de 16 de julio de 2009 –donde se examinaba el supuesto en el que los inmigrantes eran objeto de insultos y vejaciones por parte del candidato político Féret–, se consideró irrelevante el criterio de incitación a la violencia y se apreció que en el caso de tratarse de víctimas susceptibles de configurar grupos vulnerables o categorías sospechosas, el discurso de odio existe sin necesidad de concurrir tal criterio (formulándose tres votos particulares). Concluye el TEDH que las condenas a Féret son acordes al art. 10 CEDH, por cuanto “*el lenguaje empleado por el demandante incitaba claramente a la discriminación y el odio racial, lo que no puede ser camuflado por el proceso electoral*”. *La incitación al odio o requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación, como en el caso de autos, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos*”. Tal interpretación se consolida posteriormente con la STEDH de 9 de mayo de 2012 (*Vejdeland and Others vs Suecia*), donde ya no hay voto particular alguno. Aquí el TEDH reconoció que la propaganda emitida en una escuela secundaria por varios escolares en contra de personas homosexuales a los que se les culpó de ser los

Por otra, difícilmente puede afirmarse razonablemente que castigar la realización de manifestaciones que atenten gravemente contra la dignidad, libertad o seguridad de los individuos o colectivos destinatarios de las mismas equivaldría, por principio, a sancionar una mera actitud interna moralmente reprochable o una simple expresión ideológica éticamente censurable. Poner en peligro la dignidad, libertad o seguridad de un colectivo de modo típicamente relevante mediante la expresión de manifestaciones xenófobas u homófobas es algo más que mostrar una mera actitud interna de xenofobia u homofobia. Desde la perspectiva liberal del Derecho penal del hecho, no es legítimo intervenir penalmente para sancionar personalidades moralmente censurables, como, por ejemplo, la personalidad racista, la homófobo, etc. No es admisible sancionar penalmente al racista o al homófobo por el mero hecho de mostrar una actitud interna de desprecio hacia quienes son de otra raza u orientación sexual. Sin embargo, nada impide al Estado intervenir penalmente si dicha personalidad discriminatoria se traduce en la realización de actos del mundo exterior que menoscaban derechos fundamentales del individuo y que, por ello, no son merecedores de la cobertura que en otro caso sí brinda el derecho fundamental a la libertad de expresión.

b) El delito de provocación discriminatoria como delictum sui generis

Las insatisfactorias consecuencias derivadas del carácter eventualmente accesorio del elemento “provocación” del art. 510.1 CP con respecto al concepto previsto en el art. 18 CP pueden ser evitadas si se concibe el delito de provocación del art. 510.1 CP no como un caso particular de provocación como acto preparatorio punible recogido en el art. 18.1 CP específicamente previsto en la Parte Especial del Código penal, sino como un *delictum sui generis* autónomo del art. 18.1 CP.³⁰ De acuerdo con esta idea, en el art. 510 CP el legislador habría pretendido tipificar, de forma autónoma al art. 18 CP, una conducta distinta, dotada de un contenido de injusto propio, con sustantividad propia. Resultaría contraria a la voluntad del legislador, por tanto, la restricción teleológica del precepto realizada por el sector doctrinal apuntado *supra*. La Ley pretende castigar la provocación a la discriminación, la violencia y el odio discriminador, no la provocación a la comisión de delitos de discriminación, con violencia o de odio. De acuerdo con esta tesis, el delito de incitación al odio del art. 510 CP no sería un delito de peligro abstracto

causantes del SIDA y el VIH, disponía contenidos inaceptables. En esta resolución se destaca la necesidad de proteger a un sector de la población amenazado a consecuencia del discurso del odio declarando: «*La incitación al odio no necesariamente implica un llamado a la violencia y otros actos criminales. El ataque a personas cometido mediante el insulto, exponiendo al ridículo o a la difamación de grupos específicos de la población es suficiente razón para que las autoridades combatan el discurso racista de frente a la libertad de expresión ejercida en una manera irresponsable.*»

³⁰ En la jurisprudencia, esta postura fue defendida por el AAP Barcelona (8ª) 5-9-2012 (caso García Albiol). Sobre el concepto *delictum sui generis* y su capacidad de rendimiento en la dogmática actual vid., por todos, GÓMEZ MARTÍN, V., “La doctrina del “*Delictum sui generis*”: ¿Queda algo en pie?”, RECPC, 7 (2005), con amplias referencias bibliográficas.

contra bienes jurídicos individuales (el derecho a la igualdad, no discriminación y dignidad de sujetos concretos), sino uno de lesión de un bien jurídico mixto individual-colectivo: el derecho fundamental a la igualdad y la protección de determinadas minorías vulnerables frente a actuaciones idóneas para iniciar procesos agresivos y de hostilidad contra aquéllas.³¹

IV. EL NUEVO ESCENARIO DEL DISCURSO DEL ODIOS PUNIBLE TRAS LA LO 1/2015

1. Algunas reflexiones sobre los tipos básicos

Tras la reforma, el tenor literal del art. 510.1 CP³² queda considerablemente ampliado.³³ El nuevo precepto, además de hacer referencia, entre los motivos discriminatorios, a las “razones de género”, se divide ahora en tres apartados.

En el primero (a) se tipifican las conductas de “fomento, promoción o incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia”. La incitación equivaldría a la provocación de la anterior redacción del precepto, aunque ya con una clara consideración de delito sui generis con respecto al acto preparatorio previsto en el art. 18

³¹ De esta opinión LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, p. 219; EL MISMO, *La política criminal contra la xenofobia*, cit., pp.134 s.; LAURENZO COPELLO, P., “La discriminación en el Código Penal de 1995”, 19 (1996), pp. 250 ss. En idéntico sentido se pronuncian las dos Sentencias dictadas en apelación en relación con el caso de la Librería Europa: la SSAP Barcelona, 3ª, 5-3-08 y 2ª, 259/2010, 26-4. Las resoluciones confirmaron la condena por el delito de justificación del genocidio (art. 607.2 CP) y revocaron la relativa al delito previsto en el art. 510.1 CP, por entender que, en todo caso, los hechos no fueron objetivamente idóneos para provocar el inicio de procesos agresivos y de hostilidad contra las víctimas del genocidio justificado.

³² El nuevo art. 510 CP reza: “1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad. 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, por razones de género, enfermedad o discapacidad. c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos”.

³³ VALLS PRIETO, J., “Capítulo trigésimo. Delitos contra la constitución”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado. Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 865.

CP.³⁴ El fomento y la promoción constituyen, en cambio, conductas de favorecimiento más indirectas.³⁵ Todas estas conductas pueden ser directas o indirectas³⁶ y deben realizarse, en todo caso, "*públicamente*". Con la reforma queda del todo claro que el delito es autónomo de la provocación al delito como acto preparatorio punible, prevista en el art. 18 CP. A diferencia de lo que sucedía antes de la reforma, la conducta puede recaer no sólo sobre un colectivo, sino también sobre alguno de sus concretos integrantes. Además, el nuevo art. 510.1 a) CP añade a los motivos discriminatorios las "*razones de género*".

En el segundo apartado (b) se tipifica la producción, elaboración, posesión para distribuir o facilitar el acceso a terceros, distribución, difusión o venta de material idóneo para la realización de alguna de las comidas previstas en el apartado a). Con el nuevo apartado tendrán un más cómodo encaje en este apartado, por ejemplo, supuestos como los de las Librerías Europa y Kalki, que antes de la reforma sólo podían subsumirse (aunque forzosamente) en los arts. 510.1 (antecedente del actual apartado art. 510.1 a) CP) y 607.2 CP (antecedente del actual apartado art. 510.1 c) CP).

Finalmente, en el tercer apartado (c) se castigan los delitos de negación, trivialización grave o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra personas o bienes en caso de conflicto armado. En este apartado se tipifican, junto a otras, algunas de las conductas previstas antes de la reforma en el art. 607.2 CP, que pasa a integrarse, por tanto, en el nuevo art. 510 CP. La diferencia fundamental entre ambos preceptos reside en la ausencia en el nuevo de la "*justificación*", y la presencia ahora de la trivialización y el enaltecimiento. Además, el nuevo apartado castiga conductas referidas no sólo al genocidio (como hacía el anterior art. 607.2 CP), sino también a los delitos de lesa humanidad y los llamados "crímenes de guerra".

En relación con la negación, la STC 235/07, que resolvió el recurso de amparo del caso de la Librería Europa, consideró contraria al derecho fundamental a la libertad de expresión la tipificación de la mera negación del genocidio, esto es, la que no implicase incitación al genocidio. El nuevo precepto exige que "*de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos*". Con ello, se adecúa, en esencia, a lo exigido por la STC 235/2007 y la Decisión Marco de 28 de noviembre de 2008 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal. En concreto, la STC 235/07 exigió, a tal efecto, que se produzca

³⁴ PORTILLA CONTRERAS, G., "La represión penal del «discurso del odio»", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 725.

³⁵ ROIG TORRES, M., "Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)", en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1255.

³⁶ VALLS PRIETO, J., en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado*, cit., p. 866.

“con ensalzamiento de los genocidas, descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas”(F.J. 6º) y “que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado” (FJ 8º).

La trivialización *consiste* en cualquier conducta por la que se minimice o reste importancia a hechos tan graves como el genocidio, los delitos de lesa humanidad o los crímenes de guerra. La trivialización ha de ser “grave”.

Por último, la conducta de enaltecimiento implica la realización de loanza o encumbramiento de actos de genocidio, lesa humanidad o de guerra. El tipo también prevé el enaltecimiento de sus autores. En este último caso, el término “autor” deber ser interpretado en sentido amplio o legal, comprensivo del autor en sentido ontológico (directo, mediato o coautor), el inductor y el cooperador necesario (art. 28 CP, en relación con art. 61 CP). Queda fuera, en cambio, el enaltecimiento del cómplice. Es preciso, además, que el enaltecimiento del autor tenga por objeto su vinculación a algún acto de genocidio, lesa humanidad o de guerra.

Nótese que, a pesar de la doctrina sentada por la STC 235/07, en el nuevo art. 510.1 c) CP no se recoge la justificación de actos de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra, o de sus autores. En modo alguno puede entenderse que, para ser típicos, la negación, la trivialización o el enaltecimiento deban implicar, necesariamente, justificación del delito o de sus autores.

Tras la reforma, el art. 510.2 CP³⁷ sigue tipificando conductas que atentan contra el honor o la dignidad de colectivos por razones discriminatorias, aunque también (como ocurre con el art. 510.1 CP) con un tenor literal más amplio. El nuevo precepto se divide en dos apartados.

En el primero (a), primer inciso, se castiga cualquier conducta de “humillación, menosprecio o descrédito” objetivamente adecuada para lesionar la dignidad de

³⁷ El precepto reza “[s]erán 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, por razones de género, 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, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución. 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.

alguno de los grupos previstos en el art. 510.1 CP o a alguno de sus miembros, por alguno de los motivos discriminatorios precisos en el tipo. Para la interpretación de los términos "humillación, menosprecio o descrédito" deberá estarse a la doctrina y la jurisprudencia sobre los delitos contra el honor. En el segundo inciso del apartado se castigan con la misma pena los actos preparatorios previstos en el art. 510.1 b) CP, aunque en este caso referidos a la conducta prevista en el art. 510.2 a), inciso primero CP.

En el art. 510.2 b) CP se castiga el enaltecimiento o justificación de cualquier delito cometido contra un colectivo, una parte del mismo o alguno de sus miembros por alguno de los motivos discriminatorios previstos en el tipo. A diferencia de lo que sucede con el enaltecimiento, la justificación implica una valoración positiva del acto, así como una cierta vocación de despertar en terceros idéntica valoración. Diversas son las diferencias entre este supuesto y el previsto en el art. 510.1 c) CP. Por una parte, en este último precepto no se castiga la justificación, cosa que sí sucede con el art. 510.2 b) CP. Por otra, las conductas del art. 510.1 c) CP van referidas a actos de genocidio, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, mientras que las del art. 510.2 b) CP deben tener por objeto cualquier otro delito que se haya cometido por alguno de los motivos discriminatorios previsto en el tipo. Ambas conductas pueden ser realizadas "*por cualquier medio de expresión pública o de difusión*".

Cuando alguna de las conductas previstas en el art. 510.2 CP sea objetivamente adecuada para "*promover o favorecer un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación*" contra los colectivos de referencia, la pena asignada será la prevista en el art. 510.1 CP. Ello no debe extrañar, desde el momento en que, de hecho, bien podría decirse que tales supuestos normalmente serán de "*fomento, promoción o incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia*" (art. 510.1 a) CP). No obstante, nótese que, a diferencia de lo que ocurre en el art. 510.1 a) CP, el tipo agravado del art. 510.2 CP que ahora nos ocupa no se refiere al supuesto de que la conducta no sea objetivamente adecuada para afectar al grupo, sino a una parte del mismo o alguno de sus miembros. Ello se corresponde con la exigencia de que la conducta tienda a la creación de un "*clima*" de violencia, hostilidad, odio o discriminación. Por tal debe entenderse una atmósfera o estado de opinión propicio para la reproducción de conductas violentas, hostiles, de odio o discriminatorias contra los colectivos protegidos.³⁸

2. Los tipos agravados

En el nuevo art. 510.3 CP³⁹ se tipifica un tipo agravado consistente en la realiza-

³⁸ GARROCHO SALCEDO, A., "Delito de incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia", en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Dir.), *Memento Práctico Penal 2016*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 1759.

³⁹ Que dispone: "*Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior*

ción de alguna de las conductas previstas en los apartados anteriores *"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"*. Teniendo en cuenta que en algunos apartados del art. 510 CP ya se exige que la conducta sea realizada *"públicamente"*(1 a, 1 c) o *"por cualquier medio de expresión pública"*(2 b), debe entenderse que la publicidad del art. 510.3 CP se refiere no a cualquier medio de comunicación pública, sino exclusivamente a sistemas objetivamente adecuados para llegar a un número masivo de personas. En esta línea, la referencia a *"Internet"* o el *"uso de tecnologías de la información"* alude a medios tales como webs, blogs, redes sociales o sistemas tecnológicos de comunicación pública similares.

Más dudosa es, en cambio, la referencia a un *"medio de comunicación social"*, que bien podría considerarse sinónima del término *"públicamente"* (1 a, 1 c) o la expresión *"por cualquier medio de expresión pública"* (2 b). En cualquier caso, la aplicación del art. 510.3 CP exige que el empleo del medio haga *"accesible"* el hecho *"a un elevado número de personas"*. Ello sucede, por ejemplo con medios de comunicación tales como la televisión, la radio o la prensa escrita. Así las cosas, y por exclusión, el carácter necesariamente *"público"* de las conductas previstas en el art. 510.1 a) y c) y art. 510.2 b) CP deberá referirse únicamente a aquellos supuestos de comunicación pública a una colectividad pero sin el uso de medios de comunicación masiva. Podrían incluirse en esta categoría casos como, por ejemplo, ponencias, conferencias, charlas o mítines políticos para un auditorio colectivo e incluso amplio, pero no masivo.

El nuevo art. 510.4 CP⁴⁰ prevé un tipo agravado para los supuestos en que cualquiera de las conductas previstas en los apartados anteriores resulte objetivamente adecuada para alterar la paz pública para crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo. De este nuevo tipo agravado se deduce lógicamente que, en contra de lo que sugería un sector doctrinal con respecto al art. 510.2 CP anterior a la reforma, tal idoneidad no es precisa, en cambio, para el tipo básico de provocación al odio, hostilidad, discriminación o violencia.⁴¹ Basta con que la conducta sea adecuada para provocar alteración de La Paz o sentimiento de inseguridad, sin que se precise, en cambio, la producción de un resultado efectivo de lesión de tales intereses.

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, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas".

⁴⁰ Según el cual *"[c]uando 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"*.

⁴¹ VALLS PRIETO, J., en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado*, cit., p. 867.

3. Nuevas consecuencias jurídicas

En el art. 510.5 CP⁴² se prevé la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de determinadas profesiones. En el art. 510.6 CP⁴³ se prevé la medida interdictiva consistente en la posible inutilización o destrucción judicial del material resultante de la comisión del delito o del medio a través del cual el mismo haya sido cometido. En el caso de que se trate de medios tecnológicos, el nuevo precepto permite el bloqueo del acceso al servicio o su interrupción, siempre que en el mismo se difundan los contenidos a los que se refiere el art. 510 CP de forma “*exclusiva o preponderante*”.

Finalmente, el nuevo art. 510 bis CP⁴⁴ prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos previstos en el art. 510 CP, de acuerdo con las vías de imputación para las mismas previstas en el art. 31 bis CP.⁴⁵

⁴² Establece este precepto que “[e]n todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente”.

⁴³ Según el cual “[e]l 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”.

⁴⁴ De acuerdo con este artículo, “[c]uando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33. En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal”.

⁴⁵ El precepto representa la transposición al ordenamiento jurídico español del art. 5 de la Decisión Marco 2008/913/JAI, 28-11-08, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, que reza: “Responsabilidad de las personas jurídicas. 1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable de las conductas contempladas en los artículos 1 y 2 realizadas en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en: a) un poder de representación de dicha persona jurídica, o b) la autoridad para adoptar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o c) la autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica. 2. Además de los casos previstos en el apartado 1 del presente artículo, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 del presente artículo haya hecho posible que realice alguna de las conductas contempladas en los artículos 1 y 2, en provecho de una persona jurídica, una persona sometida a la autoridad de esta última. 3. La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 del presente artículo se entenderá sin perjuicio de las acciones penales entabladas contra las personas físicas que sean autores o cómplices de las conductas contempladas en los artículos 1 y 2. 4. Se entenderá por «persona jurídica» toda entidad que tenga dicha condición con arreglo al Derecho nacional aplicable, excepto los Estados u otros organismos públicos que ejerzan la autoridad estatal y las organizaciones internacionales públicas”.

V. INCITACIÓN AL ODIOS Y RAZONES DE GÉNERO

1. Planteamiento

Tal y como ya se ha adelantado, la LO 1/15 ha introducido en el art. 510 CP, junto a las razones de sexo, orientación sexual e identidad sexual, las «razones de género». Ello no es del todo casual. Aunque no coinciden por completo, el catálogo de motivos discriminatorios previsto en el precepto art. 510 CP coincide sustancialmente con el recogido en el art. 22.4^a CP, en el que, tras la LO 1/2015, se halla también el motivo ahora analizado. La modificación del art. 22.4 CP en este aspecto parece haber traído consigo, por consiguiente, la del art. 510 CP.

No es de extrañar, por ello, que en el art. 22.4 CP se halla introducido la referencia al género. Tal y como recuerda la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, en un precepto en el que ya se encontraba prevista la referencia al sexo, la orientación sexual y la identidad sexual, la presencia ahora del género tiene, pese a lo que pudiera parecer *prima facie*, tiene sustantividad propia. Debe recordarse, a tal efecto, que, de acuerdo con lo previsto en el Con. 210 del Consejo de Europa, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, el género se distingue del sexo en que el primero es aquel conjunto de roles, funciones, hábitos, competencias, propiedades o atribuciones que se atribuyen a quien pertenece a un determinado sexo por su mera pertenencia. En concreto, la E. de M. de la LO 1/15 explica que la novedad obedece a que «*el género, entendido (...) como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo»*.⁴⁶

Todo ello se corresponde, además, con la realidad sociológica española, que sigue siendo —a pesar de la existencia de ciertos indicadores de avance— la propia de un país con preocupantes signos de machismo. En lo que sigue se desarrollarán críticamente algunas de las principales explicaciones sociológicas del sexismo en nuestro contexto nacional.

⁴⁶ Lo recuerdan ROIG TORRES, M., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, cit., p. 1256; VALLS PRIETO, J., en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado*, cit., p. 867 s.; GARROCHO SALCEDO, A., “Delito de incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Dir.), *Memento Práctico Penal 2016*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 1759.

2. ¿Por qué somos machistas? Breve exposición crítica de algunas explicaciones sociológicas

a) *El modelo antropocéntrico del patriarcado y la concepción de la mujer como propiedad masculina*

Uno de los factores explicativos del sexismo invocados por la mayor parte de los sociólogos españoles es el enorme peso que todavía tiene en la moderna sociedad española el tradicional modelo antropocéntrico de organización familiar del *patriarcado*. Según este modelo, de naturaleza esencialmente jerárquica, la familia se organiza en torno a la figura del padre, la más importante de la unidad familiar, y el encargado de proteger y controlar al resto de sus miembros. En correspondencia con ello, los restantes integrantes de la familia deben obedecerle, someterse a su superioridad jerárquica. Este modelo familiar garantizaría al patriarca la expectativa de que sus órdenes sean obedecidas por su esposa y sus hijos, de tal modo que cuando ello no suceda, el comportamiento de la mujer será contemplado como socialmente reprobable, y el patriarca tendría el derecho de recurrir a la violencia para restablecer el orden familiar cuestionado a través del incumplimiento.⁴⁷ Por ejemplo: ello puede ocurrir, y, de hecho, ha ocurrido históricamente, en los supuestos en que el marido descubre que la esposa mantiene una relación extramatrimonial.⁴⁸ No en vano, desde el Derecho de los pueblos germánicos de la Alta Edad Media,⁴⁹ pasando por el Derecho Común español⁵⁰ y el Código Napoleónico francés,⁵¹ el uxoricidio o bien ha estado exento de responsabilidad penal, o bien ha constituido un tipo privilegiado.

Según lo expuesto, una idea íntimamente vinculada al modelo de organización familiar patriarcal es aquella según la cual la mujer carece de autonomía frente a su marido, porque le pertenece. Desde los postulados antropocéntricos del patriarcado, es ya clásica la clasificación de las mujeres en “buenas” o “malas” dependiendo de si pertenecen (preferiblemente a través de la institución del matrimonio), o no, a un solo hombre, respectivamente.⁵² No en vano, en el Derecho de algunos pueblos germánicos de la Alta Edad Media, el matrimonio tenía un sentido predominante-

⁴⁷ MEIL LANDWERLIN, “La violencia doméstica en el contexto del cambio familiar. Una perspectiva sociológica”, en VV.AA., *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*, CDJ 2001, p. 78; LORENTE ACOSTA, *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer: realidades y mitos*, Ares y Mares, Barcelona 2001, pp. 67 s.; MULLENDER, *La violencia doméstica. Una nueva visión de un viejo problema*, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-Méjico, 2000, p. 52; MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Violencia doméstica: su impacto en la salud física y mental de las mujeres*, Madrid 1999, pp. 58 y 60, citando a DUTTON, GELLES, GOODE y STEINMETZ.

⁴⁸ LORENTE ACOSTA, *Mi marido me pega lo normal*, cit., pp. 76 ss.

⁴⁹ LORENTE ACOSTA, M. / LORENTE ACOSTA, J.A., *Agresión a la mujer: maltrato, violación y acoso*, Comares, Granada 1999, p. 14.

⁵⁰ LORENTE ACOSTA, M. / LORENTE ACOSTA, J.A., *Agresión a la mujer*, cit., pp. 20 s.

⁵¹ LORENTE ACOSTA, M. / LORENTE ACOSTA, J.A., *Agresión a la mujer*, cit., p. 29.

⁵² OSBORNE, “Las agresiones sexuales. Mitos y estereotipos”, en OSBORNE (coord.), *La violencia contra las mujeres. Realidad social y políticas públicas*, UNED ediciones, Madrid 2001, pp. 20 y 24.

mente económico, consistente en la “compra de una mujer” por parte del hombre. Sólo así se explica que en los casos de adulterio, el marido tuviese podía elegir entre matar a la esposa a cambio de una pena reducida, venderla como esclava o, incluso, matar a esposa y amante impunemente si descubría “*in fraganti*” a la pareja.⁵³

Frente a todo ello, es obvio que una sociedad democrática como la española o la de cualquiera de los países de nuestro contexto cultural, el modelo de base jerárquica representado por el patriarcado debe ser definitivamente abandonado. En España, la transición política de la dictadura a la democracia trajo consigo la superación teórica y formal de los principios y valores autoritarios propios del antiguo régimen, entre los que se encontraba la superioridad del hombre frente a la mujer. En la actualidad, el hombre y la mujer deben participar de la unidad familiar en plano de igualdad, de tal modo que las decisiones familiares ya no deben ser adoptadas por el hombre y obedecidas por la mujeres, sino adoptadas consensuadamente por ambas partes. Esta superación teórica y formal debe conducir en la realidad social material al paso del modelo familiar de corte autoritario del patriarcado a un modelo democrático.⁵⁴ Para ello, es necesario, como señalan con acierto Lorente Acosta⁵⁵ y González de Chávez / Díaz Tejera,⁵⁶ abandonar definitivamente el tradicional sistema de géneros, esto es, los modelos tradicionales de base antropocéntrica que encasillan al hombre y la mujer en roles sociales determinados, en favor de un sistema paritario sin roles de conducta preasignados.

b) *El machismo como fenómeno de naturaleza supuestamente privada*

Otro factor psicosocial que ha contribuido históricamente a la proliferación de conductas de violencia de género consiste en la impresión de que se trata de un *fenómeno de naturaleza doméstica, privada*, y que nadie sino la pareja afectada se encuentra legitimado, por tanto, para intervenir. No en vano, a lo largo de la historia tanto del CP como de la LECrim diversos han sido los preceptos que han consagrado legalmente la idea de que la Justicia no puede interferir en determinadas esferas familiares, o que sólo puede hacerlo de forma limitada, so pena de perturbar la llamada “armonía familiar” o “paz familiar”. Claro exponente de ello son, por ejemplo, los arts. 268.1 CP y 103. 1º LECrim.⁵⁷

⁵³ LORENTE ACOSTA, M. / LORENTE ACOSTA, J.A., *Agresión a la mujer*, cit., p. 14.

⁵⁴ MEIL LANDWERLIN, CDJ 2001, p. 79.

⁵⁵ LORENTE ACOSTA, *Mi marido me pega lo normal*, cit., pp. 160 ss.

⁵⁶ GONZÁLEZ DE CHÁVEZ / DÍAZ TEJERA, “Violencia contra las mujeres: ¿Qué se está cuestionando?”, en VV.AA., *La violencia sobre la mujer en el grupo familiar. Tratamiento jurídico y Psicosocial*, Colex, Las Palmas 1999, pp. 40 y 42.

⁵⁷ Según el art. 268.1 CP, “[e]stán exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí,

Sin embargo, frente a la percepción de las relaciones familiares que acaba de ser expuesta, debe destacarse que, en la actualidad, la sociedad ya va dejando de contemplar la familia como algo sacrosanto que no puede ser objeto de opinión. La tradicional visión social complaciente de la familia ha dado paso a una percepción de signo más crítico, sin duda condicionada por la creciente sensibilización social ante el fenómeno de la violencia doméstica, que ya es contemplado como un problema social.⁵⁸ Que ello es así lo demuestra, por ejemplo, el hecho de que en España, el delito de violencia doméstica constituye un delito perseguible de oficio, esto es, que no requiere de denuncia o querrela de la víctima. En el ordenamiento jurídico español, son perseguibles de oficio tanto el delito como la falta de violencia doméstica. Esto es así desde que la LO 14/1999, de 9 de junio reformó el art. 103.2º LECrim, que quedó redactado del modo en que siguiente modo: “Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí: (...) Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros”. No en vano, en España una parte relevante de los procedimientos (en todo caso, más del 50% de los mismos) se inician por atestado instruido por las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado.

c) *La teoría del intercambio social*

Por último, según la *teoría sociológica del intercambio social*, la actuación humana está guiada, generalmente, por la búsqueda de recompensas y la evitación de castigos y costes. Según esta teoría, si, por ejemplo, el marido recompensa a su esposa cumpliendo con su obligación de trabajar fuera de casa y mantener económicamente a la unidad familiar, y, en cambio, la esposa pretende que el marido comparta con ella la llevanza de las labores domésticas, se rompe, en cierto modo, el ciclo de la relación de expectativas interpersonales. Así, es fácil adivinar en este contexto que para un hombre anclado en la concepción familiar propia del modelo patriarcal y convencido de las bondades del sistema social de géneros no debe resultar sencillo asumir que su esposa, en una pretensión completamente legítima desde los postulados del movimiento de profunda transformación y superación en que aquella concepción y este sistema se encuentran desde los años 60 del siglo XX, plantee, por ejemplo, el reparto de las tareas domésticas.⁵⁹ Sin embargo,

siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad”. El art. 103.1º LECrim, por su parte, dispone que Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí [l]os cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia”.

⁵⁸ MEIL LANDWERLIN, CDJ 2001, p. 79. En idéntico sentido E. DE M. Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la protección de las víctimas de la violencia doméstica, en la que se encuentra la siguiente afirmación: “La situación que origina estas formas de violencia trascienden (*sic.*) el ámbito meramente doméstico para convertirse en una lacra que afecta e involucra a toda la ciudadanía”.

⁵⁹ GONZÁLEZ DE CHÁVEZ / DÍAZ TEJERA, en VV.AA., *La violencia sobre la mujer ...*, cit., p. 40.

puesto que la ruptura de la relación es más difícil en el matrimonio que en otros ámbitos más informales, menos institucionalizados, el marido debe buscar mecanismos alternativos a la ruptura para solucionar el conflicto y liberar las tensiones que éste le provoca.⁶⁰ Uno de estos mecanismos podría ser el empleo de la violencia.⁶¹ Por lo general, éste suele tener algunos costes importantes. Uno de ellos es su posible calificación como delito y la imposición de una pena por ello. Sin embargo, en el caso de la violencia de género, existen razones objetivas para creer que dichos costes son más bajos. La razón más importante por la que ello es así viene determinada por el hecho de que el control social de las conductas que tienen lugar en el ámbito doméstico ha venido siendo, tradicionalmente, más bajo. Tres son los motivos que lo han permitido: la privacidad de la relación, la desigualdad existente entre el hombre y la mujer y, por último, la concepción del “auténtico hombre” como el que controla el orden familiar sometiendo a su esposa a su voluntad incluso mediante el empleo de la violencia.⁶²

Frente a la perniciosa dinámica que acaba de ser descrita, lo que debe perseguirse es, precisamente, lo contrario: aunque el efecto psicológico del intercambio se produzca en el marido, los costes del posible empleo de la violencia en el ámbito privado no deben ser más reducidos que en otros ámbitos. Para ello, es preciso negar categóricamente la validez de las tres premisas en las que se apoya aquella reducción de costes: la violencia de género nunca es algo privado, sino público; el hombre y la mujer se encuentran en pie de igualdad; y, por último, la concepción atávica del “auténtico hombre” autoritario y violento no es defendible en el marco de una sociedad democrática.

3. ¿Es el nuevo Art. 510 CP la solución a la publicidad sexista?

Contextualizada sociológica y jurídicamente la presencia de la referencia al género en el art. 22.4 CP, corresponde preguntarse si la misma puede considerarse igualmente justificada en el art. 510 CP o bien debe ser considerada, más bien, una nueva sobreactuación del legislador en esta materia.

Por de pronto, merece la pena destacar que los supuestos de incitación al odio de

⁶⁰ No es casual, por ello, que la mayor parte de los episodios de violencia de género que se producen en España tengan lugar en el marco del matrimonio o de una relación afectiva equiparable al matrimonio como la pareja de hecho.

⁶¹ MEIL LANDWERLIN, CDJ 2001, pp. 96 ss.; LORENTE ACOSTA, *Mi marido me pega lo normal*, cit., p. 68; GONZÁLEZ DE CHÁVEZ / DÍAZ TEJERA, en VV.AA., *La violencia sobre la mujer ...*, cit., p. 40; RODRÍGUEZ MARÍN, “La violencia doméstica: sus causas y consecuencias en el equilibrio psicológico de la víctima y la familia”, en VV.AA., *La violencia sobre la mujer en el grupo familiar. Tratamiento jurídico y Psicosocial*, Colex, Las Palmas 1999, p. 159.

⁶² MEIL LANDWERLIN, CDJ 2001, pp. 97 s.; LORENTE ACOSTA, *Mi marido me pega lo normal*, cit., p. 135; INSTITUTO DE LA MUJER, *Violencia doméstica*, cit., p. 62. Sobre la violencia como uno de los principales elementos conformadores de la identidad masculina y su importancia en determinados ritos iniciáticos, desde una perspectiva histórica, *vid.* GONZÁLEZ DE CHÁVEZ / DÍAZ TEJERA, en VV.AA., *La violencia sobre la mujer...*, cit., pp. 34 ss.

género en los que más claramente aplicable podría llegar a ser el precepto que nos ocupa por razón de género, el tenor literal del mismo anterior a la reforma de 2015 ya resultaba, de hecho, aplicable, gracias a la referencia que en el mismo se encontraba a las “razones de sexo”. Dos ejemplos claros en los que ello ocurrió fueron el del *Imán de Fuengirola* y el de *Reportaje gráfico del partido político Agrupación social independiente*.

Como es bien conocido, el primer caso versó sobre la publicación de un libro, titulado “*La mujer en el Islam*”, en el que se presentaba al hombre como autoridad absoluta frente a la mujer en el ámbito doméstico. Con base en ese principio, en caso de conflicto irresoluble mediante el diálogo la esposa se vería obligada a acudir a la institución del divorcio, mientras que para el hombre se plantearía la alternativa del uso de la violencia contra la mujer. A tal efecto, y ante las posibles consecuencias de tal comportamiento, en el libro se sugería el empleo de mecanismos de violencia que no dejaran rastro alguno, tales como el uso de instrumentos rectos y finos en pies y manos. La SJP nº 3 Barcelona 12-1-04 condenó al Imán a quince meses de prisión por provocación a la violencia por razón de sexo. Iniciada la ejecución de la pena, la defensa recurrió en apelación la situación personal del condenado. La cuestión fue resuelta por el AAP Barcelona 20-12-04, que revocó el Auto que denegó la suspensión de la ejecución y la condicionó a la realización de cursos sobre igualdad.

En un segundo supuesto, el relativo al video del partido político mallorquín Agrupación social independiente, se difunde por internet el reportaje gráfico “*The naked woman*”, en el que aparece una representación gráfica claramente vejatoria de una mujer y se expusieron veinte distintas formas de muerte de la misma. Algunos de los procedimientos exhibidos consistían en atravesar un cristalera transportada por dos hombres, para acabar llena de cristales y ensangrentada; circular sobre una rampa ascendente; volar tras pasar sobre ella y acaba estrellada y contra el suelo; chocar contra una roca y salir volando tras resultar mutilada de una pierna, separándose la cabeza del cuerpo al caer al suelo; ser presa de una trampa para cazar tigres. etc. La SJP nº 7 Palma de Mallorca condenó a los responsables de los hechos por incitación al odio a prisión de un año y seis meses y multa de dos meses a razón de cincuenta euros de cuota diaria, absolviendo a la persona jurídica Agrupación Social Independiente del delito de asociación ilícita. La SAP Islas Baleares revocó en apelación las condenas de primera instancia, por entender que “*el video en cuestión constituye un hecho aislado, no va unido a un discurso sexista, no está enmarcado en discurso alguno anexo al propio juego*”.⁶³

⁶³ Sobre este último supuesto de hecho vid. RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., “El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal”, RDPC, 3ª Época, nº 12 (2014), pp. 215 ss.

Así las cosas, si la referencia a las “razones de género” presente en el nuevo art. 510 CP no colma laguna alguna en esta materia, ¿dónde debe hallarse, entonces, su eventual utilidad? ¿Pretende acaso incriminar el llamado “discurso del odio sexista”? ¿Tiene por objeto la criminalización de la publicidad machista?

No puede negarse que, tal y como se ha apuntado *supra*, en nuestro contexto social la transmisión mediante instrumentos de comunicación masiva de mensajes sexistas, o, más concretamente, machistas, no ha sido completamente desterrada. Es cierto que resulta ya afortunadamente extravagante la referencia publicitaria extraordinariamente sexista presente de forma muy abundante en otras décadas. Muy habituales y de muy diversos productos y servicios eran los mensajes publicitarios que presentaban a la mujer como un objeto propiedad del hombre, puesto al servicio del bienestar de este último, y carente de toda individualidad, libertad o dignidad. Esta clase de mensajes estuvo absolutamente presente durante décadas en la sociedad española, convirtiéndose, mediante la televisión y la radio, en la banda sonora habitual de miles y miles de hogares españoles, hasta normalizarse del todo. No resulta sencillo determinar qué fue primero, el mensaje o la reacción, pero lo que es seguro es que todo ello acababa confundándose en lo, sin lugar a dudas, era una sociedad estructuralmente machista.

Algo distinto es, sin duda, el actual contexto social español. No cabe duda de que, afortunadamente, los burdos mensajes publicitarios sexistas de antaño serían ahora inimaginables y, en caso de producirse, despertarían más bien grotesco esperpento. Sin embargo, la semiótica nos demuestra que quizá el actual mensaje sexista no ha desaparecido del tipo. En concreto, aquella disciplina acredita que el actual discurso sexista se nos muestra con otra cara, más velada y sibilina, presentándose ante nosotros de forma crecientemente velada y subliminal.⁶⁴

Precisamente por ello, no resulta sencillo imaginar qué clase de expresión del actual discurso sexista podría llegar a integrar el tipo previsto en el delito apologético del art. 510 CP. Debe recordarse, a tal efecto, que la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, prevé, como infracción muy grave, la emisión de contenidos que de forma manifiesta fomenten el odio, el desprecio o la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social (art. 57.1). Idéntica consideración merece la emisión de comunicaciones comerciales que vulneren la dignidad humana o utilicen la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio (art. 57.2). Para ambas, el art. 60 de la Ley 7/2010 dispone, como posibles sanciones para tales comportamientos, la multa de 500.001 hasta 1.000.000 de euros para los servicios de comunicación audiovisual televisiva y de

⁶⁴ Muy gráfica resultó a este respecto, sin duda, la ponencia presentada por la cineasta Isabel DE OCAMPO en el seminario celebrado en la Universidad de Valencia el día 7 de mayo de 2015, organizado por el Dr. Andrés BOIX, y del que trae causa el presente trabajo.

100.001 a 200.000 para los radiofónicos, para los prestadores del servicio de comunicación electrónica y para los prestadores de servicio de catálogo de programas.

Las sanciones administrativas que acaban de ser expuestas no son en absoluto insignificantes. Ello no significa, sin embargo, n relación con la idoneidad de tal consecuencia para la evitación en el futuro de comportamientos como las que ahora nos ocupan, diversas son las reflexiones que, siquiera de modo esquemático, y sin perjuicio de ulteriores investigaciones, cabe realizar. Por una parte, tal y como ya se ha expuesto a propósito de la realidad sociológica del machismo en España, las declaraciones o manifestaciones sexistas se apoyan, inevitablemente, en una forma de pensamiento que, a día de hoy, en absoluto se encuentra del todo erradicado entre nosotros. Parece claro, por tanto, que, con carácter previo a la tipificación de ilícitos y la imposición de sanciones, corresponde a la sociedad en su conjunto y sus principales agentes (ciudadanía, Administración pública, medios de comunicación) predicar con el ejemplo y realizar una intensa labor pedagógica en políticas de igualdad comunicativa, en la línea de lo apuntado *supra* a propósito de las explicaciones sociológicas del machismo.

No obstante, la realidad cotidiana nos demuestra que, con mayor frecuencia de la deseada, lo anterior no es en absoluto suficiente. Sólo cuando ello fracase estará justificado el recurso al Derecho administrativo sancionador. Y únicamente cuando tampoco éste resulte eficaz, y exclusivamente en los supuestos del mayor gravedad, cabrá acudir como posible solución al Derecho penal.

Con todo, no resultará en absoluto sencillo imaginar qué supuestos de publicidad o mensajes comunicativos sexistas podrían subsumirse en el nuevo art. 510 CP. Ciertamente, tal y como ya se expuso extensamente *supra*, el tenor literal de apartados como el 1 a) o el 2 a) bien permitiría, siquiera formalmente, esta posibilidad. Recuérdese, por ejemplo, que el nuevo apartado 1 a) se conforma con la realización de conductas de mero fomento o promoción directa o indirecta de la hostilidad por razones de género; y que el apartado 2 a) se contenta aún con menos: la mera humillación a la víctima por idénticos motivos. No obstante, es evidente que una interpretación restrictiva del precepto —particularmente necesaria en este caso por lo extraordinariamente amplio de su tenor literal— obligará a reservar el nuevo art. 510 CP (en particular, sus ya mencionados apartados 1 a) y 2 a) a aquellos supuestos en los que los intereses penalmente protegidos (el derecho fundamental a la igualdad y, muy singularmente, la seguridad colectiva) se encuentren amenazados por un riesgo típicamente relevante. En mi opinión, a pesar de la no exigencia en el tipo básico del precepto de la idoneidad objetiva de la conducta para alterar la paz pública para crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, parece razonable exigir, no obstante, al menos, que se trate de un comportamiento mínimamente adecuado para alterar de algún modo la seguridad colectiva o el honor de la mujer como colectivo. Ello, como es fácil advertir, no sucederá fácilmente.